

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

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

Bruna Fernandes Pinatto

Presidente Prudente/SP  
2008

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

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

Bruna Fernandes Pinatto

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus Vinícius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP  
2008

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

Trabalho de Curso aprovado como requisito  
parcial para obtenção do Grau de Bacharel  
em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Cláudio José Palma Sanchez

Florestan Rodrigo do Prado

Presidente Prudente, novembro de 2008.

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

(José Ingenieros, *O homem medíocre*)

Dedico este trabalho à minha avó Maria e aos meus tios Adolfo e José Fernandes Rama, responsáveis por minha entrada no mundo jurídico, pelo exemplo de vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder inteligência e discernimento para a realização e conclusão do trabalho.

Aos meus pais que sempre incentivaram os meus estudos e minha leitura, ensinando-me os princípios do ser humano virtuoso.

Ao meu irmão, que mesmo sem saber, faz com que eu me conheça melhor a cada dia.

Aos meus queridos amigos que nos momentos de insegurança deram a força de que eu precisava para seguir adiante.

Ao meu orientador, professor Marcus Vinicius Feltrim Aquotti, por quem cultivo um imenso respeito e admiração.

A todos os que se interessam, assim como eu, pelo tema objeto do presente trabalho. Que tenhamos força e coragem para lutar pela justiça nesse mundo conturbado pelas injustiças humanas, e que alcancemos o conhecimento de que a justiça divina paira acima do nosso humilde entendimento.

## RESUMO

O princípio da individualização da pena é direito subjetivo dos condenados, previsto no art. 5º, LXVI da Constituição Federal. Trata-se de garantia fundamental para que se alcance a efetiva recuperação social e moral dos presos e, guarda estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A Lei de Execução Penal se encontra em harmonia com os ideais individualizadores, pois muitos são os institutos trazidos por ela para que assim se proceda, são: progressão e regressão de regime de cumprimento de pena; livramento condicional; indulto e comutação de penas; remição; suspensão condicional da pena; trabalho interno e externo etc. Os maiores óbices à concretização do princípio em questão são, a crise que atinge o sistema penitenciário brasileiro e o descaso com que o assunto é visto pelos governantes. Nota-se, portanto, a discrepância existente em nosso país entre o que é legal e o que é real, sendo a realidade cruel e avessa aos mais basilares princípios norteadores de todo e qualquer processo.

**Palavras-chave:** Individualização; Execução Penal; Sistema Penitenciário; Progressão; Ressocialização.

## **ABSTRACT**

The principle of the individualization of the execution of the punishment by confinement is a subjective right of the convicted criminal present in the article 5, LXVI of the Brazilian Federal Constitution. It is a basic warranty for the effective social and moral recovery of the inmate to be reached and it has direct relation with the principle of the human dignity. The Law of Execution of Sentences has mechanisms that are in harmony with individualization ideals, such as: sentence reduction and enlargement, conditional release, indult, commutation of sentence, sentence reducing education program, probation, internal and external work etc. The major obstacles to the accomplishment of the principle in question are the current crisis of the correctional system and the lack of interest politicians take in the subject matter. Therefore the discrepancy between legality and reality is noticeable in our country the current reality is cruel and contrary to the very foundation of the principals that conduct any process.

**Key-words:** Individualization, Execution of Sentences, Correctional System, Reduction, Resocialization.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 PRINCIPAIS ASPECTOS HISTÓRICOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA .....</b>	<b>9</b>
2.1 Origem da Pena Privativa de Liberdade .....	9
2.2 História da Execução Penal .....	11
2.3 Função da Pena .....	14
2.4 Princípios Fundamentais .....	18
2.4.1 Princípio da individualização da pena .....	18
2.4.2 Princípio da legalidade .....	19
2.4.3 Princípio da humanidade .....	20
2.4.4 Princípio da personalidade .....	21
2.4.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	21
2.4.6 Princípio do duplo grau de jurisdição .....	22
<b>3 AS FASES PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....</b>	<b>24</b>
3.1 Atividade Legislativa para a Individualização da Pena .....	24
3.2 Atividade Judicial para a Individualização da Pena .....	25
3.2.1 A individualização da pena no Código Penal .....	26
3.3 Atividade Executiva para a Individualização da Pena .....	29
3.3.1 A natureza jurídica da execução penal.....	30
3.3.2 Regras de tratamento penitenciário na individualização executiva .....	32
3.3.3 A ineficácia do ideal ressocializador.....	36
3.3.4 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) .....	39
<b>4 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1.984 – LEI DE EXECUÇÃO PENAL.....</b>	<b>43</b>
4.1 Progressão de Regime de Cumprimento de Pena .....	44
4.2 Regressão de Regime de Cumprimento de Pena .....	52
4.3 O Livramento Condicional .....	55
4.4 O Indulto e a Comutação de Penas .....	61
4.5 A Remição.....	63
4.6 A Individualização do Sursis.....	66
4.7 O Trabalho na Individualização da Pena.....	70
<b>5 ASPECTOS RELEVANTES.....</b>	<b>74</b>
5.1 A Importância do Exame Criminológico.....	74
5.2 Culpabilidade e Individualização da Pena .....	78
5.3 Privatização do Sistema Prisional .....	79
5.4 Aplicação da Pena Privativa de Liberdade como Última Opção.....	81
5.5 Análise da Prisão e Soluções.....	83
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>88</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido levou em consideração aspectos jurídicos, bem como questões de cunho sociológico, para realizar uma análise das condições atuais de como são executadas as penas privativas de liberdade.

Devido à constante e avassaladora crise que assola o nosso sistema penitenciário, muito se tem discutido a respeito do caos instalado, e possíveis soluções para combater o impasse.

O presente trabalho procurou analisar em conjunto a Lei de Execução Penal, o Código Penal e a Constituição Federal sobre o enfoque do princípio da individualização da pena (art. 5º, LXVI da Constituição Federal), e mostrou que mecanismos para se proceder a uma individualização adequada já existem; o que falta é colocá-los em prática.

O sistema progressivo adotado pelo nosso legislador colabora para que se alcance a individualização da pena privativa de liberdade, já que vincula o andamento da execução a fatores de cunho objetivos e subjetivos e outros mecanismos que ajudam no processo tais como a regressão, livramento condicional, indulto e comutação de penas, remição, *sursis*, trabalho interno e externo etc.

Outro importante fator que aumenta a desordem é o descaso com que o Estado trata do assunto, descumprindo preceitos básicos trazidos pela Lei de Execução Penal, garantindo apenas o que não pode deixar de cumprir, mesmo assim em péssimas condições, como as assistências previstas em lei.

O trabalho enfocou, ainda, aspectos relevantes ligados à individualização da pena privativa de liberdade e, ao andamento do sistema penitenciário em geral, como a polêmica da realização ou não do exame criminológico, tão divergente após o advento da Lei nº 10.792/2003 que trouxe consideráveis alterações no texto da Lei de Execução Penal. E discutiu acerca das posições levantadas em relação à privatização do sistema penitenciário, tema bastante divergente e conflituoso na atualidade.

## 2 PRINCIPAIS ASPECTOS HISTÓRICOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

### 2.1 Origem da Pena Privativa de Liberdade

A origem da pena é muito remota, levando-se em consideração que todos os grupos de homens seguiram certas normas que por mais desproporcionais que pudessem ser, era o meio de que dispunham para a busca de uma convivência mais harmônica entre eles.

Acredita-se que o homem primitivo, devido a sua visão cósmica precária, atribuía aos fenômenos da natureza eventos sobrenaturais, produzidos por seres maléficos, e que assim agiam para castigá-los pelas suas condutas. Ficaram conhecidos como *totens*, e esses traziam grandes castigos para aqueles que descumprissem obrigações. É possível que a primeira idéia de proibição e de castigo tenham surgido dessas relações primitivas entre os *totens* e os homens.

Como exemplo desse quadro, frisa-se o estudo com um trecho do livro “O Crime e a Pena na Atualidade”, de Manoel Pedro Pimentel (1983, p. 118):

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

Dessa época são as proibições conhecidas como *tabus* que eram o divino e o pecado. Os que violassem as regras dos *totens* ou os *tabus* teriam castigos impostos pelos chefes dos grupos, os castigos eram coletivos, todos teriam que se submeter a eles, serviria para amenizar a revolta dos seres sobrenaturais, já que o agir em desconformidade atraía a raiva deles.

Consegue-se vislumbrar então, que a pena aí descrita era ilimitada e não individualizada, já que atingia a todos.

Passa-se da vingança ilimitada à vingança limitada quando surge a lei conhecida como *talião*, essa passa a ser o marco para que a vingança tenha uma certa limitação, há um respaldo na proporcionalidade, o afrontado age contra o gerador do seu mal com as mesmas medidas adotadas por ele, “*olho por olho, dente por dente*”; fala-se em castigo racional; verifica-se também a conciliação de caráter pecuniário para reparar o ofendido, como forma de impedir a vingança.

Dispõe nesse sentido Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, 28):

Com a Lei de Talião, por volta de 450 a.C., a vingança torna-se limitada e proporcional à ofensa. Nas XII Tábuas, o conceito de retribuição está ligado ao delito e ao valor da coisa – como forma de torná-la adequada ao mal praticado da forma mais desfavorável ao culpado. Ainda se está diante da retribuição de um mal por outro mal.

Nas antigas civilizações observa-se que a principal sanção imposta era a pena de morte, assim como outros castigos corporais causadores de grande aflição.

Ensina o professor Mirabete (2005, p. 244) que:

Nas antigas civilizações, dada a idéia de castigo que então predominava, a sanção mais freqüentemente aplicada era a morte, e a repressão alcançava não só o patrimônio, como também os descendentes do infrator. Mesmo na época da Grécia Antiga e do Império Romano, predominavam a pena capital e as terríveis sanções do desterro, açoites, castigos corporais, mutilações e outros suplícios.

Na Idade Média operaram-se inúmeras mudanças relevantes na história da humanidade. A forte influência do Cristianismo nessa época foi de grande contribuição para a nossa ciência: a pena de prisão, que era usada como forma de punir da Igreja, e que é hoje a mais usada e discutida pena aplicada. Desde sempre a Igreja utilizava as penas de prisões.

Observando a evolução da pena através do tempo, verificamos que desde a sua origem até os tempos atuais, a pena sempre teve um caráter predominante de castigo.

## 2.2 História da Execução Penal

A história da execução penal mistura-se com a história do Direito. Não se conseguia vislumbrar nitidamente uma distinção entre esses institutos que eram compreendidos e conseqüentemente aplicados juntos.

Desde que os homens se juntaram e passaram a conviver em grupos que as relações entre eles sofrem grandes influências religiosas. Confundiam-se, na maioria das vezes, elementos da justiça, atribuindo-lhes caráter religioso, como a noção de crime e pecado; nesse sentido afirma a professora Carmen Silva de Moraes Barros (2001, p.26) “a noção de crime se confundia com a noção de pecado. Quem aplica a pena é considerado um gestor dos negócios divinos”. As penas eram aplicadas por uma pessoa do clero. O Cristianismo influenciou visivelmente o direito penal.

Estabelece-se nesse período o sistema processual inquisitório; ou seja, apuração secreta dos fatos; maior interesse na confissão, que até então era considerada a “rainha das provas”; a autoridade tinha o poder de iniciar a ação penal e de forma indiscriminada colher provas; com emprego de tortura e sem qualquer espécie de garantia para a defesa. Esse processo obscuro permitiu que muitas vezes os inquisidores, usados por monarcas, aproveitassem de seu poder para garantia e satisfação de interesses próprios, tudo isso com reais requintes de crueldade.

No feudalismo os senhores feudais aplicavam aos servos, de maneira discriminatória, as medidas punitivas, as regras processuais eram aplicadas aos homens que não eram prisioneiros e aos nobres; vigorava o sistema acusatório, ou seja, o juiz era mero árbitro, o procedimento era público, formalista e oral. Travava-se um verdadeiro duelo entre as partes, e esperava-se que a verdade fosse conhecida por entidades divinas, eram os Julgamentos de Deus. Usavam-se também as provas corporais, que eram as ordálias. As sanções aplicadas eram, em sua maioria, de natureza patrimonial. Explica Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, p. 33):

Anote-se, também, que no feudalismo as regras processuais aplicavam-se exclusivamente aos nobres ou homens livres, pois os servos estavam sujeitos a medidas punitivas discricionariamente impostas pelo senhor feudal. Tais regras eram costumeiras e vigorava o "sistema acusatório". Não havia a noção de interesse público para punição dos crimes e reduzia-se o julgamento a um confronto entre particulares, em rigorosa igualdade. O direito de acusar era atribuído exclusivamente à pessoa lesada e na sua ausência aos seus familiares (sem vítima não instaurava-se o pleito). O procedimento era público, oral e formalista.

Com o fortalecimento dos Estados, essas práticas jurídicas vão sendo esquecidas. Já no fim da Idade Média, no fim do século XIII, vai se fortalecendo um outro tipo de justiça, com a visão em outros interesses, até então deixados de lado.

Quem comete um delito aqui, não mais ofende uma pessoa em particular, não se vislumbra mais um duelo, a ofensa passa a ser ao Estado, à sociedade, à soberania, a interesses coletivos. O poder do Estado vai se consolidando e conseqüentemente passa a ser dele o direito e o dever de solucionar os litígios.

O direito canônico como já vimos, foi de suma importância para o direito penal, ao longo dos anos influenciaram-se. Desde logo a igreja usava da prisão como meio de cumprimento de pena, para a meditação e posterior arrependimento da falta cometida, reconciliando-se com Deus, com fins ditos reeducativos. Sobre essa influência, portanto, inicialmente as primeiras prisões não eram utilizadas para cumprimentos de penas, e sim para acusados aguardarem o castigo que viria decorrente de uma sentença condenatória.

Nesse sentido, em comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984, o professor Julio Fabbrini Mirabete (1997, p.26) retrata que:

Antes do século XVII, a prisão era apenas um estabelecimento de custódia, em que ficavam detidas pessoas acusadas de crime, à espera da sentença, bem como doentes mentais e pessoas privadas do convívio social por condutas consideradas desviantes (prostitutas, mendigos etc.) ou questões políticas. No final do referido século, a pena privativa de liberdade institucionalizava-se como principal sanção penal e a prisão passa a ser, fundamentalmente, o local da execução das penas. Nascem então as primeiras reflexões sobre a organização das casas de detenção e sobre as condições de vida dos detentos.

Com o advento do iluminismo houve uma importante contribuição para o fim da tortura, a reforma das leis, a consolidação de uma maior segurança jurídica,

a abolição da pena de morte e, para a aplicação da pena privativa de liberdade buscando-se outros fins que não os até agora aplicados; enfim, a pena passou a ter um cunho utilitário.

Começou-se a construir presídios para o cumprimento das penas. Inicia-se aí a formação dos centros penitenciários, estabelecimentos de custódia, que serviriam para os condenados cumprirem suas penas, e em uma visão mais teórica, para ser realizada a efetiva execução penal.

Em 1764, na Itália, é publicada a obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, que foi responsável por toda uma nova filosofia criminal, por uma mudança no tratamento penal que até hoje se mantém.

Com essa propagação do sistema penitenciário até então em ascensão, observou-se a existência de três sistemas de maior destaque:

- a) Sistema pensilvânico, celular ou de Filadélfia;
- b) Sistema Auburn, auburniano ou *silent system*;
- c) Sistemas progressivos.

O primeiro caracteriza-se pelo isolamento constante para a meditação, sem trabalhos ou visitas, leitura da Bíblia para estímulo de arrependimento. Foi alvo de duras críticas por ser considerado muito severo e por impedir a readaptação social do condenado.

O segundo, a contrário *senso* do Sistema de Filadélfia, permitia o trabalho, que se tornou obrigatório durante o dia, sob absoluto silêncio, manteve as regras de incomunicabilidade, o que era difícil na prática, e estabeleceu também o isolamento noturno. Manteve a proibição de visitas, até mesmo de familiares. Criticava-se esse sistema pela crueldade de adotar o silêncio como regra máxima.

O terceiro é considerado um avanço no rigorismo da execução até então observada. Afirma-se ser esse o mais humanitário dos sistemas estudados; preocupa-se em reincorporar o recluso à sociedade, busca-se recuperar moralmente os de caráter desviado. Sua principal característica é a adoção do regime progressivo, o condenado poderá desfrutar de privilégios, de acordo com sua boa conduta e seu potencial reformador. A duração da pena não dependia mais somente do cumprimento da sentença imposta, era levado em conta a boa conduta, o bom

relacionamento do condenado, do trabalho por ele executado e até a gravidade do delito cometido. Se comprovada a correção, o recluso poderia até beneficiar-se do livramento condicional.

Esclarece o Prof. César Roberto Bitencourt, em seu "Tratado de Direito Penal" (2004, p. 104), que:

O apogeu da pena privativa de liberdade coincide igualmente com o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo. A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação.

Comprovam-se indícios claros desse sistema em nosso ordenamento jurídico penal, assim o artigo 33, § 2º., do Código Penal, afirma que "as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado".

A partir desse ponto conseguimos traçar as primeiras linhas de um processo que até hoje não tem um amadurecimento proporcional à sua importância; trata-se do objeto de estudo do presente trabalho, o processo de execução penal analisado sob o ângulo da individualização da pena.

### **2.3 Função da Pena**

Após a análise da origem, evolução e história da pena privativa de liberdade e da execução penal, afigura-se importante entrarmos na discussão acerca da função da pena, bem como as teorias que a explicam.

Dependendo do conceito de pena que se adota consegue-se vislumbrar uma função atribuída a ela. Por exemplo, Fragoso (1987, p. 292) define a sanção penal como "a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crimes", atribuindo-lhe um caráter de retribuição.

O professor Damásio E. de Jesus (1998, p. 517) conceitua pena como sendo “a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”. Apresenta característica de retribuição e finalidade de prevenção.

Com a reforma de 1984 a pena passou a ter natureza mista: retributiva e preventiva, conforme o artigo 59, *caput*, do Código Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outro espécie de pena se cabível.

Ensina o Prof. Renato Marcão (2007, p. 1) que:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adota 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.

A doutrina admite a existência de uma teoria *relativa*, que se preocupa com os fins obtidos com a privação da liberdade, ou seja, a teoria preventiva. E também uma teoria *absoluta*, que não se preocupa com o fim, pois vê a pena como o próprio fim, ou seja, a teoria retributiva.

A teoria da retribuição vislumbra a pena como sendo um castigo imposto ao criminoso, compensação entre o mal do crime com o mal da sanção; não tem um fim esperado, pois a pena em si é o próprio fim. Busca-se a realização da justiça, já que o criminoso teve o livre-arbítrio para se dirigir ao mundo do crime. É a retribuição justa pelo delito cometido, o delinqüente tem de ser atingido por uma pena privativa de liberdade para compensar a norma penal que infringiu. Por isso se diz teoria *absoluta*, com a punição alcança o seu fim único de compensação, completando-se. Critica-se por ofender a dignidade humana, pune-se sem a espera de se atingir fim social algum.

A teoria da prevenção vislumbra a pena como sendo um meio para se alcançar um fim esperado, almeja um fim utilitário, quer seja evitar novos crimes ou reeducar o infrator, projeta-se para o futuro. Segundo Carmem Silvia de Moraes Barros, em sua obra *A individualização da pena na execução penal* (2001, p. 57) “[...] o utilitarismo só pode ser entendido como tendo por escopo o bem-estar dos cidadãos; só esse utilitarismo tem condições de fundamentar um direito penal mínimo e garantista”.

Costuma-se dividir a teoria preventiva em: prevenção especial e prevenção geral.

A prevenção especial tem em vista o delinqüente, refere-se ao infrator. Em seu aspecto negativo busca-se intimidar o infrator para que não volte a delinqüir; o aspecto positivo busca a readaptação, ressocialização, reeducação, enfim a recuperação do criminoso. Essas idéias guardam íntima relação com o processo de individualização e diferenciação da pena.

A prevenção geral consiste na ameaça de aplicação do mal da pena buscando assim conter os crimes que possam emergir da sociedade; os cidadãos temerosos norteariam as suas condutas de uma maneira mais cautelosa, para não caírem na delinqüência, e assim não serem merecedores da aplicação da sanção penal. Segundo ainda a penalista Carmem Silvia de Moraes Barros (2001, p. 62) “com a prevenção geral esperam-se da ameaça e execução da pena a intimidação dos delinqüentes potenciais e, em geral, a estabilização da consciência normativa social”.

Em seu aspecto negativo essa teoria busca diminuir o cometimento de delitos por parte da sociedade, a pena se tornaria, portanto, através da ameaça, um bloqueio ao impulso criminal. A crítica é que um indivíduo estaria sujeito a um maior rigor em sua pena para servir de exemplo e ameaça à coletividade; observa-se que essa diretriz passa ao longe do princípio norteador da individualização da pena.

Em seu aspecto positivo busca através da justa punição do agente a afirmação da validade da norma, assim o Estado procura aplacar os anseios da sociedade mostrando-lhe a validade de suas normas. Ora, não demora muito para analisarmos que novamente a individualização da pena é esquecida e ignorada, pois

a essência desta demonstração de validade da norma está ligada a demonstrações de soberania e de política criminal.

Explica-nos claramente a respeito Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Individualização da pena* (2007, p. 53):

O caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois aspectos. O *geral*, que se subdivide noutros dois: a) preventivo positivo: a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal; b) preventivo negativo: a pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal, representando alerta a toda a sociedade, destinatária da norma penal. O *especial* também se subdivide em dois aspectos: a) preventivo positivo: é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, buscando preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico. [...]; b) preventivo negativo: significa que a pena volta-se igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de que não tornará a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado.

Após a segunda guerra mundial, surgiu a escola da Nova Defesa Social, com o objetivo de adaptar o indivíduo à sociedade. Trata-se de teoria humanista, valoriza as ciências humanas, os direitos fundamentais, visa à proteção do ser humano. Busca trazer o delinqüente de volta à ordem social.

Esclarece-nos Christiane Russomano Freire (2005, p. 83):

Rejeitando a noção puramente retributiva da pena, a nova defesa social atribuiu ao Estado a responsabilidade pela prevenção ao crime e o tratamento dos delinqüentes. Agregou à concepção retributiva da pena duas dimensões complementares: a prevenção do crime e o tratamento dos delinqüentes.

Traz a idéia de que um ordenamento jurídico eficaz e voltado para o lado social, deverá sempre buscar a ressocialização e posteriormente a reinserção do condenado ao meio de convívio social.

## 2.4 Princípios Fundamentais

### 2.4.1 Princípio da individualização da pena

Trata-se de princípio fundamental, garantidor de direitos fundamentais como a liberdade individual e ainda como limite do poder punitivo do Estado, com clara observância em nossa Carta Magna; artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988:

Art. 5º, XLVI: a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social determinada; e) suspensão ou interdição de direitos.

Essa individualização deve ser observada nas três fases de aplicação da pena: legislativa, judiciária e executória.

O princípio da individualização da pena foi consolidado em nosso ordenamento depois de inúmeras discussões, podemos dizer, portanto, que se afigura como sendo de grande valia ao patrimônio jurídico brasileiro.

A execução da pena deve se dar de maneira dinâmica. Seria uma injustiça padronizar um sistema de execução, aplicável a todos os sentenciados, como se manter a idéia de uma execução constante e atônita do começo ao fim do cumprimento da pena privativa de liberdade.

É de consenso claro e lógico que no decorrer da execução os sentenciados não mantêm inerte sua consciência, caráter, grau de arrependimento, sua personalidade, perspectiva de vida, valoração de princípios, etc. É previsível que o cárcere lhes traga influências desde um primeiro momento, e é também de igual observância que tais modificações podem se dar satisfatoriamente ou insatisfatoriamente; portanto, se configuraria uma injustiça tremenda mantê-los com uma execução em toda a sua duração com idêntica intensidade. Essa deve ser

abrandada ou agravada conforme a necessidade e as condições individuais dos sentenciados.

Deve-se dar oportunidades aos presos para que segundo seus méritos possam personalizar o cumprimento de sua pena.

A respeito, nos ensina o professor Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 250):

A individualização da execução deve voltar-se para o futuro do recluso, não se operando por fórmula única e inflexível. Desse modo, institutos como progressão de regime carcerário (art. 112 da LEP, art. 33, § 2º, CP), livramento condicional (art. 83, CP, 131, LEP), indulto e comutação (art. 187, LEP), remição da pena (art. 126, LEP), saídas temporárias (art. 122, LEP), são mecanismos valiosos que impedem a inércia da atividade executiva e o cumprimento integral da pena de uma única forma e em um único regime institucional.

Todos esses institutos citados pelo professor são verdadeiros trunfos da execução penal, são mecanismos importantíssimos para se concretizar o princípio da individualização da pena; serão objetos de estudos mais adiante.

Tal princípio se encontra em perfeita sintonia com a Lei de Execução Penal, porém a falta de interesse político dos nossos governantes e a lamentável situação do sistema penitenciário brasileiro são fatores que nos mostram a crescente dicotomia existente entre a nossa cruel realidade e as nossas utópicas leis.

#### **2.4.2 Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade, ou reserva legal, vem consagrado no artigo 5º, XXXIX, CF, que estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se de estrita observância à lei. Consagrou-se através da fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Busca-se com esse princípio garantir um Direito Penal justo, além de uma maior segurança jurídica contra possíveis arbitrariedades. Ninguém será responsabilizado por conduta não tipificada no nosso ordenamento. Veda-se o

direito costumeiro e a analogia como fontes do Direito Penal, só são permitidas quando for com o escopo de beneficiar o réu. É uma forma de limitar o poder punitivo do Estado.

A lei deve descrever de maneira clara e precisa tanto a conduta delitiva como a sanção a ela imposta, já que as normas incriminadoras são de competência exclusiva do Estado.

### **2.4.3 Princípio da humanidade**

Resume-se em reconhecer o condenado como pessoa humana e garantir a ele os direitos que lhe são inerentes por essa condição, reconhecimento do condenado como sujeito de direitos. Proíbe-se, por exemplo, a prática de tortura, prisão perpétua, pena de morte, penas cruéis e infames, violência nos interrogatórios etc.

A declaração dos Direitos do Homem em seu artigo 5º dispõe que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante”.

A Lei de Execução Penal também traz importantes medidas para assegurar a garantia desse princípio no decorrer de seu texto, o que não se efetiva é a aplicação de tais dispositivos.

A previsão do princípio encontra-se na Constituição Federal no artigo 5º, incisos II, XLVII e XLIX.

O princípio da humanidade, entre as três etapas individualizadoras (legislativa, judiciária e executória) é de maior discussão na fase da execução da pena privativa de liberdade.

Não se consegue vislumbrar, infelizmente, nem superficialmente, tal legado em nosso sistema prisional; o que se vê é justamente o contrário, desumanidade fria e cruel, superlotação, falta de alimentação adequada, falta de

cuidados médicos, estabelecimentos insalubres, enfim ausência de condições para se ter uma perspectiva de vida melhor.

#### **2.4.4 Princípio da personalidade**

No direito antigo a pena era passada de geração a geração atualmente a nossa Constituição Federal traz no artigo 5º, inciso LXV, o princípio da personalidade ou pessoalidade “nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”.

O princípio da personalidade confirma o fundamento da individualização em um de seus aspectos; ora, o condenado é o sujeito que irá cumprir a pena privativa de liberdade. Por mais que esse fato possa trazer conseqüências aos seus familiares, ou pessoas que dependam dele, esses respingos da execução são inevitáveis, cabe ao Estado o dever de assistir essas famílias.

A Lei de Execuções Penais estabelece em seu artigo 22, inciso XVI, que ao serviço penitenciário caberá o dever de “orientar e amparar, quando necessário, a família do internado e da vítima”.

#### **2.4.5 Princípio do contraditório e da ampla defesa**

Trata-se de princípio basilar da justiça, consolidado no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, art. 5º, inc. LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Observa-se que o réu tem direito a contraditar os fatos que lhe são imputados, seja na fase de instrução ou na execução.

Às partes devem ser dadas condições iguais de produção de provas, assim como o direito de submetê-las ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

A Lei de Execução Penal traz em alguns de seus dispositivos a obrigatoriedade da oitiva do condenado, por exemplo, em casos de regressão de regime (art. 118, § 2º), assim como quando ocorrem mudanças de condições no livramento condicional (art. 144), sob pena de nulidade absoluta.

O sentenciado, portanto, deve sempre ter a assistência de um advogado, que lhe fará a defesa técnica quando a lei assim o exigir ou permitir. Estabelece o art. 11, inc. III, da LEP, a garantia à assistência jurídica, trata-se então de direito do sentenciado e dever do Estado; é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituírem advogados (art. 15 da LEP).

Assim como as outras, tal assistência jurídica muitas vezes não é observada.

Tem-se então que o contraditório é princípio de suma importância também no processo de execução, contribuindo e coexistindo com o princípio da individualização da pena. Pois cabe ao advogado acompanhar o processo de execução e requerer benefícios ao sentenciado.

#### **2.4.6 Princípio do duplo grau de jurisdição**

Esse princípio também se encontra disposto no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, art. 5º, inc. LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Cuida-se da possibilidade de uma segunda apreciação do mérito dada por um tribunal composto por membros mais experientes. Vale-se desse recurso também o réu em fase de execução criminal. Cuida-se de um desdobramento do abrangente princípio do contraditório.

Cristaliza-se na execução tal princípio pela disposição do art. 197 da Lei de Execução Penal.

Em relação ao tema dissertado, vale apontar que foram explicitados os princípios tidos como principais no contexto estudado, porém sem prejuízo dos princípios: jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, livre convencimento motivado, imparcialidade do juiz, oficialidade, publicidade, entre outros.

### 3 AS FASES PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

#### 3.1 Atividade Legislativa para a Individualização da Pena

Alguns doutrinadores, adeptos da concepção dualista, defendem a aplicação da individualização nas fases judicial e executiva; excluindo assim da fase legislativa esse processo de individualização.

No entanto, se assim pensarmos, torna-se extremamente complicado analisar a individualização dentro de um contexto que visa um sistema integrado e sistematizado para se chegar a um fim único. Contrapondo-se ainda a essa idéia, o princípio da legalidade e proporcionalidade, consegue-se ter uma visão mais clara que a individualização legislativa também é de suma importância para o processo como um todo.

Nesse sentido, bem esclarece o professor Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 27):

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

Cabe ao legislador valorar as condutas, cominar penas conforme a importância do bem violado, considerar um marco genérico levando em conta aspectos preventivos e a gravidade abstrata.

A Constituição Federal traz nos incisos do artigo 5º um rol de direitos e garantias fundamentais a serem respeitadas e tuteladas pelo legislador infraconstitucional; desse modo, esses bens jurídicos com *status* constitucional devem ser observados pelo legislador na elaboração das normas e valoração das

condutas. Tais bens jurídicos regem e delimitam o legislador, até mesmo para evitar possíveis excessos, muitas vezes alimentados por pressões populares.

Depois de ciente do bem a ser tutelado, precisa-se aplicar o *quantum* em abstrato que se cominará ao crime, e esse ponto deve ser feito com respaldo na proporcionalidade, analisando a menor ou maior relevância do bem na sociedade e a maneira como ele foi atingido.

Claro que por mais eficiente que seja o legislador, encontra-se longe da possibilidade de conseguir abranger todos os aspectos em relação ao crime, ao criminoso, e como esse vai cumprir sua pena; por isso, abre-se uma maior discricionariedade para o juiz que, a partir daí, continua regendo a dinâmica da individualização da pena privativa de liberdade.

### **3.2 Atividade Judicial para a Individualização da Pena**

A nossa doutrina tem se voltado mais para essa fase da individualização da pena, que é a mais discutida hoje em dia.

Como consequência do princípio da individualização, surge o direito do acusado, que em caso de condenação, deverá ter sua pena fixada de acordo com a sua personalidade, deverá ser fixada uma pena justa e adequada.

Essa fase do sistema de individualização consiste em atribuir a cada um o que é seu, e para que isso ocorra é necessário que seja usado um critério subjetivo. Os responsáveis pela individualização nessa fase são os juízes e os tribunais.

Os princípios da legalidade e da culpabilidade respaldam essa fase da individualização da pena. O juiz está vinculado aos tipos penais descritos em lei, e também a quantidade de pena que deve aplicar, conforme o artigo 5º. XXXIX, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. E ainda, está o juiz também vinculado a analisar o grau de culpabilidade de cada condenado.

Apesar desses princípios norteadores da fixação da pena, ainda sobra ao juiz uma grande discricionariedade para fazê-la, e mesmo vinculado ao livre convencimento motivado, são fortes as críticas nesse sentido.

Fala-se muito hoje em nosso país na padronização da pena, ou de um certo *quantum* já pré-estabelecido.

É inadmissível e contrário a todos os propósitos esperados com a aplicação da pena privativa de liberdade adotar uma política de pena mínima. Assim sendo, seriam desprezados todos os elementos colhidos na fase de instrução processual.

Nesse sentido dispõe Nucci (2007, p. 309):

A individualização da pena, preceito constitucional e determinação legal, é processo judiciário discricionário, embora juridicamente vinculado, bem como devidamente fundamentado, contendo inúmeros elementos sujeitos à abordagem do magistrado por ocasião da sentença condenatória. Não pode e não deve ficar restrito à aplicação compulsória da pena mínima, que, segundo a jurisprudência majoritária, prescinde de fundamentação, pois não haveria “prejuízo ao réu”. A este pode ser que não haja, mas à norma constitucional, à lei penal e à sociedade em geral, com certeza, configura-se.

Trata-se de ofensa extremamente prejudicial ao processo sistemático de individualização.

### **3.2.1 A individualização da pena no Código Penal**

A política de cálculo da pena é dividida em três fases, como dispõe o art. 68 do Cód. Penal:

Art 68. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.  
Parágrafo único. No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Trata-se de processo de individualização da pena no âmbito judicial, e essa é feita pelo magistrado na sentença.

A primeira etapa para a aplicação da pena consiste na análise das circunstâncias judiciais constantes no art. 59 do Código Penal, assim, fixará a pena-base tendo por parâmetro os limites mínimos e máximos estabelecidos nos preceitos secundários dos tipos penais.

Cabe ao magistrado mensurar concretamente as circunstâncias judiciais de que trata o art. 59, já que o legislador não lhes atribuiu valores. Tal análise deve ser feita e devidamente fundamentada, sob pena de nulidade da sentença.

O art. 59 do Código Penal fornece ao juiz os critérios que deverão ser por ele utilizados na fixação da pena, com o intuito de concretizar a individualização, prevendo que:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Segundo Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, p.122) “nessa declaração se reconhece o princípio da culpabilidade e se assinala que deverá haver proporcionalidade entre fato e culpabilidade individual e que a pena só será aplicada se houver necessidade”.

Esse art. 59 do Código Penal traz circunstâncias judiciais a serem exploradas pelo magistrado, no entanto tal dispositivo não as define, nem as delimita. O juiz, portanto, que fica responsável em achar durante o processo tais circunstâncias e mensurá-las.

A *culpabilidade* é a medida da pena, analisa-se o grau de censura daquela conduta delitativa praticada, está ligada também a essa idéia o quanto a conduta foi reprovável.

Nos *antecedente* são analisados os atos até ali praticados pelo indivíduo. Consiste na averiguação da vida pregressa do réu, e com isso consegue-se chegar às conclusões, como por exemplo, se o réu tem ou não uma personalidade voltada ao crime.

A análise da *conduta social* mostra ao magistrado como o réu se relaciona no seu ambiente social, familiar, de trabalho e etc.

Já a análise da *personalidade* do delinqüente objetiva traçar a sua periculosidade, seus aspectos morais, seus eventuais desvios de caráter, vislumbra-se até a apreciação da índole do delinqüente.

O artigo também faz menção aos *motivos do crime*, com isso busca-se achar de onde surgiu a vontade do réu de praticar tal conduta delitiva, em certos casos esses motivos podem até qualificar uma conduta. São exemplos: honra, vingança, maldade, amor, ódio, lascívia e etc.

As *circunstâncias* do crime buscam explicar a forma como a conduta foi executada; tais como local, tempo, objetos e etc.

As *conseqüências* do crime referem-se à intensidade das lesões geradas pelo ato do delinqüente e também à proporção que a conduta tomou na sociedade.

O *comportamento da vítima*, também mencionado no art. 59, pode ser de suma importância para a consumação de um crime, pode não justificar a conduta do delinqüente, mas mostra ao juiz parâmetros para a fixação da pena.

Feito isso, entramos na segunda etapa da aplicação da pena, que leva em consideração as circunstâncias agravantes e atenuantes existentes no Código Penal, chamadas de circunstâncias legais, já que vêm expressamente estabelecidas nos arts. 61 a 65 do Cód. Penal. Bitencourt, (2004, p. 612), ressalta que “o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao *prudente* arbítrio do juiz”.

Entramos na terceira etapa da aplicação da pena, onde se consideram as causas de aumento ou de diminuição, previstas no Cód. Penal, parte geral ou especial, ou em leis extravagantes.

Todas serão devidamente fundamentadas, podemos citar a título exemplificativo a tentativa (art. 14, II, CP) como causa de diminuição de pena; e o crime continuado (art. 71, CP) como causa de aumento de pena.

Observamos a grande discricionariedade dada pelo legislador ao magistrado na hora da aplicação da pena, talvez seja esse o motivo do sistema trifásico de aplicação da pena estar longe de se concretizar como o esperado no Brasil.

O art. 59 do CP é um rico instrumento nas mãos do magistrado para realizar a efetiva individualização da pena.

Pronuncia-se a respeito Guilherme de Souza Nucci (2007, p.311):

Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível.

Tudo denotando claro e incompreendido desrespeito ao princípio constitucional da individualização da pena.

### **3.3 Atividade Executiva para a Individualização da Pena**

É nessa última fase do sistema tripartido da individualização da pena que incidirá uma análise mais detalhada no decorrer do trabalho.

A fase executória se inicia com a sentença em que o juiz fixa a pena privativa de liberdade.

Entendia-se até pouco tempo, que nesse momento cessaria a atividade jurisdicional do Estado, pois a partir daí haveria uma tutela de órgãos administrativos, vistos como responsáveis pela execução da pena.

Com o passar dos anos essa visão veio se modificando, já que, sem dúvidas, a execução penal é a fase mais importante, pois é nela que conseguimos

ver a concretização da lei. E é através dela que buscamos chegar aos fins esperados pela nossa legislação.

Para que se consiga realmente efetivar uma execução individualizada, é de suma importância a análise da personalidade do sentenciado, não só na hora de adequá-lo a um sistema para iniciar o cumprimento da pena, mas também durante todo o decorrer da execução. Pois, com certeza, ele apresentará mudanças em seu comportamento conforme evoluir sua execução, e isso deve ser observado e comprovado rapidamente para novamente se fazer uma adequação de seu estado atual com as suas novas condições de cumprimento de pena.

As necessidades específicas de cada um devem ser levadas em conta para conseguir se alcançar um fim ressocializador.

Ao proferir a sentença o juiz além de aplicar o *quantum* que julgar necessário, irá também estipular o regime inicial de cumprimento de pena, que poderá ser aberto, semi-aberto ou fechado. Tais regimes, no transcorrer do processo de execução poderão ser agravados ou amenizados, conforme tempo de cumprimento de pena e merecimento. Trata-se da progressão de regime (art. 112, da LEP) e da regressão de regime (art. 118, da LEP).

Talvez esses dois dispositivos sejam os maiores agentes seletores na fase da individualização executória.

Não se pode realizar uma execução penal homogênea por motivos claros, o ser humano apresenta uma elevada monta de diversidades entre si. Bem como, também é verdade, que cada um reage às situações que lhes são impostas de uma maneira singular, não justificando, portanto, uma execução penal imutável do começo ao fim.

### **3.3.1 A natureza jurídica da execução penal**

A discussão acerca da natureza jurídica da execução penal e do processo penal surge a partir do momento que tenta-se fixar o caráter *administrativo* ou *jurisdicional*.

A Constituição Federal, no art. 24, inciso I, traz a expressão *Direito Penitenciário*. Já a Exposição de Motivos da Lei de Execução opta pela expressão *Direito de execução penal*.

Nesse sentido, discorre o Prof. Paulo S. Xavier de Souza (2006, p.296):

Pode-se afirmar que o termo *Direito Penitenciário*, empregado na Constituição (art. 24, I), está contido no conceito, em “*sentido amplo*”, do *Direito de Execução Penal*, considerando que a Lei de Execução Penal (7210/84) disciplina a execução das penas, medidas de segurança, o objeto e finalidade da execução (art. 1º.), a classificação dos condenados (art. 5º., 9º.), as espécies de assistência ao preso, internado, egresso e preso provisório (art. 1º, 10 ss.), o trabalho prisional (art. 28 ss.), os deveres, direitos e disciplina dos presos (art. 38, ss.), as sanções e recompensas (art. 53, ss.), os órgãos da execução (art. 61, ss.), a especificação e destinação dos estabelecimentos penitenciários (art. 82, ss.), a remição de penas (art. 126 ss.), o livramento condicional (art. 131, ss.), a suspensão condicional da pena (art. 156 ss.), a execução da pena de multa (art. 164 ss.), o procedimento para a anistia, indulto e comutação (art. 187 ss.), etc.

Temos, portanto, que nosso ordenamento jurídico penal adotou a teoria *mista* ou *eclética*; predominantemente trata-se de natureza de cunho *jurisdicional*, e secundariamente *administrativa*, conforme art. 2º. da Lei de Execução Penal.

Segundo Paulo Lúcio Nogueira, “a execução penal é de natureza *mista, complexa e eclética*, no sentido de que certas normas da execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo” (1990, p. 5).

A LEP dispõe no art. 66 um exaustivo rol das situações de competência onde deverá atuar o juiz da execução, observa-se aqui o porquê do caráter predominantemente jurisdicional. O processo de execução ainda se encontra completamente atrelado ao poder judiciário, que tem competência para dar continuidade ao cumprimento da sentença por ele proferida.

Encontramos, analisando a LEP, situações em que somente caberá ao juiz decidir sobre aspectos da execução, por exemplo, na inclusão do condenado no Regime Disciplinar Diferenciado, medida essa adotada somente com *decisão judicial fundamentada* (art. 54, “caput”, art. 60, 2ª. parte, LEP).

Vislumbram-se também procedimentos ditos administrativos, tais como, apuração de falta disciplinar (art. 54, “caput”, art. 59 da LEP), decretação de

isolamento preventivo do faltoso (art. 60, 1º parte da LEP), fiscalização e organização dos registros dos dias trabalhados pelos condenados para efeito de remição (art. 129 da LEP), autorização para trabalho externo (art. 37 da LEP), etc.

Muitos procedimentos, ainda resultarão do trabalho em conjunto do juiz da execução e do diretor do estabelecimento prisional; como por exemplo, nos traz o art. 112 da LEP, que trata da progressão da execução da pena privativa de liberdade, cabendo ao juiz determinar a progressão, observando como um dos requisitos, qual seja o atestado de bom comportamento carcerário comprovado pelo diretor do estabelecimento penitenciário.

Indiscutível torna-se, portanto, a natureza jurisdicional da execução penal, consolidando-se a importante tarefa do Estado em permanecer também tutelando os interesses do sentenciado na fase da execução penal.

Essa jurisdicionalidade é assegurada em diversos princípios da Constituição Federal, tais como, da legalidade dos delitos e das penas (art. 5º, XXXIX), da individualização das penas (art. 5º, XLVI), da humanização da pena (art. 5º, XLVII), etc.

A vinculação do processo de execução ao apreço do juiz é de enorme valia para a garantia da individualização da pena; e ainda, para se assegurar à efetiva aplicação da pena privativa de liberdade nos moldes dos fins sociais hoje exigíveis.

### **3.3.2 Regras de tratamento penitenciário na individualização executiva**

Dispõe o art 5º da LEP que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

O mesmo diploma legal traz nos artigos seguintes a responsável por essa individualização, que será feita por uma *Comissão Técnica de Classificação*, que elaborará o programa individualizador (art. 6º da LEP). A classificação e o

programa individualizador, devem se ater sempre na reinserção social do condenado a pena privativa de liberdade.

Tal órgão, que estará presente em cada estabelecimento prisional, é presidido pelo diretor do estabelecimento, e composto por no mínimo “dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social”, conforme o art. 7º da LEP.

Salienta a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, em seu item 26, que:

A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação da antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido nos direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.

A composição dessa *Comissão Técnica de Classificação* sempre encontrou grande resistência na prática; falta de investimentos e recursos, ausência de meios materiais, e até mesmo a falta de profissionais qualificados para atuar, sempre configuraram como verdadeiros obstáculos para a concretização da individualização proposta pela lei. Tal situação encontra coro nas ferrenhas críticas feitas em relações às utópicas previsões trazidas pela Lei de Execução Penal.

Observa-se que previsões normativas de políticas para a classificação dos presos há. O que não encontramos presente, muitas vezes, é vontade e o empenho para que na prática tais medidas produzam resultados eficazes; sendo assim, não passam de letra morta. O que vemos na prática é um amontoado de condenados sem obediência a classificação alguma, ofensa violenta e clara aos princípios da individualização e dignidade humana.

Antes da Lei nº. 10.792 de 2003 as competências que eram conferidas às *Comissões Técnicas de Classificação*, estabelecidas no art. 6º da LEP, eram bem mais amplas. Tinha-se, que a elas caberia acompanhar “a execução das penas privativas de liberdade e as restritivas de direito, devendo propor, à autoridade

competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões”. E ainda, emitir pareceres e determinar a realização do exame criminológico.

O artigo 6º da LEP foi visivelmente alterado, e claramente observamos que houve um encurtamento no campo de atuação das *Comissões*.

Esclarece, nesse sentido, o prof. Renato Marcão (2007, p. 12):

Com o advento da Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que, entre outras providências, modificou pontualmente a Lei de Execução Penal, as atividades das Comissões Técnicas de Classificação foram mitigadas se comparadas àquelas previstas da redação do antigo art. 6º da Lei de Execução, onde se assegurava, além do que hoje se tem previsto, que às Comissões Técnicas de Classificação também competia acompanhar a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, devendo propor à autoridade competente as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões. A modificação introduzida restringiu consideravelmente o rol das atividades das Comissões.

Caberá ainda às *Comissões* reunir elementos para as perícias, já que os exames que serão realizados nos condenados são de ordem científica, objetivando aferir a personalidade do criminoso, observando-se a conduta, o caráter, as aptidões, a inteligência, seu temperamento, etc. Para a precisão dos exames, as *Comissões* devem buscar sempre colher o maior número possível de informações.

A obtenção desses dados relevantes para a análise da personalidade poderá se dar através de entrevistas às pessoas, requisições de dados e informações a respeito do condenado, feitas às repartições ou estabelecimentos privados, ou ainda, realização de outras diligências e exames necessários (art. 9º da LEP).

A Constituição Federal, no rol de direitos e garantias fundamentais, traz no inciso XLVII, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Dentre essas exigências constitucionais, a única que encontra maior êxito na prática é a separação entre homens e mulheres. Porém mesmo assim, vemos ainda hoje absurdos acontecendo nesse sentido, como por exemplo, o caso da menor de 15 anos de idade que foi presa juntamente com mais 20 homens, durante um mês, em uma cela simples de prisão comum, na cidade de Abaetetuba no Pará.

Segundo o Conselho Tutelar, a jovem foi obrigada, para permanecer viva, a manter relações sexuais com os detentos, além de ter sido agredida por diversas vezes. As autoridades policiais tentaram justificar dizendo que não havia uma ala feminina no presídio de Abaetetuba<sup>1</sup>.

A ONU também traz nas Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos a preocupação com essa individualização prática, que deverá ser feita com muito rigor. Prevê o item 8º dessas Regras:

Os reclusos pertencentes a categorias diversas deverão ser alojados em diferentes estabelecimentos e em diferentes seções, dentro dos estabelecimentos, de acordo com o sexo, a idade, os antecedentes, os motivos da prisão e o tratamento correspondente a ser aplicado, a saber: a) Os homens e mulheres deverão ser recolhidos, na medida do possível, em estabelecimentos diferentes; num estabelecimento em que forem recebidos homens e mulheres, o conjunto de locais destinados às mulheres deverá estar completamente separado; b) Os presos preventivamente deverão ser separados dos que estão cumprindo pena; c) As pessoas presas por dívidas e os demais condenados a alguma forma de prisão por ilícitos civis deverão ser separados dos que estão detidos por infração penal; d) Os detidos jovens deverão ser separados dos adultos.

A Lei de Execução Penal em diversos dispositivos traz normas nesse sentido: “a mulher e o maior de 60 anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal” (art 82, § 1º. da LEP), “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado” (art. 84, “caput” da LEP), “o preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes” (art. 84, § 1º. da LEP), etc.

Busca-se com esses procedimentos, além da efetiva individualização propriamente dita, agrupar os condenados de acordo com suas características, classificando-os; além de permitir um trabalho de reinserção social em conjunto.

---

<sup>1</sup> Jornal O globo. **Jovem teria mantido relações sexuais na cadeia para sobreviver.** Disponível em: <http://www.globo.com.br/noticias/Brasil>. Acesso em 06 de mai. de 2008.

### 3.3.3 A ineficácia do ideal ressocializador

Já restou claro até aqui que o nosso ordenamento jurídico consolidou o sistema *misto* ou *eclético*, ou seja, punir e recuperar.

A nossa legislação trouxe inúmeras normas dispendo sobre o assunto, regulamentando-o até mesmo com maestria, principalmente quando falamos da Lei de Execução Penal.

Essa figura do ideal ressocializador, de acordo com Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 259) “esbarra em fatores negativos como a superlotação prisional, ineficácia do tratamento penitenciário, condicionamento do recluso no cárcere e submissão a um ambiente artificial e hostil, além dos variados efeitos nocivos da prisionização e da aculturação”.

Para alcançarmos, em um plano concreto, a reinserção do condenado à sociedade, o mínimo que o Estado poderia assegurar e garantir são as assistências trazidas pela Lei de Execução Penal. Dispostas no art. 11 da LEP, são: material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa; e posteriormente como dispõe o art. 25 da LEP, a assistência ao egresso.

A assistência ao preso não é só direito seu, trata-se também de dever inequívoco do Estado, objetivando sempre prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade, conforme estabelece o art. 10 da LEP.

Quando um Estado abarca em seu ordenamento jurídico a punição com pena privativa de liberdade, e admite um ideal ressocializador com o final da pena, ele se responsabiliza inteiramente pelas condições em que essas penas serão cumpridas. Passa a ser dever seu possibilitar ao recluso todos os meios possíveis e assistências necessárias para a sua recuperação moral, para o seu retorno satisfatório ao convívio em sociedade.

A partir do momento em que o Estado pune privando cidadãos de sua liberdade, age usando medida drástica, ou seja, “ultima ratio”; e assim sendo, não assegurando nem ao menos direitos e garantias fundamentais previstos na

Constituição Federal, como a dignidade humana, passa a ser Estado tirano, e a pena passa a ser injusta.

“A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas” (art. 12 da LEP). E em complemento dispõe o art. 13 que “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração”.

Tal previsão passa ao largo do caso concreto do interior dos estabelecimentos prisionais.

Como bem nos adverte o Prof. Renato Marcão (2007, p. 20):

Como é cediço, no particular o Estado só cumpre o que não pode evitar. Proporciona a alimentação ao preso e ao internado, nem sempre adequada. Os demais direitos assegurados e que envolvem a assistência material, **como regra**, não são respeitados”. (grifo nosso)

Nota-se que essa situação precária não é vislumbrada como caso isolado. No atual sistema penitenciário brasileiro o que encontramos, infelizmente, são sempre situações reais ilustrando o desprezo estatal.

A assistência à saúde disposta no art. 14 da LEP, chega a ser uma pilhéria, soa descabido aos ouvidos de quem o lê.

Ora, o Estado não consegue garantir nem ao menos a assistência digna à saúde dos cidadãos livres, ditos homens bons; que dirá atingir esse propósito em relação aos custodiados, considerados a escória da sociedade.

Além das doenças já trazidas de fora dos presídios, o ambiente insalubre das celas é motivo de proliferação de inúmeras outras doenças.

Fora as lesões feitas em brigas, ferimentos provocados em rebeliões, e ainda, a transmissão, devido ao ambiente promíscuo, de doenças sexualmente transmissíveis.

Falar em tratamento preventivo então, faz saltar aos olhos a flagrante desproporção entre o legislado e o estabelecido.

Faltam profissionais preparados em quantidade e qualidade, equipamentos necessários, medicamentos, estrutura, curativos e em consequência falta também respeito a condição de vida digna do ser humano.

A assistência jurídica prevista no art. 15 “é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado”.

Também em fase de execução deve ser observado o princípio da ampla defesa, até mesmo para a garantia do cumprimento de uma pena livre de vícios e individualizada.

Determina o art. 17 da LEP que “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”.

Essa, com certeza, deve ser vista como uma das mais importantes prestações que o Estado deve garantir ao seu povo, homens livres e presos, principalmente para esses o acesso à educação pode significar um alicerce, ótimo começo para o processo de reinserção social.

Trata-se de assistência carente até mesmo para a população honesta e trabalhadora. Até as nossas crianças muitas vezes carecem de ensino de qualidade, supervisão adequada, enfim cultura; que sem sombra de dúvidas contribuem e muito para a formação de bons princípios e de bom caráter.

Para o sentenciado, tal assistência, proporciona melhores e mais seguras formas de readaptação social, além da influência positiva na manutenção da disciplina do estabelecimento prisional.

A assistência social visa proteger e orientar o preso e o internado, ajustando-os ao convívio no estabelecimento penal em que se encontram, e preparando-os para o retorno à vida livre, mediante orientação e contato com os diversos setores da complexa atividade humana.

A assistência religiosa pode se tornar um importante e decisivo fator para a recuperação do preso. Além de constar como um direito fundamental do homem; deve se observar também a liberdade de culto.

Trata-se de elemento moral em que se baseia toda a obra da reeducação. Sem a religião fica difícil a reforma interior do condenado.

Conclui-se, portanto, que nem quando o Estado chama para si a responsabilidade de tutela direta do cidadão, privando-o da liberdade para uma suposta e aconselhável tentativa de recuperação, nem assim, consegue garantir direitos fundamentais.

O indivíduo é privado da sua liberdade com intuito de recuperação, porém, dentro das prisões, ainda passam necessidades, privações, limitações e humilhações até piores que a sua situação anterior.

Fica claro que nessas condições de desrespeito e descaso, até mesmo por uma questão de bom exemplo, fica muito difícil, quiçá impossível de se recuperar alguém.

Toda a violência que presumivelmente rondava a vida do condenado fora da prisão, que esse já retribuiu com violência, continua sendo ministrada a ele dentro dos presídios, a tendência esperada, portanto, é a retribuição, novamente, com mais violência.

Tornam-se evidentes os principais motivos da falência da pena de prisão: a ociosidade dos presos, a superlotação da maioria das unidades prisionais brasileiras, a promiscuidade, a carência de todos os tipos de assistências, formação de grupos perigosos, rebeliões, motins, fugas, paralisações, corrupção de funcionários, violência bilateral, tanto do preso como do Estado.

### **3.3.4 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**

A Lei nº. 10.792/2003 trouxe alterações na Lei de Execução Penal e normatizou o Regime disciplinar diferenciado, que é um regime prisional disciplinar especial. Dispõe o art. 52 da LEP que:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado [...].

Será aplicado ainda, quando o recluso representar “alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade” (§ 1º. do art. 52 da LEP).

Aplica-se também o RDD, quando recaírem sobre o encarcerado “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando” (§ 2º. do art. 52 da LEP).

E ainda, traz em seus incisos as características do RDD:

Art. 52. [...] com as seguintes características:

- I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
- II – recolhimento em cela individual;
- III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
- IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

O Regime disciplinar diferenciado surgiu, em um primeiro momento, para tentar aplacar grandes rebeliões que vinham ocorrendo, principalmente no Estado de São Paulo, já que o nosso poder legislativo só funciona sob pressão da população indignada; e também, para que o Estado, numa tentativa desesperada, conseguisse conter a imensidão com que as organizações criminosas se alastravam no interior dos estabelecimentos prisionais, já que alguns dos maiores movimentos organizados, crescem, estruturam-se, recrutam milhares e agem, dentro dos estabelecimentos; a proporção chega a tal ponto que se exterioriza até mesmo em membros da sociedade.

Hoje não mais só os presos são recrutados para essas grandes organizações, são também: familiares, agentes penitenciários, advogados etc. Foi uma medida de caráter emergencial em face da violência generalizada.

Por isso, afigura-se como o principal fator para a criação do RDD o combate ao crime organizado. Portanto, não se trata apenas de uma sanção disciplinar, objetiva-se afastar os presos de maior periculosidade do convívio dos demais.

Nesse ponto, constata-se a gravidade da crise no sistema carcerário brasileiro; se não bastasse retirarmos o delinqüente da vida em sociedade para

bloquearmos a subversão da ordem pública, o que já se tornou ilusório, agora também devemos limitar a convivência entre eles dentro das penitenciárias, já que até mesmo custodiados conseguem manter o crime organizado e recrutar milhares aqui fora.

Tal medida de isolamento vem sofrendo ferrenhas críticas, inclusive por violar princípios constitucionais.

O referido regime celular fere o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CF), da integridade física e moral dos detentos (art. 5º, XLIX da CF), viola o princípio da não aplicação da pena de natureza cruel (art. 5º, XLVII, alínea e, da CF), e ainda, contraria frontalmente o princípio da individualização da pena (art 5º, XLVI da CF).

É incoerente sua relação com institutos trazidos pela própria LEP, como o sistema de progressão de regime. Totalmente incompatível com a atual política de progressão, que recentemente avançou no sentido de possibilitar até mesmo progressão para crimes hediondos (Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007).

O desrespeito com que o RDD atinge a individualização da pena é tão grande a ponto de não ser destinado a fatos, condutas, e sim a determinados grupos de pessoas.

Em um estudo minucioso acerca da medida celular, Christiane Russomano Freire (2005, p. 168), assevera:

Na verdade, o regime disciplinar diferenciado inaugura um novo tipo de regime carcerário, “o regime integralmente fechado *plus*”, e com isso rompe a lógica disciplinar executória em duas extremidades: a primeira expressa na desconformidade com o sistema progressivo (mesmo flexibilizado), uma vez que veda o gradativo desencarceramento; e a segunda, com o sistema meritório, posto que não está condicionada à prática efetiva de falta disciplinar grave, podendo decorrer de simples suposições de risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional, ou mesmo de meras suspeitas de participação em organizações criminosas.

A duradoura permanência no Regime disciplinar diferenciado pode trazer aos custodiados imensos transtornos físicos e morais, tornando assim a pena privativa de liberdade mais sofrida do que era para ser, frustrando-se ainda mais a função de reeducação da pena de prisão.

Em entrevista concedida ao “Fantástico”, Fernandinho Beira-Mar revela como é a vida no Regime disciplinar diferenciado:

Aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida. Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é a verdade. Toda semana eu estou saindo uma hora para conversar com a psicóloga. A assistente social tem me dado uma assistência aí com um remédio, mas eu não quero me viciar. Mas está complicado. Isso aqui é horrível. Nada se compara com isso aqui. É um fábrica de fazer maluco, sinceramente. Eu já estou chamando formiga de meu louro. Olha o ponto que eu cheguei. Sinceramente, são sete meses numa situação completamente... Eu não desejo para o meu pior inimigo passar pelo que estou passando.

Convém analisar o voto do Ilustre Desembargador do Estado de São Paulo, Dr. Borges Pereira, em HC impetrado em 2000 (quando o RDD era previsto apenas para esse Estado), discutindo sua legalidade:

O chamado RDD (Regime disciplinar diferenciado) é uma aberração jurídica que demonstra à sociedade como o legislador ordinário, no afã de tentar equacionar o problema do crime organizado, deixou de contemplar os mais simples princípios constitucionais em vigor (HC 978.305.3/0-00).

Em suma, o RDD trata-se de mais uma medida curativa, quando deveríamos estar procurando medidas preventivas na tentativa de aplacar principalmente a violência instalada no sistema prisional brasileiro.

E também, configura-se como mais um obstáculo para a realização da individualização da pena privativa de liberdade na execução penal, já que se respalda em critérios exacerbadamente subjetivos.

## **4 A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA LEI 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1.984 – LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

A individualização da pena privativa de liberdade na fase da execução penal, que é o foco do presente trabalho, passa a ser estudada mais detalhadamente nesse capítulo. Passaremos a ver cada instituto da Lei de Execução Penal que se relacionam com a política de individualização da pena e, vinculam-se aos fins que tem a pena no nosso ordenamento jurídico.

O legislador enfatizou princípios e garantias essenciais para o cumprimento da pena privativa de liberdade na Lei de Execução Penal, são alguns deles: princípio da jurisdicionalidade (art. 2º), da igualdade, legalidade, liberdade (art. 3º e parágrafo único), proporcionalidade, personalidade, individualização (arts. 5º e 6º), e da humanidade das penas (art. 40).

A execução penal é a fase que merece uma maior atenção na pretensão punitiva estatal, é onde se concretiza a condenação imposta pelo magistrado. Trata-se da fase mais problemática, conflituosa e intrigante do processo tripartido de individualização da pena, no entanto a que é tratada com maior descaso pelos operadores do direito.

No intuito de ilustrar a crítica retro levantada, oportuna se faz a transcrição de um trecho da apresentação da brilhante obra Curso de Execução Penal, do prof. Renato Marcão (2007, XXIX):

A Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, desde os bancos acadêmicos sempre nos despertou a atenção.

De início víamos seu texto como um instrumento complexo, sobre o qual pouco ou quase nada se dizia nos ensinamentos de graduação.

No exercício da advocacia constatamos que o seu conhecimento era pouco difundido, não despertando, no mais das vezes, a atenção de muitos que militavam na área criminal, embora tal possa parecer estranho, como de fato o é.

Enfrentando o concurso de ingresso para a carreira do Ministério Público do Estado de São Paulo, constatamos que muito pouco se questionou a respeito de tão especial diploma legal, ao menos no certame do qual participamos e que nos permitiu o acesso à carreira de promotor de justiça.

Já acostumado ao descaso com que se tratava a (des)conhecida Lei de Execução Penal, no exercício das funções de promotor de justiça

defrontamo-nos com situações as mais variadas, detectando, sempre, as dificuldades com que os profissionais que militam na área esbarram.

Poucos são os operadores do direito que desenvolvem obras a respeito do tema, o desinteresse é latente. O que, acrescentamos, ser inexplicável, por tratar-se de discussão conflitante e sempre atual, sem falar que se afigura como sendo de suma importância para o desenvolvimento de possíveis soluções no que concerne à dificuldade de se aplicar a política de individualização da pena.

A Lei de Execução Penal deveria ser vista com maior atenção pelos nossos juristas e aplicada com maior entusiasmo pelos mestres aos graduandos.

Concluí-se, portanto, trata-se de lei complexa que se desenvolve no plano judicial e administrativo. A execução é autônoma, devido à impossibilidade de sua submissão aos domínios do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

#### **4.1 Progressão de Regime de Cumprimento de Pena**

Os sistemas penitenciários foram evoluindo, até que se chegou ao sistema progressivo, o Código Penal brasileiro de 1.940 adotou tal sistema como norte, porém estabelecia um período inicial de isolamento absoluto não superior a três meses. Com a reforma do Código Penal em 1.984, esse período inicial de isolamento foi excluído, conservando os três regimes de cumprimento da pena de prisão, conforme o art. 33 do Cód. Penal e determinando o cumprimento das penas de forma progressiva, de acordo com o art. 33, §2º. do Cód. Penal.

A crítica que se faz a esse sistema diz respeito ao fato de não poder haver um método de tratamento único para todos os condenados.

A Lei de Execução Penal no artigo 112 dispõe a respeito do mecanismo de progressão de regime; diga-se desde já, que se trata de um dos maiores, quiçá o maior trunfo do condenado para ter o cumprimento da sua pena individualizado.

O processo de cumprimento da pena privativa de liberdade deve se dar de forma dinâmica, já que a função da pena é de integração e reinserção social.

Consiste na transferência do condenado de regime mais rigoroso para regime menos rigoroso, quando este estiver em condições de que assim se proceda. Esse procedimento deverá ser feito individualmente depois de feita análise em cada caso.

A progressão é efetuada por etapas, do regime fechado passa-se ao regime intermediário (semi-aberto), e posteriormente para o regime aberto, não poderá se dar aos saltos, o que seria um atentado contra a individualização no processo de cumprimento das penas privativas de liberdade.

A regra trazida pelo art. 112 que se refere à transferência para regime “menos rigoroso” quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena “no regime anterior”.

Por força do art. 2º, §1º. da Lei 8.072/90, os autores de crimes hediondos ficaram um bom tempo sem poderem ser beneficiados pela progressão de regime, já que suas penas deveriam ser cumpridas em regime *integralmente fechado*.

Ocorre que em 28 de março de 2.007, com o advento da Lei nº. 11.464/07, sobrevieram mudanças nos dispositivos da antiga lei dos crimes hediondos.

Tais mudanças foram vistas como um grande avanço no que concerne a política de individualização no cumprimento das penas privativas de liberdade. A vedação feria não somente o princípio da individualização da pena, como também o princípio da proporcionalidade, e mais ainda feria o princípio da dignidade da pessoa humana.

A nova redação permite a progressão de regime para autores de crimes hediondos, admitindo o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime *inicialmente fechado*.

E ainda, de acordo com o art. 2º, § 2º da Lei dos crimes hediondos, acrescentado pela Lei nº. 11.464/07, a progressão será admitida quando o

condenado tiver cumprido “2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

Adotando uma posição que diverge do que pensava a maioria dos doutrinadores que desenvolveram o tema, antes do advento da nova lei dos crimes hediondos, o jurista Júlio Fabbrini Mirabete, se posicionou no sentido de que o cumprimento em regime integralmente fechado não feria de maneira alguma a Constituição Federal, alegando que (2007, p. 388):

Por força do art. 2º, §1º. da Lei nº. 8.072, de 25-7-90, os autores de crimes hediondos, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e de terrorismo devem cumprir a pena integralmente em regime fechado. Não ofende o referido dispositivo o princípio constitucional de individualização da pena, estabelecido pelo art. 5º, XLVI, da Carta Magna, já que a lei considerou tão graves tais delitos que seus autores devem ser considerados como de periculosidade ímpar, a merecer a segregação mais severa.

Tal posição, no entanto, tratava-se de entendimento isolado entre os juristas, em que pese o brilhantismo das obras do professor Mirabete.

Até mesmo antes da Lei nº. 11.464/07 havia decisões que admitiam a progressão. A posição do Supremo Tribunal Federal consolidou-se pacífica em relação ao assunto, admitindo-se a progressão quando foi fixado tão somente o regime inicial fechado para o cumprimento das penas privativas de liberdade aos autores de crime hediondo, tendo a decisão transitada em julgado para a acusação.

Em 23 de fevereiro de 2.006, o STF proferiu decisão, em plenário, considerando inconstitucional a imposição de regime *integralmente* fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, em homenagem ao princípio da individualização da pena.

Nesse sentido extraímos a seguinte decisão jurisprudencial:

STF: “As penas por crime hediondo serão cumpridas em regime fechado. Todavia, se a decisão condenatória estabelece que o regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, e transita em julgado, não pode ser negado ao réu o direito à progressão” (RT - 763/507).

Entendia-se ainda que, mesmo não sendo feita a ressalva na decisão condenatória do regime *inicial* fechado, e sim regime fechado sem ressalva, admitia-se a progressão, até mesmo antes da Lei nº. 11.464/2.007. Vejamos uma decisão proferida a respeito:

TJRJ: “Crime hediondo – Regime prisional – Sentença condenatória transitada em julgado que determinou o cumprimento da pena em regime fechado, não ressalvado expressamente o art. 2º., §1º, da Lei 8.072/90 – Possibilidade da progressão de regime se preenchidos os requisitos legais (...) Se a sentença condenatória determinou o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado (art. 33, §1º., a, e §2º., a, do CP), não ressalvado expressamente o art. 2º., §1º. da Lei 8.072/90, inexistindo recurso do órgão do Ministério Público, transitado em julgado, fica vedado ao juiz das Execuções Penais a *reformatio in pejus* e a ofensa a coisa julgada (art. 5º., XXXVI, da CF/88). Quem individualiza o regime prisional é o juiz da cognição ao proferir a sentença penal condenatória (art. 59, III do CP), só podendo o regime inicial de cumprimento ser modificado pelo Juiz das Execuções Penais diante de fatos supervenientes. Assim, tem direito subjetivo à progressão aquele que cometeu crime hediondo ou equiparado, mas que, imposto regime fechado (regra geral), tenha transitado em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais”. (RT – 783/714).

Observamos, portanto, que a nova lei dos crimes hediondos consolidou uma situação que já estava ocorrendo na prática e, contribuiu muito para a concretização do princípio constitucional da individualização da pena.

Um Estado que adota o princípio da dignidade humana como alicerce de todas as suas relações e, que prima pela política da função ressocializadora da pena, não pode admitir em hipótese alguma que condenados cumpram suas penas de forma estática, assim como não podemos admitir que durante todo o cumprimento da pena privativa de liberdade o condenado não seja beneficiado com a progressão sendo submetido à apreciação de seu mérito.

O art. 112 da LEP traz ainda os requisitos que devem ser preenchidos para que seja concedido o benefício da progressão.

Exige-se que o condenado tenha *cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior*. Trata-se do requisito temporal, em que se preconiza o caráter objetivo. Pois basta o transcurso do tempo fixado em lei para que se preencha esse requisito.

O art. 75 do Código Penal dispõe que o cumprimento da pena privativa de liberdade não poderá exceder o limite de 30 anos, porém caso a pena aplicada

afigurar-se superior ao limite legal, esse poderá ser excedido para efeitos de cálculos relativos à progressão de regime, conforme entendimento consolidado na Súmula 715 pelo Supremo Tribunal Federal.

As divergências surgem quando se discute como deverá ser calculado o tempo de cumprimento da pena quando estamos diante de uma segunda progressão.

A questão divide os doutrinadores que se manifestam em dois sentidos: a cada progressão deverá ser cumprido um sexto do total da pena; já para a grande maioria, a intenção do legislador foi a de que se cumprisse um sexto da pena que restou após a primeira progressão, pois pena cumprida extingue-se, interpretação que se extrai do art. 113 do Cód. Penal.

A Lei nº. 10.763, de 2003, acrescentou um § 4º ao art. 33 do Cód. Penal, dispondo o seguinte: “O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”.

Trata-se de mais um requisito objetivo aos condenados por crimes contra a administração pública, que para conseguirem a progressão terão que reparar o dano causado, porém sendo plenamente impossível a reparação, entende-se que tal não deve acarretar a negação da progressão, pois assim sendo contrariaria os objetivos da Lei de Execução Penal.

Passando para o segundo requisito, qual seja subjetivo, a antiga redação do art. 112 da LEP exigia expressamente a comprovação do *mérito* para a progressão, devendo a decisão do juiz ser “motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário” (Lei n.º 7.210/84, art. 112, parágrafo único).

Com o advento da Lei nº. 10.792/2003 o requisito subjetivo exigido ficou restrito a um simples atestado de *bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*.

Observamos ao analisar o item 119 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal que o legislador ao elaborar a lei preocupou-se efetivamente com o real mérito do condenado, quando expôs que “a progressão deve ser conquista do

condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior. A transferência é determinada somente pelo juiz da execução, cuja decisão será motivada”.

Um mero atestado de boa conduta torna-se insuficiente e precário para aferir o mérito do condenado, não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo, assim sendo resta ferido o princípio da individualização da pena.

O que realmente se precisa analisar são as condições de aptidão, adaptação e adequação, e essas só podem ser levantadas com o acompanhamento da Comissão Técnica de Classificação e com o exame criminológico. Observamos a incoerência com que foi tratado o assunto, já que a lei de 2.003, que reformou a Lei de Execução Penal, reduziu a importância destes procedimentos.

A doutrina tem se posicionado no seguinte sentido, de acordo com o prof. Renato Marcão (2007, p.116):

Embora agora a lei não mais exija *expressamente* a comprovação de mérito, tampouco condicione a progressão ao parecer da Comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico, ao contrário do que muitas vezes se tem sustentado, mesmo após o advento da Lei n. 10.792/2003 continuamos entendendo que o direito à progressão ainda repousa no binômio *tempo e mérito*.

Até mesmo quando era feito o acompanhamento pela Comissão Técnica de Classificação junto com o exame criminológico, o processo de individualização era falho, agora com um mero atestado assinado pelo diretor do presídio com certeza será um atentado ainda maior.

O diretor dos presídios não ostenta condições de adentrar no mérito do condenado, nem ao menos conseguem ter a certeza do arrependimento pelo ato criminoso, o que ele pode assegurar é somente como o preso se comporta no dia-a-dia em convívio com os demais, e esse comportamento nada acrescenta quando falamos em mérito, pois a realidade do sistema prisional brasileiro nos mostra que a cordialidade nas relações nesses estabelecimentos é condição para se manter vivo.

Com autoridade nos ensina Manoel Pedro Pimentel (1983, p. 158):

Ingressando no meio carcerário o sentenciado de adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado, nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo *ressocializado* para a vida livre, está na verdade, sendo *socializado* para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se, apenas, de um homem *prisonizado*.

Uma outra discussão que se observa em relação à progressão de regime de cumprimento de pena, é a que se refere à possibilidade de progressão em casos de execução provisória de sentença condenatória, isso quando não há recurso da acusação, ou seja, a sentença transitou em julgado para o Ministério Público, mas somente da defesa. Nesses casos, a progressão é admitida quando for solicitada pelo próprio sentenciado.

A Súmula 716 do STF consolidou essa posição: “admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

O regime aberto para cumprimento de pena é tratado de modo diferenciado pelo nosso legislador, pois é o mais brando dos regimes impostos, e porque se presume que o condenado está praticamente apto ao retorno para o harmônico convívio social.

Conforme preceitua o art. 33, §1º, c, do Código Penal, no regime aberto a execução da pena se dará em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Para que seja concedida a progressão para o regime aberto se faz necessária a presença dos dois requisitos, o cumprimento de fração da pena (requisito objetivo), e o atestado de bom comportamento carcerário assinado pelo diretor do estabelecimento prisional (requisito subjetivo). Porém não é suficiente, pois dispõe o art. 113 da LEP que o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz.

O art. 114 e incisos da Lei de Execução Penal estabelece que para que haja a progressão terá que ser comprovado que o condenado está trabalhando ou que poderá fazê-lo, e se pelos seus antecedentes ou resultados de exames a que

for submetido, vierem a demonstrar fundados indícios que de que irá ajustar-se ao novo regime.

O trabalho tem que ser concreto, não se aceita a simples aptidão para o trabalho; e a demonstração da possibilidade de se ajustar ao novo regime, não poderá ser demonstrada somente por uma comprovação de bom comportamento carcerário.

As condições a que se refere o art. 113, são as *condições gerais*, ou seja, *obrigatórias*, que estão estabelecidas no art. 115, I a IV da LEP; e as *condições especiais*, que são aquelas que o juiz pode estabelecer de acordo com o seu critério, analisando a natureza do delito cometido e as condições ostentadas pelo acusado.

Como é cediço, o sistema prisional brasileiro em nada condiz com o que esperava o legislador, já que não possibilita a efetiva execução trazida pela Lei de Execução Penal.

Essa realidade impossibilita, por ausência de vagas, muitas vezes, a progressão de regime ou até mesmo o cumprimento no regime inicial da pena estabelecido na sentença penal condenatória.

Para tal entrevero há duas posições que se destacam na doutrina e na jurisprudência.

Alguns sustentam que o condenado não pode pagar pela desídia do Estado, se esse não fornece vagas suficientes aos condenados, esses não podem ser prejudicados, caso contrário configuraria constrangimento ilegal; já que, se preenchidos os requisitos estabelecidos por lei, a progressão consolida-se como sendo direito subjetivo do acusado.

Não se pode manter o sentenciado em um regime mais rigoroso quando esse ostenta condições de progredir.

Em consonância com esse entendimento já se decidiu que, em se tratando de pena a ser cumprida no regime aberto, inexistindo casa de albergado ou estabelecimento adequado para o cumprimento, o condenado tem o direito de cumpri-la em regime de prisão domiciliar<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> STJ, Resp 120600-DF (reg. 97/0012280/8), 5ª T., rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 18-8-1997, n. 157, p. 37903.

Um outro entendimento consolidou-se sobre os argumentos de que a ausência de vagas é evento que se afigura como sendo de força maior, o que justifica a permanência em regime mais gravoso. Portanto, não há o que se falar em constrangimento ilegal.

No mesmo sentido há decisão do Supremo Tribunal Federal que:

A inexistência de casa de albergado não autoriza o deferimento da prisão domiciliar a sentenciado cuja pena deva ser cumprida em regime aberto, ante o caráter taxativo das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar enumeradas no art. 117 da Lei de Execução Penal. (HC 73.045 – RS., rel. Min. Maurício Corrêa, 13.08.96).

Não se autoriza a concessão de um benefício não previsto em lei que se fundamentaria tão somente na ausência de vagas e conseqüentemente no constrangimento ilegal.

#### **4.2 Regressão de Regime de Cumprimento de Pena**

Assim como a Lei de Execução Penal regulamenta o sistema progressivo respaldado no mérito, também o faz em relação à regressão, tendo-se aqui a ausência de mérito.

Regulamentada no art. 118 da LEP a regressão determina uma ordem inversa da progressão, opera-se com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos.

Estando o condenado no regime aberto retornará ao semi-aberto (intermediário); encontrando-se no regime semi-aberto retornará ao fechado; se na ocasião o condenado já se encontrar no regime fechado ele poderá ser submetido à sanção disciplinar e ter o prazo interrompido para efeitos de progressão. Assim como na progressão, não se admite regressão por saltos.

As causas ensejadoras da regressão vêm dispostas no art. 118 da LEP, afiguram-se quando o condenado: “praticar fato definido como crime doloso ou

falta grave” (inciso I); “sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111)” (inciso II).

Dispõe ainda o §1º que “o condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta”. Acrescenta o §2º que “nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado”.

Em relação à previsão legal de regressão quando o condenado pratica crime doloso, entende-se que basta a prática, não sendo necessária sentença condenatória.

No que concerne às faltas graves, essas estão dispostas no art. 50 da Lei de Execução Penal, são elas: 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 da LEP.

Com o advento da Lei nº. 11.466, de 28 de março de 2.007, acrescentou-se ao art. 50 o inciso VII que diz cometer falta grave o condenado que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

O art. 118, II, e o art. 111 da LEP encontram-se em harmonia, em relação ao fato do sentenciado sofrer condenação, por crime anterior, onde se entende que as penas deverão ser somadas para que se estabeleça o regime de cumprimento, não deverá prevalecer o regime isolado que caberia a cada um delas. Sendo que, como dispõe o art. 76 do Cód. Penal, a pena mais grave deverá ser cumprida primeiro.

Conclui-se, portanto, que a pena que está sendo executada somar-se-á a nova condenação, e o resultado ditará qual o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Essa somatória não necessariamente acarretará em regressão de regime.

As hipóteses de sofrer a regressão quando tratamos de condenados que cumprem pena em regime aberto são mais amplas, pois haverá a transferência

para o regime semi-aberto (intermediário) se “praticar fato definido como crime doloso ou falta grave” (art. 118, I da LEP); “sofrer condenação por crime anterior cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime” (art. 118, II da LEP); ou ainda, se “*frustrar os fins da execução*” (art. 118, §1º da LEP).

Tal conduta para que enseje a regressão pelo motivo de frustrar os fins da execução, deverá ser cautelosamente analisada, já que o fim esperado na execução e a própria finalidade da pena são complexos, muitas vezes desrespeitadas pelo Estado.

Na seqüência, o não pagamento, podendo, de multa cumulativamente imposta, ensejava a regressão até o advento da Lei nº. 9.268, de 1º de abril de 1.996; o inadimplemento da pena de multa não pode mais acarretar na prisão e, tampouco na regressão de regime.

Como a regressão trará prejuízo ao condenado e mudanças no rumo da execução, em se tratando das hipóteses do inciso I. e do §1º do art. 118, deveram ser respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A inobservância de tais princípios cumulada com a arbitrária aplicação da regressão de regime irá ferir até mesmo a individualização da pena, além de configurar constrangimento ilegal.

Não há necessidade, por óbvio, de produção de provas, pois se trata de fase executória e não de instrução. O legislador quis, e é o que se entende pertinente à fase, a realização de audiência para a oitiva do condenado, para que esse apresente uma justificativa de sua conduta.

Tal procedimento poderá ser suprido quando o juiz agir cautelarmente, ou seja, aplicar a *regressão cautelar*, desde que presentes os dois pressupostos indispensáveis para a adoção de tal medida, quais sejam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Hipótese em que o juiz determina a regressão de imediato se assim entender necessário, não fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa por ser provisório.

### 4.3 O Livramento Condicional

O livramento condicional afigura-se como outro importante instrumento na tentativa de individualização da pena privativa de liberdade, é a última etapa do sistema progressivo.

Trata-se de instituto que, se preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, será concedida liberdade ao condenado que acabará de cumprir sua pena solto, sendo que certas condições deverão ser respeitadas sob pena de revogação do benefício. Serve até mesmo como um teste para se ter certeza que o condenado está ou não apto a voltar à vida em sociedade.

Com o advento da Lei nº. 10.792/03, o art. 112 da LEP ganhou nova redação, foi excluída a necessidade de realização do exame criminológico, bem como a elaboração de parecer da Comissão Técnica de Classificação nos casos de progressão de regime, o que no §2º do referido artigo equiparou-se como “idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas”.

O art. 131 da LEP dispõe que poderá ser concedido o livramento condicional se “presentes os requisitos do art. 83, incisos e parágrafo único do Código Penal, ouvido o Ministério Público e o Conselho Penitenciário”. Tal dispositivo legal estabelece que, para o cabimento do livramento condicional se faz necessária “pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos” (art. 83, “caput”, CP), além de requisitos subjetivos e objetivos.

Em caso de mais de uma condenação, as penas deverão ser somadas (art. 84 do Cód. Penal), a soma deve atingir uma pena igual ou superior a dois anos, em nada interfere caso nenhuma delas chegue, isoladamente, ao limite exigido em lei.

Os requisitos subjetivos são (art. 83, III do CP): 1) a comprovação de bom comportamento durante a execução da pena; 2) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e, 3) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto.

O bom comportamento durante a execução da pena não se dá apenas no meio carcerário, mas também no trabalho, quando lhe é concedida permissão para a saída, a boa convivência do condenado com funcionários e outros detentos, etc; tudo com o propósito de comprovar a sua recuperação social e possibilidade de convivência harmônica. O não cometimento de faltas disciplinares no transcurso da execução, por si só, não é suficiente para a concessão do benefício.

O bom comportamento *poderá* ser atestado, já que não se afigura mais obrigatório, por parecer da Comissão Técnica de Classificação, laudo criminológico etc.

O nosso legislador também deu grande importância ao trabalho do condenado, já que também é um dos requisitos para o livramento condicional o “bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído”, conforme o art. 83, III do Cód. Penal. A importância que lhe é atribuída explica-se por ser o trabalho o elemento que dignifica e qualifica o homem, e um dos mais importantes fatores de reintegração social e recuperação moral.

Tal requisito deve ser analisado com ressalvas, levando-se em conta a real situação de oportunidade de emprego de uma forma geral no país e a crise no sistema prisional brasileiro.

Tem-se também a exigência de “aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto”, entretanto, observa-se na prática que as atividades laborativas presentes no interior das penitenciárias são geralmente de baixíssima remuneração, motivo pelo qual tal requisito também deverá ser analisado com ressalvas, onde a aptidão para o trabalho e uma proposta de emprego já devem ser consideradas.

No parágrafo único do art. 83 do Cód. Penal, vislumbramos a necessidade da “constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir”, isso para “condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa”.

A discussão que surge em torno do tema, após o advento da Lei 10.792/003, é em relação à realização ou não do exame criminológico. Caso entendêssemos pela intenção do legislador de afastar o exame criminológico, qual

procedimento deveria ser adotado para chegarmos a essa presunção de recuperação?

Alguns se posicionam no sentido de que o parágrafo único do art. 83 do Cód. Penal foi revogado pela lei de 2.003 que trouxe consideráveis alterações para a Lei de Execução Penal. No entanto, ao nosso ver o que parece mais acertado, e se tem decidido é que:

A norma inscrita no parágrafo único do art. 83 do Código Penal, que faculta a realização de perícia médico-psiquiátrica do condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, para obtenção do benefício do livramento condicional, revela-se materialmente compatível com a Carta Política de 1.988, achando-se, conseqüentemente, em plena vigência. O magistrado, sempre que entender essencial ao deferimento do livramento condicional a constatação de condições pessoais que façam presumir que o sentenciado não voltará a delinquir, poderá, para efeito de formação do seu próprio convencimento, ordenar a perícia médico-psiquiátrica. O Supremo Tribunal Federal, muito embora acentue em seus pronunciamentos jurisprudenciais que o art. 83, parágrafo único, do Código Penal não torna compulsória a perícia médica, adverte que esta não se acha vedada pela norma legal, submetendo-se, quanto à sua realização, à apreciação discricionária – e sempre motivada – do juiz. (STF, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello, *DJU*, 18-6-1993, p. 12112).

Já os requisitos objetivos afiguram-se como sendo: 1) o cumprimento de mais de um terço da pena, se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes (art. 83, I, CP); 2) o cumprimento de mais da metade da pena se o condenado for reincidente em crime doloso (art. 83, II, CP); 3) reparação do dano causado pela infração, salvo a impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV, CP); 4) o cumprimento de mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza (art. 83, V, CP). A reincidência específica em crimes dessa natureza impede a concessão do livramento condicional.

Quando a lei fixa o cumprimento de um terço de cumprimento da pena para o condenado não reincidente em crime doloso, diz também que deverá contar com *bons antecedentes*. Tal exigência diz respeito a sua conduta antes do cumprimento da pena, pois durante o cumprimento o que deverá ser analisado é o seu comportamento no decorrer da execução, conforme o art. 83, III do Cód. Penal, que se refere ao “comportamento satisfatório durante a execução da pena”.

Caso o condenado não ostente bons antecedentes para a concessão do benefício deverá aguardar transcorrer mais da metade do cumprimento da sua pena.

Essa situação não é vista com bons olhos no processo de individualização, já que assim estabelecendo, o legislador equiparou os condenados reincidentes aos que têm mal antecedentes, o que se trata de verdadeiro óbice à reintegração social do condenado.

Caso o condenado não ostente bons antecedentes para a concessão do benefício deverá aguardar transcorrer mais da metade do cumprimento da sua pena.

O condenado que acabar de cumprir sua pena ou suas penas em livramento condicional, desde que esse não seja revogado, terá sua pena declarada extinta.

A maioria da doutrina se posicionou do sentido de que a concessão do livramento condicional não é uma faculdade do juiz, mas sim um direito subjetivo do acusado, caso estejam presentes os requisitos objetivos e subjetivos.

Nesse sentido esclarecem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de direito penal brasileiro: parte geral* (p. 807), apud Carmen Silva de Moraes Barros (2001, p. 175):

A faculdade do juiz ou tribunal se reduz em constatar a presença dos requisitos legais, e que, de modo algum, se trata de uma faculdade discricionária, que o órgão jurisdicional pode exercer irresponsavelmente. O arbítrio judicial na apreciação desses requisitos é igual àquele que tem na apreciação de qualquer outro estabelecido pela lei para produção de qualquer efeito. Tal arbítrio não pode se converter em arbitrariedade, o que seria inadmissível num sistema democrático de governo.

Portanto, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, o benefício do livramento condicional será concedido pelo juiz da execução.

Dispõe o art. 712 do Código de Processo Penal que o livramento poderá ser requerido pelo sentenciado, por seu cônjuge ou por parente em linha reta, ou ainda, por proposta do diretor do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário.

Após a concessão do benefício, o juiz deverá analisar as condições a que vai submeter o condenado durante o período de prova, essas condições são de ordem obrigatória e facultativa, conforme o art. 132 da LEP. Tais condições deverão ser aplicadas após uma análise detalhada de cada condenado, observando suas limitações e necessidades, se assim feito, realizar-se-á fundamental passo para a efetivação da individualização.

A sentença que admitirá o livramento condicional trará as seguintes condições, também chamadas *condições legais*: 1) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho (art. 132, §1º, a, LEP); 2) comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação (art. 132, §1º, b, LEP); 3) não mudar do território da Comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste (art. 132, §1º, c, LEP).

Levando-se em consideração o problema do desemprego que aterroriza o país, muitos magistrados têm desprezado a condição de se obter uma ocupação lícita de imediato, geralmente o que se faz é estabelecer um prazo para que se obtenha tal ocupação. Observa-se também a proposta que o próprio condenado apresentou no requerimento do livramento.

Em complemento a tal condição, exige-se, que dentro de um prazo fixado pelo juiz, o condenado deverá comparecer em juízo para comunicar a sua ocupação.

Afigura-se de grande importância tal condição, pois serve como norte ao magistrado para se convencer que o condenado está dando novo rumo à sua vida, e não se entregando à ociosidade.

Toda vez que o condenado mudar do território da comarca precisará de autorização. Caso mude de residência, dentro do mesmo território da comarca, é condição facultativa que poderá ou não ser imposta pelo juiz.

Poderão, ainda, ser impostas as seguintes condições: 1) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção (art. 132, §2º, a, LEP); 2) recolher-se à habitação em hora fixada (art. 132, §2º, b, LEP); 3) não freqüentar determinados lugares (art. 132, §2º, c, LEP).

As condições facultativas, também chamadas *condições judiciais*, por assim serem, são as mais importantes no que concerne a adaptar o período de prova do livramento condicional às necessidades individuais de cada condenado.

O recolhimento à habitação em hora fixada destina-se mais aos que poderão vir a entregar-se a vida promíscua, de bebedeiras, prostituição, jogos, etc; podendo ausentar-se fora desses horários somente por motivos de estudo ou religião.

A terceira possibilidade facultativa de condição serve como um complemento ao recolhimento em hora fixada, visto que determinados locais podem servir como meios de dissecação moral, incompatível com os propósitos da lei e de quem se encontra em processo de regeneração social.

Além dessas condições facultativas previstas em lei, o juiz pode aplicar outras que entenda necessárias para o bom andamento do livramento condicional, levando-se em consideração a natureza do crime praticado e as características individuais do condenado.

Revoga-se, obrigatoriamente, o benefício do livramento condicional, “se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, por sentença irrecorrível por crime cometido durante a vigência do benefício” ou em período anterior, desde que a soma das penas não comporte a manutenção do livramento condicional, conforme dispõe o art. 86 do Cód. Penal.

Tem-se a revogação facultativa quando “o liberado deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes na sentença”, ou ainda, se for condenado irrecorrivelmente, “por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade”, como estabelece o art. 87 do Cód. Penal.

O condenado terá que cumprir o restante da pena, descontando-se o tempo em que cumpriu solto, caso ocorra revogação do livramento condicional, se a condenação irrecorrível se deu em razão de crime praticado antes do livramento.

Caso a condenação se de por crime praticado durante o benefício do livramento condicional ou descumprimento das condições impostas pelo magistrado, o condenado deverá cumprir o restante da pena, porém, nesses casos não se descontará o período em que esteve em liberdade. Ficará impossibilitado de beneficiar-se novamente com o livramento para o cumprimento do restante da

mesma pena, só havendo a possibilidade de consentimento no caso da nova condenação.

Será declarada extinta a pena caso decorra o livramento sem revogação, conforme dispõe o art 89 do Cód. Penal.

Muito se discute em relação aos efetivos resultados que encontramos com o livramento condicional no Brasil, os propósitos buscados pela Lei de Execução Penal quase nunca são atingidos. Basta analisarmos os índices de reincidência para ilustrarmos o problema.

A falta de emprego, a ausência de assistência ao egresso, o total descaso com que são tratados, contribuem essencialmente para os índices alarmantes de reincidência.

A Lei de Execução Penal no art. 79 estabelece um sistema de patronato, em que incumbe a este o dever de assistência e fiscalização no cumprimento do livramento condicional. A deficiência, senão total ausência, na realização desse dispositivo é preocupante.

#### **4.4 O Indulto e a Comutação de Penas**

O indulto é outra importante forma de se buscar a individualização da pena privativa de liberdade.

Trata-se de uma renúncia do Estado, através de ato de competência privativa do Presidente da República, através de decreto (art. 84, XII, da Constituição Federal), em que se abre mão da pretensão punitiva de executar a pena.

A competência privativa do Presidente da República poderá ser delegada aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União, observados os limites traçados nas respectivas delegações, conforme estabelece o art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal.

O indulto pode ser *individual*, quando é concedido a somente um condenado; ou *coletivo*, quando se concede a vários condenados.

Tanto o indulto individual (graça) como o indulto coletivo, podem ser *parciais*, nesse caso ocorrendo à comutação, em que a sanção vai ser reduzida ou substituída; no caso do *total*, ocorre a concessão do indulto onde o condenado alcançará todas as sanções impostas.

Como dispõe o art. 107, inciso II do Código Penal, o indulto total é causa extintiva de punibilidade, entretanto, os efeitos do crime permanecem, como por exemplo, a responsabilidade pecuniária. A comutação não é causa de extinção de punibilidade, já que apenas abrandará ou substituirá a pena.

O Estado pode conceder o indulto objetivando diversas finalidades: pode estar buscando um equilíbrio quando encontramos o direito agindo com severidade, é como se o Estado admitisse a fragilidade do direito, ou até mesmo buscar amenizar as imperfeições do ordenamento jurídico; pode ser também para alcançar fins de política criminal.

O decreto do Presidente da República, que concederá o indulto, trará os requisitos que deverão ser preenchidos. Admite-se a somatória das penas para que se alcance o limite estabelecido no decreto.

Desse modo, Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, p. 182) enfatiza:

No que se refere aos fins de não dessocialização e integração social da pena, a comutação e o indulto são de grande importância, já que, tendo por fim reduzir ou extinguir a pena, propiciam a volta imediata ou mais rápida do condenado ao convívio social.

O art. 5º., inciso XLIII, da Constituição Federal, veda a concessão de graça (indulto individual) ou anistia “a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos”.

Em consonância estabelece o art. 2º., da Lei nº. 8.072/90 que, “os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto”.

A art. 188 da Lei de Execução Penal estabelece que, o indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do

Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário.

O requerimento deverá ser encaminhado ao Conselho Penitenciário, que providenciará a elaboração de um parecer a respeito das condições individuais do sentenciado, contendo o estipulado no art. 190 da LEP, seguirá à apreciação do Ministro da Justiça. Após, o pedido devidamente instruído será dirigido ao Presidente da República.

Já o indulto coletivo não é provocado, parte de um ato espontâneo, em regra, do Presidente da República, que é a autoridade que tem legitimidade para concedê-lo.

Esse indulto coletivo não é auto-executável, pois cabe ao juiz da execução analisar se estão preenchidos os requisitos de acordo com o que deixou estipulado o decreto presidencial.

Concluimos, portanto, que o indulto é importante para que se obtenha a individualização da pena, pois vemos tal instituto como um estímulo para que o sentenciado trabalhe, reintegre-se, conviva em harmonia com os companheiros de cela, estude, tudo com o propósito de vir a ser beneficiado com o instituto.

Porém, o benefício do indulto coletivo deverá ser avaliado com cautela, respaldando-se na presença de requisitos realmente eficazes e ressocializadores, para que ao tempo de seu cumprimento o sentenciado efetivamente alcance o fim esperado pela execução da pena privativa de liberdade. Não se pode admitir uma tentativa aloucada, frente à crise que assola o sistema penitenciário brasileiro, de se esvaziar os estabelecimentos prisionais utilizando-se de tal instituto.

#### **4.5 A Remição**

A remição trazida pela Lei de Execução Penal, disposta e regulamentada pelos artigos 126 a 130 da LEP, é vista como um direito do condenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado ou semi-aberto (intermediário) de ter a sua pena diminuída, compensada, em decorrência do

seu trabalho, à razão de três dias trabalhados por um de pena. E ainda, o preso impossibilitado de prosseguir no trabalho continuará a beneficiar-se com a remição.

Vemos a remição como um excelente instrumento para que haja a interação do condenado, já que estimula o trabalho, o que é de suma importância, pois, a realidade do sistema prisional brasileiro nos mostra o resultado do ócio concretizado nos estabelecimentos prisionais.

À medida que se proporciona uma possibilidade da pena privativa de liberdade ser cumprida em menos tempo aos que trabalham, aumentam-se os efeitos da individualização, já que alguns buscarão tal benefício com maior interesse que outros.

Por influir diretamente no curso da execução, a remição será concedida pelo Juiz da Execução, após a análise dos atestados que deverão ser elaborados com precisão e encaminhados mensalmente pelos estabelecimentos prisionais, anotando-se os dias trabalhados, conforme estabelece o art. 129 da Lei de Execução Penal, após ser ouvido o Ministério Público.

O condenado não poderá cometer falta e o trabalho deverá ser efetuado com habitualidade. O tempo remido será computado para a concessão de livramento condicional e de indulto.

Há divergências no que concerne à natureza jurídica da remição, para alguns é instituto de direito penal material, portanto, está vinculada ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica, enquanto que para outros se trata de dispositivo de natureza processual, não se falando em retroatividade benéfica.

O tempo do trabalho para efeitos de remição deverá seguir o disposto no art. 33, "caput" da Lei de Execução Penal, "a jornada normal de trabalho não será inferior a seis horas, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados", no entanto, poderá ser fixado "horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal" (art. 33. parágrafo único, LEP).

Esses casos de fixação de horários especiais, para efeitos de remição, deverão ser analisados individualmente, caso a caso, pelo juiz da execução penal. Dependerá da natureza do trabalho prestado e da localização.

De acordo com o art. 32 da Lei de Execução Penal, que regulamenta as atividades laborativas, para que seja atribuído ao preso um trabalho, deverão ser observadas “a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado”.

O §1º do art. 32 da LEP traz uma certa limitação em relação ao artesanato, com exceção de regiões de turismo. No entanto, apesar de ser atividade de baixa remuneração, têm-se admitido como trabalho para cálculos de remição quando no estabelecimento prisional essa é a única atividade disponível.

Geralmente o trabalho prestado é para alguma empresa que celebra um convênio de parceria com o estabelecimento prisional, que consiste normalmente na confecção de bolas, móveis, carteiras etc.

Apesar de não encontrar dispositivo legal correspondente no ordenamento jurídico, alguns tribunais vêm admitindo a remição por estudos. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a favor, decidindo:

A Lei de Execuções Penais previu a remição como maneira de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação. A interpretação extensiva ou analógica do vocábulo ‘trabalho’, para abarcar também o estudo, longe de afrontar o art. 126 da Lei de Execução Penal, lhe deu, antes, correta aplicação, considerando-se a necessidade de se ampliar, no presente caso, o sentido ou alcance da lei, uma vez que a atividade laborativa, se adequa perfeitamente à finalidade do instituto. Sendo um dos objetivos da lei, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e a sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva se impõe *in casu*, se considerarmos que a educação formal é a mais eficaz forma de integração do indivíduo à sociedade. (STJ, Resp. 445/942/RS, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. em 10-6-2003, v. u., DJU, 25-8-2003, p. 352, Bol. IBCCrim, ano 11, n. 133, dez. 2003, Jurisprudência, p. 757.)

O art. 127 da Lei de Execução Penal estabelece que o condenado punido com falta grave (art. 50 da LEP), “perderá o direito ao tempo remido, começando um novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Surge uma grande discussão no que concerne à inconstitucionalidade desse dispositivo.

Alguns defendem a inconstitucionalidade, apregoando que o trabalho do preso deve ser preservado constitucionalmente, já que não há a menor possibilidade de uma infração disciplinar futura ter efeitos sobre o trabalho já

realizado, alegando que, “a inconstitucionalidade do art. 127 é clara, seja porque fere a coisa julgada, seja porque impede a correta individualização da pena em execução”<sup>3</sup>.

Em contrapartida, outros defendem a constitucionalidade do dispositivo, afirmando que a intenção do legislador sempre foi a de punir a indisciplina, portanto, seria desigualdade remir os dias do faltoso e do exemplar, e assim sendo, “a perda dos dias remidos não viola direito adquirido ou coisa julgada, sendo perfeitamente possível a cassação dos dias remidos, ante a prática devidamente apurada da falta considerada grave”<sup>4</sup>.

As decisões dos tribunais são harmônicas com essa última posição, entendendo pela constitucionalidade do art. 127 da LEP, que os dias remidos não configuram direito adquirido.

Recentemente houve a edição da Súmula Vinculante nº. 9, esta reconheceu a constitucionalidade do disposto no art. 127 da LEP.

#### **4.6 A Individualização do Sursis**

A suspensão condicional da pena é mais um mecanismo individualizador em que o autor do fato típico, analisadas suas condições pessoais, poderá eximir-se de cumprir uma pena privativa de liberdade de curta duração, evitando-se assim os traumas da prisão.

A diferenciação entre os condenados surge realmente com a intenção de executar a pena privativa de liberdade somente quando extremamente necessária, sendo reservada aos casos mais graves e condenados mais perigosos. Esse entendimento refere-se à política de um direito penal mínimo, em que a pena privativa de liberdade é considerada como última opção.

---

<sup>3</sup> BARROS, Carmen Silva de Moraes Barros. **A individualização da pena na Execução Penal**. 1 ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 189.

<sup>4</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5ª. ed.; São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176.

Salienta-se ser de suma importância a realização dessa filtragem, já que se deve evitar a pena privativa de liberdade, principalmente quando se trata de condenado não perigoso, autor de crimes de menor potencial ofensivo, primário e de bons antecedentes.

No atual estágio em que se encontra nosso sistema prisional, a prisão tornou-se um grave mal inviável, os efeitos criminológicos que possivelmente serão adquiridos na prisão serão mais graves que o delito praticado. Não mais se vislumbra a eficácia do ideal ressocializador para o cumprimento de pequenas penas privativas de liberdade em cárcere.

Diante de todas essas circunstâncias o instituto da suspensão condicional da pena ganhou muita força e grande aplicabilidade, já que o propósito do Estado é ressocializar e não punir, e sendo essa recuperação feita alheia aos horrores do cárcere é sempre mais aconselhável.

Dar um voto de confiança ao condenado possibilitando sua permanência em liberdade, mesmo que restrita a certas condições, pode servir-lhe como um estímulo para que não volte a delinquir. A eficácia do instituto só não é maior em decorrência da carência de fiscalização.

Tal instituto mantém o condenado em liberdade mesmo após uma sentença condenatória, hipótese em que não irá se executar a pena privativa de liberdade por estar o condenado submetido a algumas condições legais e outras impostas pelo juiz.

As divergências surgem quanto à natureza jurídica de tal instituto, para alguns se trata de incidente de execução, enquanto que para outros se configura como sendo direito subjetivo de liberdade do condenado. No entanto, dentre tantos, se destaca os dizeres do professor Damásio E. de Jesus (1998, p. 604), “é medida penal de natureza restritiva da liberdade de cunho repressivo e preventivo”.

A suspensão condicional da pena vem disposta nos artigos 77 a 82 do Código Penal. Mesmo a lei estabelecendo que *poderá* ser concedido o *sursis*, o entendimento é claro no sentido de que preenchidos os requisitos trata-se de direito subjetivo do condenado, não podendo ser negado.

O *sursis* é aplicado nos termos do artigo 77 do Cód. Penal, nas condenações à execução de pena privativa de liberdade não superior a dois anos,

salvo quando se verificar o *sursis* etário ou razões de saúde, em que haverá a suspensão de dois a quatro anos, que será o período de prova. Caso o benefício do *sursis* venha a ser revogado durante o período de prova, o condenado terá que cumprir a pena que se encontrava em execução.

Essa espécie de *sursis* trazida pelo art. 77 do CP, é chamado de suspensão simples, que se estabelece como sendo a mais severa em decorrência dos requisitos exigidos, em contrapartida o *sursis* do art. 78, §2º do CP, é chamado de suspensão especial, já que os requisitos estabelecidos são menos severos.

Por ser a pena alternativa sempre menos rigorosa, sendo possível a aplicação de penas restritivas de direitos, essa prevalecerá em relação ao *sursis*, conforme traz o art. 77, inciso III, do Cód. Penal.

Para conceder o *sursis* ao condenado, o magistrado deverá também analisar as condições subjetivas, pessoais do condenado, de acordo com o art. 77, inciso II, do Código Penal, serão avaliadas “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias que autorizem a concessão do benefício”.

Temos ainda que no primeiro ano da suspensão condicional da pena, o condenado deverá “prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana” (art. 78, §1º, CP). Tais exigências poderão ser substituídas pela “proibição de freqüentar determinados lugares” (art. 78, §2º, a, CP), “de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz” (art. 78, §2º, b, CP), e “comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividade” (art. 78, §2º, c, CP); mas, somente se procederá à substituição “se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as condições do artigo 59 do Código Penal lhe forem inteiramente favoráveis” (art. 78, §2º, CP).

Não se admite, na interpretação do art. 77, inc. I e §1º, do CP, a concessão do benefício do *sursis* caso o condenado seja reincidente em crime doloso, salvo se a pena imposta for a de multa. Será permitido, portanto, a concessão do benefício se ocorrer prescrição da reincidência (art. 64, I do CP), ou até mesmo se a reincidência derivar de crime culposos.

Pode acontecer de serem concedidos dois *sursis* simultaneamente, em processos distintos, coincidindo os períodos de prova, caso não seja reincidente em crime doloso. Caso sejam crimes dolosos, quando a sentença de um deles transitar em julgado, no decorrer da vigência do benefício concedido em outro, de acordo com o disposto no art. 81, inc. I do Cód. Penal haverá causa de revogação.

No caso do condenado não cumprir as condições impostas, sejam elas legais ou judiciais, isso acarretará na revogação do *sursis*, e tal revogação poderá ser facultativa ou obrigatória.

A revogação obrigatória é estabelecida por lei, não cabe à discricionariedade do magistrado. A suspensão será revogada nas hipóteses de ser o beneficiário “condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso” (art. 81, I, CP); se “frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano” (art. 81, II, CP); ou ainda, se “descumpre a condição do §1º do art. 78 deste Código” (art. 81, III, CP), quais sejam prestar serviços à comunidade ou limitação de fim de semana.

Entende-se que a condenação irrecorrível por crime doloso deverá se dar durante o período de prova, o momento do cometimento do delito poderá se dar a qualquer tempo, antes do crime o qual ensejou esse processo em que há o *sursis*, depois do crime referido, ou até mesmo durante o período de prova.

A Lei de Execução Penal traz no art. 161 outra causa de revogação obrigatória, que se dará caso o condenado intimado pessoalmente ou por edital no prazo de 20 dias não comparecer à audiência de advertência, a pena será executada.

As causas de revogação facultativa se encontram no art. 81, §1º do CP, que são as seguintes: se deixar de cumprir as obrigações judiciais, caso seja condenado irrecorrivelmente, por crime culposo ou por contravenção, durante o período de prova, à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

O fato de o condenado praticar infração durante o período de prova não ensejará a revogação do *sursis*, isso porque a lei exige que para haver revogação deverá ter uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

De acordo com o art. 81, §2º do CP, caso o condenado esteja sendo processado por algum crime ou contravenção, o período de prova será prorrogado até o julgamento definitivo.

Encerrado o prazo da suspensão da pena sem nenhuma revogação, o juiz declarará extinta a pena privativa de liberdade (art. 82, CP).

#### **4.7 O Trabalho na Individualização da Pena**

O trabalho realizado pelo condenado durante o cumprimento de sua pena tem valor imensurável no que concerne à individualização da pena. Deverá ser atribuído de forma individualizada a cada condenado.

As atividades laborativas eram vistas como um prolongamento da punição que a própria pena proporcionava, sem nenhum objetivo a não ser o de punir.

Hoje em dia há consciência de que o trabalho é a melhor maneira do faltoso reparar o dano que causou com a prática delitiva à sociedade, é encarado como a mais eficaz forma de ressocialização e reintegração social, fundamental para uma perspectiva futura do encarcerado.

A redação do art. 28 da Lei de Execução Penal já nos dá uma idéia das preocupações do legislador em relação ao tema que, “o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

A grande maioria dos presos se encontram nessa situação justamente pelo ócio, nunca se voltaram às atividades laborativas, por isso que o trabalho é obrigatório aos que cumprem pena privativa de liberdade.

Ilustremos a realidade com as palavras do professor Paulo Lúcio Nogueira (1990, p. 33):

Cumpra, entretanto, salientar que, em regra, a clientela das prisões não é propensa ao trabalho, mas à vida ociosa, bastando fazer uma pesquisa sobre a modalidade de trabalho desenvolvida pelos presos, quando em liberdade, para se verificar que não são criaturas muito laboriosas.

É por isso também que o *trabalho carcerário* deverá ser obrigatório, já que, sendo voluntário, provavelmente muitos preferirão manter-se ociosos.

Há certos tipos de trabalho, nas próprias prisões, como limpeza, conservação das instalações, trabalho de lavanderia, serviços de cozinha, trabalhos de zeladoria, organização de arquivos etc., em que a mão-de-obra do próprio preso poderia ser aproveitada, mas infelizmente não tem recebido a devida aprovação, havendo necessidade de contratar pessoas de fora.

Infelizmente o que encontramos na maioria dos presídios brasileiros é a latente ociosidade e as lastimáveis conseqüências de tal situação. Os estabelecimentos prisionais não passam de depósitos de condenados, que só fazem o uso de substâncias estupefacientes, planos de fuga, rebeliões, violência, etc.

Tão grande é o caos que cada vez com mais força ecoa a discussão acerca da privatização do sistema prisional, tópico que será transcrito adiante.

De acordo com a Lei de Execução Penal o trabalho carcerário é visto como um direito – dever do preso. Direito porque através dele que se buscará a recuperação e a dignidade do condenado, e dever porque tem de ter como arcar com suas pequenas despesas, não ficando assim um ônus exclusivo ao Estado, conforme dispõe o art. 39, V, da LEP.

O trabalho é obrigatório na medida em que sua não realização configura falta grave, de acordo com o rol das faltas graves previstas no art. 50, VI, da LEP.

Entendemos que tal obrigatoriedade afigura-se de valor inestimável no que tange ao que se espera com a execução da pena, ou seja, reintegração e ressocialização.

Ora, tem-se claramente que na grande maioria das vezes é a vida desregrada e ociosa que empurra os delinqüentes no mundo do crime, portanto, nos parece que através do trabalho, mesmo que obrigatório, pode ser a oportunidade que se esperava para incutir valores de responsabilidade e dignidade na vida dos presos.

Em que pesem posicionamentos contrários, a punição disciplinar estimula o trabalho, fora que também é do interesse do condenado sua realização, já que serão beneficiados com a remição.

E ainda, como traz o art. 29 e incisos da Lei de Execução Penal, a remuneração do trabalho, será destinada “à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios” (art. 29, §1º, a, LEP); “à assistência à família” (art. 29, §1º, b, LEP); “a pequenas despesas pessoais” (art. 29, §1º, c, LEP); “ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada” (art. 29, §1º, d, LEP). Ainda que o valor recebido seja ínfimo, não importa, além de ocupar seu tempo produzindo algo, pela primeira vez saberão valorizar o que ganham e ajudarão os familiares.

A regra é a de que o trabalho realizado deverá ser interno, conforme prevê o art. 34, §2º do Código Penal, “o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena”. No entanto dispõe o §3º que, “o trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas”. Admite-se, portanto, a realização de trabalho externo aos condenados a regime fechado e semi-aberto (art. 35, §2º do Código Penal).

Trata-se de regra excelente quando o tema é individualização do cumprimento da pena privativa de liberdade, já que a convivência e integração social com homens livres podem animá-los, e fazê-los através do trabalho adquirir virtudes antes desconhecidas.

O limite máximo de presos trabalhando em uma obra será de 10% do total dos empregados, isso para que eles sejam realmente a minoria que se integrará a uma maioria livre, e até mesmo para que não falem mais vagas aos homens livres desempregados.

Para poder realizar trabalho externo o condenado deverá preencher alguns requisitos estipulados no art. 37 da LEP. São eles os subjetivos, que dizem respeito à aptidão, disciplina e responsabilidade do condenado; e o objetivo, que exige o cumprimento de no mínimo um sexto da pena.

Na hipótese de o condenado estar executando trabalho externo poderá esse ser revogado caso o preso venha a praticar fato definido como crime, for punido com falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos exigidos para a permissão, conforme previsão do parágrafo único do art. 37 da LEP.

O preso provisório desde que queira poderá trabalhar, para eles não é obrigatório, porém veda-se o trabalho externo, deverá ser realizado no interior do estabelecimento prisional (art. 31, parágrafo único da LEP).

Na prática sabemos das dificuldades enfrentadas pelo sistema carcerário brasileiro, até mesmo em relação ao número de vagas para alojá-los, quiçá em relação a disponibilização de trabalho para todos, e ainda mais atendendo ao ideal individualizador.

O condenado que cumpre pena no regime aberto trabalhará durante o dia, sem necessidade de vigilância, sendo que deverá retornar no período noturno à casa do albergado (art. 36, §1º do Código Penal).

Tanto o beneficiado do livramento condicional quanto o do sursis deverão sujeitar-se ao trabalho, até mesmo porque é uma das condições para a concessão, inclusive terão que comprovar mensalmente suas atividades.

## 5 ASPECTOS RELEVANTES

### 5.1 A Importância do Exame Criminológico

Desde sempre a criminologia evoluiu com a preocupação de estudar o criminoso, por isso a criação das Comissões Técnicas de Classificação que se incumbem do estudo e da individualização dos delinqüentes para embasar as decisões dos juízes na hora de fixar a pena ou de conceder a progressão.

O estudo do homem criminoso sempre se deu através do exame criminológico, que além de ser importante instrumento individualizador da pena privativa de liberdade, mostra as razões de ter o delinqüente praticado fato definido como crime, e assim proporciona condições para que se reduzam os índices de criminalidade com a implantação de medidas preventivas.

No entanto, alheia a sua importância, o exame criminológico sempre foi visto de uma maneira defasada devido à crise que assola o sistema penitenciário brasileiro.

A Lei nº. 10.792, de 1º de dezembro de 2.003 alterou alguns dispositivos que tratavam do exame criminológico, no entanto o exame não foi abolido como dizem alguns, o que houve foi a redução por parte do legislador nos casos em que se obrigava a sua realização.

O art. 8º da Lei de Execução Penal estabelece que os condenados a pena privativa de liberdade em regime fechado *serão* submetidos a realização do exame criminológico para a correta classificação e para se proceder a individualização do cumprimento da pena; e ainda, o parágrafo único arremata que os condenados a pena privativa de liberdade em regime semi-aberto *poderão* ser submetidos a realização de tal exame.

Portanto, dependendo de qual o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade que se saberá se a realização do exame se dará de forma obrigatória ou facultativa.

Antes do advento da Lei nº. 10.792/03 o art. 112, parágrafo único da Lei de Execução Penal dispunha que para se conceder a progressão de regime de cumprimento de pena, previamente se procederia à realização do exame criminológico, quando necessário.

A nova redação dada ao art. 112 não trouxe o exame criminológico como instrumento para aferição do mérito do condenado para beneficiar-se com a progressão, exigindo somente que o preso tenha “cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”.

Tendo em vista essa modificação, dois posicionamentos surgem no sentido da realização ou não do exame criminológico em casos de progressão.

Para Mirabete (2007, p. 59), “permanece, porém, a possibilidade de realização do exame quando o entender indispensável o juiz da execução para a decisão sobre progressão de regime”.

A questão não é exatamente a realização ou não do exame, mas sim a sua apreciação; caso o juiz se posicione no sentido de requisitar a realização do exame, e a análise for desfavorável à concessão da progressão, deverá ele usar do exame para indeferir o benefício, sendo que não mais há previsão legal nesse sentido?

Aparentemente mesmo que incoerente e errônea, a intenção do legislador foi a de retirar a realização do exame como requisito da progressão de regime de cumprimento de pena. Não poderia, portanto, o juiz usar o resultado do exame para barrar a progressão, não faria sentido então requisitar a sua elaboração.

Nesse sentido, o professor Renato Marcão (2007, p. 14) salienta:

Com efeito, estamos definitivamente convencidos de que, embora até possa determinar a realização de exame criminológico, não é lícito ao juiz da execução negar progressão de regime com base em informações ou interpretações que possa extrair do laudo respectivo.

É que, em razão das mudanças impostas com a Lei n. 10.792/2003, o art. 112 da Lei de Execução Penal exige *apenas* o *cumprimento de um sexto da pena*, como requisito objetivo para progressão, e a apresentação de *atestado de boa conduta carcerária* firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, como requisito subjetivo. É o que basta para a progressão.

Indeferir pedido de progressão com base em apontamentos do laudo criminológico, se o executado cumpriu um sexto da pena no regime atual e

juntou atestado de boa conduta carcerária, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, corresponde a indeferir pedido com base em requisito não exigido. É preciso enxergar a verdadeira intenção do legislador e admitir a mudança. A lei não mudou para ficar tudo como estava.

A decisão tomada pelo legislador de não inserir na nova redação do art. 112 a realização do exame criminológico visivelmente não foi acertada, visto que esse era o principal meio de se averiguar a real situação psíquica e emocional do condenado; porém, em que pesem os entendimentos contrários, esse foi dispensado para efeitos de concessão de progressão.

A crítica que se levanta é que os requisitos previstos para a progressão no art. 112 da LEP, quais sejam cumprimento de um sexto da pena no regime atual e atestado de boa conduta carcerária, são puramente objetivos, já que se deixou de exigir a apreciação do *mérito*.

O diretor do estabelecimento prisional que atestará a boa conduta provavelmente não acompanhará a evolução ou regressão do condenado, e mesmo que o faça, pouco demonstra em relação a sua periculosidade ou possibilidade de reincidência, a submissão às regras impostas no regime carcerário nada dizem a respeito da recuperação, são seguidas por uma questão de sobrevivência.

Renato Marcão (2007, p.16), levanta questionamentos pois, “se os laudos criminológicos já se revelavam falhos na apresentação de elementos para a aferição do requisito subjetivo, quer dizer, então, agora, dos sobreditos *atestados*?”.

O Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, já se posicionou no sentido de que:

Entendeu-se que o aludido art. 112 da LEP, em sua nova redação, admite a realização facultativa do exame criminológico, desde que fundamentada e quando necessária à avaliação do condenado e de seu mérito para a promoção a regime mais brando. Ressaltou-se, ainda, que esse exame pode ser contestado, nos termos do §1º do próprio art. 112, o qual prevê a instauração de contraditório sumário. A partir de interpretação sistemática do ordenamento (CP, art. 33, §2º, e LEP, art. 8º), **concluiu-se que a citada alteração não objetivou a supressão do exame criminológico para fins de progressão do regime, mas, ao contrário, introduziu critérios norteadores à decisão do juiz para dar concreção ao princípio da individualização da pena.** (grifo nosso) (STF HC 86.631/PR, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 5-9-2006, m.v., *informativo do STF*, n. 439).

Com as alterações trazidas pela Lei nº 10.792 de 2003 surgiram também dúvidas em relação ao livramento condicional.

Para alguns o parágrafo único do art. 83 do Cód. Penal está revogado. Estabelece que, para os condenados por crimes dolosos, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, “a concessão do livramento ficará subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”.

A nova lei quando alterou o art. 112, “caput” da Lei de Execução Penal retirando a necessidade de aferição do mérito por exame criminológico, também acrescentou no referido artigo o § 2º, onde estabelece que idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional.

Para, portanto, aqui também, a dúvida no que diz respeito à necessidade ou não de proceder à realização do exame criminológico. Logo, surgem posicionamentos nos dois sentidos também.

Vejamos o que diz a jurisprudência a tal respeito:

TARS: “Razões especiais determinantes do indeferimento de pedido de progressão do regime fechado para o semi-aberto, recolhidas da conclusão do exame criminológico, não podem servir de fundamento para desatender pedido de livramento condicional, quando o interessado, para a obtenção desse benefício, não está obrigado a se sujeitar a tal exame, em razão da natureza do crime pelo qual vira-se condenado” (RT 676/330).

STF: “Livramento condicional. Requisitos. O parágrafo único do art. 83 do CP, que fixa seus novos requisitos (Lei 7.209/84), embora não exija, também não impede exame psiquiátrico para constatação de condições especiais que façam presumir não voltem o sentenciado a delinquir. Trata-se de meio de prova legítimo para formação do convencimento do juiz, que não pode ser obstado se não se mostra desarrazoado nem configura constrangimento ilegal. *Habeas corpus* denegado. Recurso de *habeas corpus* improvido” (RT 604/408).

TJRS: “LEP. Livramento condicional. *Habeas corpus*. Para conceder o livramento condicional necessário o exame criminológico previsto no art. 83, parágrafo único, do CP, pois o Juiz da Execução pratica a justiça da própria justiça ao devolver ao convívio social o cidadão que foi condenado por estupro contra a própria filha menor de idade. Não-conferimento do *habeas corpus* diante do devido processo legal, de cuja decisão cabe o recurso de agravo. Art. 197 da LEP” (RJTJERS 153/53).

Algumas decisões entenderam que o indeferimento do livramento condicional somente vinculado ao exame configuraria constrangimento ilegal. Outras já dizem que desde que fundamentado pode ser exigido.

## **5.2 Culpabilidade e Individualização da Pena**

A culpabilidade relaciona-se com o delinqüente no que concerne aos seus aspectos subjetivos, tendo em vista o delito por ele cometido. Trata-se da vontade, do nexos que o vincula ao delito praticado.

Muito bem nos esclarece Aníbal Bruno (1967) apud Carmen Silvia de Moraes Barros (2001, p. 76):

Nesse sentido tradicional, culpabilidade é o vínculo psíquico que prende o agente ao seu ato e o faz por ele penalmente responsável. Nesse vínculo psíquico se esgota todo o conteúdo da culpabilidade, que se pode manifestar sob as duas formas – o dolo e a culpa. Na realidade, seguindo essa concepção, a culpabilidade compreende apenas o dolo e a culpa. Não é mais do que um conceito genérico abrangendo os dois conceitos específicos.

O estudo da culpabilidade traz grandes reflexos práticos à medida que o poder punitivo estatal só deverá alcançar a responsabilidade pessoal do delinqüente, preserva-se assim a liberdade individual. Ou seja, a pena nunca deverá ultrapassar a medida da culpa do agente.

O juízo de culpabilidade que deverá ser feito pelo juiz definirá a personalidade do delinqüente, e assim terá subsídios para aplicar uma pena adequada, quanto mais culpado for o criminoso maior deverá ser a sanção imposta a ele, nota-se claramente o processo de individualização.

De acordo com o estudo da culpabilidade, chegamos à conclusão que essa não é um requisito do crime, e sim um pressuposto para a imposição da pena. Já que poderá ocorrer um crime e estar presente uma excludente de culpabilidade, bastando para a configuração desse o fato típico e antijurídico.

A análise da culpabilidade vai embasar a aplicação ou não da pena, e conseqüentemente a sua medida, estabelecendo o seu limite.

A culpabilidade, portanto, é um importante instituto individualizador seja na fase judicial, observadas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, para a fixação da pena base; seja na fase da execução da pena privativa de liberdade quando, por exemplo, o legislador dispõe sobre a suspensão da pena no art. 77, II do Código Penal, aqui também há menção à culpabilidade.

### **5.3 Privatização do Sistema Prisional**

Em face dos problemas enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro, cada vez mais ecoam as discussões acerca da privatização dos presídios, a exemplo de alguns países, como os Estados Unidos, França, Portugal e Inglaterra, que já implantaram a privatização.

O sistema de privatização que se busca aplicar no Brasil seria feito através de contrato, em que se instalaria uma gestão mista. As empresas privadas cuidariam da saúde, alimentação, educação, trabalho e até mesmo da administração, enquanto que caberia ao poder público proceder à supervisão geral.

Os que criticam, assim o fazem sobre o argumento de que a punição e a manutenção da execução penal é dever exclusivo do Estado, que aplica a pena e conseqüentemente lhe recai o ônus de executá-la.

Nesse sentido esclarece Laurindo Dias Minhoto (2000, p. 87):

Nesses termos, o direito de privar um cidadão da liberdade, e de empregar a coerção, que o acompanha, constitui uma daquelas situações excepcionais que fundamentam a própria razão de ser do Estado, figurando no centro mesmo do sentido moderno de coisa pública e, nessa medida, seria intransferível.

Ter alguns serviços prestados por empresas privadas, como alimentação e limpeza, nada esclarece a respeito de como seria uma eventual

privatização, o que intriga os opositores é o fato do poder que essas empresas poderão exercer sobre os presos, sendo que seu objetivo é comercial.

Principalmente depois do advento da Lei 10.792/2003 que, devido às alterações que trouxe principalmente no tocante à aferição do mérito do condenado, dando maior discricionariedade aos diretores do estabelecimento prisional, em caso de privatização, o particular interferirá diretamente na execução e na individualização da pena do condenado, passando, portanto, a ser responsável por garantir a efetivação da função esperada da pena privativa de liberdade, qual seja, reintegração social.

Minhoto (2000, p. 89), reforça que “do ponto de vista ético, a privatização vem sendo criticada basicamente por extrair lucros do sofrimento humano”.

Em contra-partida os defensores da privatização alegam que o Estado já mostrou sua incapacidade e descaso para gerir o sistema prisional, sendo aconselhável ao menos uma tentativa de privatização.

A privatização reduziria os encargos e gastos públicos, bem como desenvolveria uma política de recuperação diferenciada com uma maior participação da sociedade.

E ainda, defendem que instituições privadas teriam maiores condições de disponibilizar uma mão-de-obra com melhores remunerações, combatendo assim o problema da ociosidade.

Analisando estas situações, pode-se presumir que caso seja implantada a privatização, em que pesem fundamentos contrários, essa deverá seguir o modelo de gestão mista, já que quem deve responsabilizar-se pela execução da pena privativa de liberdade é o próprio Estado, bem como, cabe a esse apurar e aplicar sanções disciplinares quando necessário. Nesse sentido elucida Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 283):

De qualquer modo, a possível privatização deve ficar restrita à gerência e operação dos estabelecimentos prisionais e a execução material da pena privativa de liberdade, não afastando o “*controle jurisdicional*” do Estado na execução da pena privativa de liberdade ou as atividades administrativas dos juízes, Tribunais e demais órgãos da execução penal (art. 2º, 61, 66, 67, LEP), vedando-se o exercício do *poder disciplinar* (art. 47, 48, LEP) aos

*particulares*, especialmente na apuração e aplicação de faltas e de punições disciplinares (art. 50, 52, 53, 59, LEP).

Em suma, o principal ponto positivo, seria que a privatização funcionaria como uma medida de urgência para tentar solucionar a crise enfrentada pelo sistema prisional brasileiro e, o principal ponto negativo, seria em relação à constitucionalidade da privatização, já que o Estado estaria passando uma competência que é sua a uma empresa particular.

#### **5.4 Aplicação da Pena Privativa de Liberdade como Última Opção**

Há tempos Cesare Beccaria já nos alertava acerca da aplicação da pena de prisão e, ao finalizar sua obra “Dos Delitos e das Penas” (1999, p. 139), sabiamente concluiu que:

De tudo quanto se viu até agora poderá extrair-se um teorema geral muito útil, mas pouco de acordo com o uso, legislador, por excelência, das nações, ou seja: para que a pena não seja a violência de um ou de muitos contra o cidadão particular, deverá ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei.

Devido ao caos do sistema penitenciário brasileiro e aos preocupantes índices de reincidência que se tem verificado, muito se fala na adoção de medidas alternativas, repudiando-se a prisão. Já que essa só traz ao condenado sofrimento físico e moral, de nada contribuindo para a reinserção social.

Buscam-se, cada vez mais, meios alternativos à prisão, o que se procura é a mínima intervenção do Estado nas relações sociais. Nos dias atuais as prisões não são mais vistas como pólos de recuperação, mas sim como verdadeiras irradiadoras dos efeitos criminógenos.

Considerando então, a real situação dos presídios, a pena perdeu a sua razão de ser, que é a de recuperar, passando a ser tão somente punitiva e geradora de grande aflição aos condenados.

O último censo penitenciário foi realizado no ano de 1997 e, nos mostrou índices alarmantes. Vejamos a explanação dos resultados que Luis Francisco Carvalho Filho trouxe em sua obra “A prisão” (2002, p. 57):

Os números chamam a atenção para a aparente existência de milhares de prisioneiros para os quais, em rigor, a prisão era inadequada. Indicavam que pelo menos 2.759 presos foram punidos por porte de drogas para uso próprio, mil foram encarcerados em virtude de penas inferiores a um ano, 2.341 tinham condenações fixadas entre um e dois anos e 12.360 tinham pena de prisão que variava de dois a quatro anos.

A tendência é cada vez mais buscar a ordem inversa dos índices apresentados acima, a pena de prisão é uma instituição falida, além de não recuperar fere frontalmente princípios constitucionais.

A permanência no cárcere desses presos com penas privativas de liberdade pequenas, só agrava os problemas da falta de vagas e da superlotação.

Busca-se através das penas alternativas distanciar-se dessa situação, são as penas restritivas de direitos: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana (art. 43 do Código Penal).

Essas são aplicadas substituindo as penas privativas de liberdade quando for aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e, o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (art. 44, I do Cód. Penal); o réu não for reincidente em crime doloso (art. 44, II do Cód. Penal); a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (art. 44, III do Cód. Penal).

Além de desafogar o sistema penitenciário, traduz-se em dar a cada um, o que é seu, pois a substituição observará as condições pessoais de cada condenado estabelecendo a individualização da pena.

A Lei nº 9.099/95 que regulamenta os Juizados Especiais trouxe a possibilidade de transação penal (art. 76), onde mediante um acordo entre o Ministério Público e a parte nem se discute a culpabilidade. É uma excelente alternativa à pena de prisão, que de maneira alguma se recomenda aos crimes de menor potencial ofensivo, devendo esta ser somente aplicada como *ultima ratio*.

## 5.5 Análise da Prisão e Soluções

A pena de prisão, que surgiu como uma alternativa às penas aflitivas, não logrou êxito em atingir os objetivos que lhe foram conferidos. Em nada contribui para que se consiga a recuperação dos condenados, basta analisarmos os alarmantes índices de reincidência, fato que é de conhecimento não só dos estudiosos do assunto, como também de toda a sociedade.

As conseqüências trazidas pela pena de prisão são contrárias ao que se esperava, só o que traz ao condenado é grande sofrimento sem propósitos, em nada contribui para a sua recuperação moral; muito pelo contrário, sua execução agrava e potencializa os defeitos morais e psíquicos dos delinqüentes, alimentam os fatores negativos já presentes em sua personalidade.

Devido às circunstâncias em que são aplicadas as penas de prisão, essas atingem única e exclusivamente um fim punitivo, implica dizer que o Estado castiga o criminoso sem que se consiga chegar a algum fim ressocializador. E, quando se pune somente por punir, a pena imposta ao condenado torna-se a mais grave dentre todas.

O autoritarismo imposto aos condenados que cumprem pena em regime fechado e, muitas vezes as arbitrariedades dos diretores de estabelecimentos prisionais, preparam e socializam para a vida carcerária, para que os condenados submetam-se às regras internas e não causem problemas à administração, a verdadeira socialização que deveria ser para o retorno do condenado à liberdade é inexplicavelmente desprezada.

O bom comportamento carcerário, requisito para a concessão de benefícios ao longo da execução, restringe-se à análise das condutas do condenado, observa-se a lisura da sua execução, a ausência de faltas disciplinares. O que se esquece são as condições como essas penas de prisão são cumpridas, o bom comportamento serve como uma condição para que o condenado se mantenha vivo dentro dos presídios, não apontando sinal nenhum de sua recuperação. Ocorre o fenômeno da *prisonização*<sup>5</sup>.

O fracasso da pena de prisão liga-se umbilicalmente com a crise que assola o sistema penitenciário brasileiro.

Conclui-se, portanto, que a pena de prisão deve ser aplicada somente quando imprescindível, quando de outra forma não se puder efetivar a dúplici necessidade de punir e ressocializar.

Mantendo-se a pena de prisão como *ultima ratio*, essa ainda deverá passar por inúmeras transformações.

Diz o professor Paulo S. Xavier de Souza (2006, p. 329) que:

Se correta a afirmação de que ainda é impossível abolir a pena de prisão e todos seus efeitos negativos, é razoável dizer também que solução de problemas como aculturação, prisonização, a quase inexistência de ressocialização, reincidência, a superpopulação penitenciária e os altos custos da instituição total, dependem diretamente de atenção especial e compromissada dos poderes do Estado e da sociedade, porque não podem e não devem ser resolvidos isoladamente.

Desse modo, um trabalho nesse âmbito deverá iniciar-se primeiramente, no sentido de efetivar e promover a recuperação dos condenados, dentro do cumprimento dos ideais individualizadores previstos no ordenamento jurídico, sendo este um bom começo.

A disponibilidade de trabalho remunerado para todos é um forte propulsor da reinserção social e reeducação moral dos condenados.

A estrutura dos presídios também deveria ser objeto de mudança, possibilitando o cumprimento das assistências previstas aos condenados,

---

<sup>5</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 158.

principalmente a assistência jurídica. O problema da superlotação deve ser combatido, o número reduzido de condenados propicia melhores condições de recuperação.

A observância de todos esses fatores também é importante para a própria manutenção da ordem e disciplina dentro dos estabelecimentos prisionais.

Para que se chegue à concretização da individualização esperada, é necessário que haja uma equipe trabalhando para isso, juízes, Ministério Público, os diretores administrativos, servidores (advogados, psicólogos, assistentes sociais etc.), a família, o próprio condenado e, a sociedade.

Para a resolução de todos esses complexos problemas apontados no decorrer do presente trabalho, necessariamente, tem que haver um trabalho em conjunto, com participação do Estado, do condenado e da sociedade.

O Estado deverá garantir que a execução da pena privativa de liberdade se dê respeitando o ideal individualizador e, ainda garantir que atinja as finalidades de punir, prevenir e ressocializar, tudo com a observância dos princípios constitucionais, que deverão guiar o processo do começo ao fim.

O condenado deverá passar pelo processo de recuperação imposto pelo Estado, porém, sabemos que a mudança é feita de dentro para fora, sendo o seu esforço primordial para o sucesso do processo de recuperação.

É de suma importância a participação da sociedade nas etapas de recuperação e individualização do condenado, já que ela foi a lesionada e a ela voltará o condenado. Essa cooperação por parte da comunidade deverá se dar de forma ativa, visando sempre os mesmos propósitos do Estado.

A participação da sociedade poderá efetiva-se de inúmeras maneiras: a compreensão de que o condenado, recuperado, está apto a continuar sua vida dignamente; o fornecimento de trabalho; auxiliar na assistência aos familiares dos condenados; o auxílio na fiscalização dos que se encontrem em liberdade sob condições, acompanhamento de organizações não governamentais e, diversas outras possibilidades que possam surgir no curso da execução da pena.

De suma importância seria dar cumprimento ao que dispõe o art. 80 e seguintes da Lei de Execução Penal que estabelecem a criação dos Conselhos da

Comunidade formados por membros da sociedade, e que acompanharão o curso da execução penal, inclusive, realizando visitas mensais aos estabelecimentos prisionais.

Sugere-se, também, a abertura de visitas de grupos da sociedade aos condenados, por exemplo, professores que se disponham a lecionar no interior dos estabelecimentos prisionais, grupos religiosos, médicos e profissionais liberais em geral. A grande maioria dos presos é de baixíssimo nível social, nunca contaram com o apoio de ninguém, a presença da sociedade no momento da execução da pena, sem dúvida alguma, em muito contribuirá para que eles sintam-se acolhidos e englobados.

O Estado em nada se esforça para colocar a sociedade participando da execução penal, não temos nenhum programa que busque conscientizar a comunidade da importância do trabalho conjunto. Muito pelo contrário, a influência que exerce em relação à sociedade é no sentido de inculcar o dever de punir severamente o delinqüente e, a importância de trancafiá-los por longos anos dentro dos presídios. Como se isso bastasse para resolver os problemas, o alarmante índice de reincidência nos mostra bem o contrário.

A preocupação deveria ser no sentido de buscar meios para plantar na sociedade a idéia de que o crime advém, dentre outros, de inúmeros fatores sociais e, que o crime só será exemplarmente punido e o criminoso corretamente recuperado com a participação da sociedade.

Enquanto não forem criados meios eficazes para mudar a visão da sociedade de que ao delinqüente basta a severa e impiedosa punição, será imensamente dificultoso manter uma execução penal de acordo com os princípios legais previstos, assim como, manter uma justiça de cunho humanitário e, conseqüentemente efetivar o princípio basilar da execução penal, qual seja, da individualização da pena privativa de liberdade.

## 6. CONCLUSÃO

A individualização da pena privativa de liberdade é princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, bem como respaldado pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal.

No entanto, mesmo com a previsão de diversos institutos que auxiliam no processo individualizador, esse ideal está longe de ser atingido. Dessa forma, o cumprimento da pena privativa de liberdade se dá de forma desumana e generalizada.

As normas da Lei de Execução Penal são frontalmente atingidas, já que essa traz as regras de organização dos estabelecimentos prisionais e mecanismos para a concretização da individualização e da ressocialização do condenado.

O descaso com que o assunto é tratado pelos nossos governantes e, a falta de programas que englobam a sociedade na execução penal são fatores que fazem com que cada vez mais a crise se acentue.

Para que se resolva o impasse, mesmo que a longo prazo, o Estado deverá se empenhar na elaboração de uma nova política criminal. O aumento e a manutenção da infra-estrutura já evitará a superlotação e a desordem enraizada no sistema penitenciário contemporâneo. A elaboração de programas sociais irá auxiliar tanto de forma preventiva como curativa, sempre visando o incentivo para que da sociedade emanem iniciativas no sentido de fiscalizar o cumprimento da pena privativa de liberdade, buscando sempre a individualização e a recuperação dos condenados.

E acima de tudo, as assistências previstas no art. 11 da Lei de Execução Penal que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana (assistência material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa), deverão ser prontamente observadas; já que o descumprimento dessas garantias torna ainda mais aflitivo o cumprimento da pena privativa de liberdade.

## BIBLIOGRAFIA

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

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Código penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. 445/942/RS, 5ª T., **Relatório do Min. Gilson Dipp**, j. em 10-6-2003, v.u., *DJU*, 25-8-2003, p. 352, *Bol. IBCCrim*, ano 11, n. 133, dez. 2003, Jurisprudência, p. 757.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 73.045-RS, **Relatório Min. Maurício Corrêa**, j. Em 13-8-1996, *Informativo STF*, 21 ago. 1996, Brasília, n. 40.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FILHO, Luís Francisco Carvalho. **A prisão.** São Paulo: Publifolha, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FREIRE, Christiane Russomano Freire. **A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime: tratamento sem prisão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

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

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Antônio Julião da. **Lei de Execução Penal.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

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

TORRENS, Laertes de Macedo. **Estudos sobre execução penal.** São Paulo: SOGE, 2000.

Jornal O globo. **Jovem teria mantido relações sexuais na cadeia para sobreviver.** Disponível em: <http://www.globo.com.br/noticias/Brasil>. Acesso em 06 de mai. de 2008.

\_\_\_\_\_. **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado.**

Disponível em:

[http://www.r2learning.com.br/\\_site/artigos/curso\\_oab\\_concurso\\_artigo\\_853\\_Da\\_inconstitucionalidade\\_do\\_regime\\_disciplinar\\_dif](http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_853_Da_inconstitucionalidade_do_regime_disciplinar_dif). Acesso em 28 de mai. de 2008.

Fernandinho Beira-Mar. **Fantástico.** São Paulo, Rede Globo, 9 nov. 2003. Programa de TV *apud* Christiane Russomano Freire (2005, p. 156).