

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NA EXECUÇÃO PENAL

Olivia Zanfolin CONSOLI¹
Rodrigo Lemos ARTEIRO²

RESUMO: O princípio da individualização da pena previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88, integra o rol dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, o qual visa precipuamente a recuperação e a reinserção dos delinquentes na sociedade, sendo certo que referido princípio guarda estreita ligação com o da dignidade da pessoa humana também tutelado pela carta magna. Ambos os ideais individualizadores se encontram em perfeita harmonia com a Lei de Execução Penal, a qual prevê vários institutos para que se proceda a uma individualização justa e adequada, porém, o descaso com que esse problema é tratado pelos governantes, torna praticamente impossível a aplicação do princípio, restando clara a discrepância entre o que é legal e o que é real. Contudo, o princípio em questão será analisado e ponderado juntamente com o princípio da proibição da proteção deficiente, pois de um lado temos o preso e seus direitos constitucionalmente garantidos e de outro temos uma sociedade que necessita da proteção do estado.

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

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou estudar em conjunto a Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, em face do princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88, uma vez que nosso ordenamento possui inúmeros mecanismos para se proceder a uma individualização adequada, a grande dificuldade se encontra na hora de colocá-los em prática, em razão do descaso com que esse problema é tratado pelos governantes.

Nesse primeiro momento, o trabalho abordará de maneira sintetizada alguns aspectos históricos e jurídicos acerca da individualização da pena, esclarecendo sua origem, finalidade, teorias que a justificam e alguns princípios

¹ Discente do curso de direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

² Docente do curso de direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Orientador do trabalho.

norteadores, já que o andamento da execução penal é intimamente ligado a esses fatores.

O trabalho ainda versará sobre o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), embora não irá esgotá-lo nesse início de pesquisa, dada a sua complexidade e importância nos dias atuais. Saliente-se, que referido regime visa combater com mais rigor o crime organizado, tendo como objetivo principal o afastamento de presos de maior periculosidade do convívio dos demais presos, tendo em vista a criminalidade crescente e avassaladora que atinge o país.

Ainda sobre o princípio da individualização da pena, buscaremos analisá-lo em face do princípio da proibição da proteção deficiente, pois, em que pese de um lado os direitos do preso, os quais são garantidos constitucionalmente, de outro, temos uma população desprotegida e desarmada que precisa ser amparada pelo estado. Portanto, no decorrer do trabalho tentaremos encontrar um equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça.

2 Aspectos históricos da individualização da pena

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

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

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

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

E, ainda sobre o mesmo assunto, ensina o autor Manoel Pedro Pimentel, no livro “O crime e a pena na atualidade” (1983, pág. 118) que:

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

Com o advento da lei de talião (Código de Manu, século XII, a.C e Código de Hamurabi, século XXIII, a.C), a aplicação da pena passou a ser vista de forma limitada e proporcional, ou seja, era restrita ao mal praticado, “olho por olho e dente por dente”.

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

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

2.1 História da Execução Penal

A história da execução penal e do direito sempre foram interligadas e marcadas pela influência religiosa, pois desde os tempos mais remotos, quando da prática de um delito, o infrator era julgado por um homem do clero, que era

considerado aplicador das regras divinas. Nesse sentido ensina a professora Carmem Silvia de Moraes Barros (2001, pág. 26) que, “a noção de crime se confundia com a noção de pecado”.

Assim sendo, desde os tempos primitivos, a execução penal trás consigo inúmeras irregularidades advindas do sistema inquisitivo, onde não só se permitia a supressão das garantias do acusado, mas também a prática da tortura, a colheita de provas de maneira ilimitada e secreta, além de tantas outras irregularidades que em alguns casos persistem até hoje.

Com o surgimento do direito feudal, ocorreu uma divisão na aplicação das regras processuais existentes, uma vez que estas eram aplicadas exclusivamente aos nobres ou homens livres, ficando a cargo do senhor feudal estabelecer as penas que se sujeitariam seus servos. O feudalismo se caracteriza pelos famosos “Julgamentos de Deus”, onde em um procedimento público, formal e oral, o senhor feudal que funcionava como arbitro, estabelecia um duelo entre a vítima e o acusado, pois, acreditava-se, que a verdade chegaria através da intervenção divina quando dos debates realizados, pouco importando a prova da verdade. Em regra, as sanções aplicadas eram pecuniárias, das quais não cabia recurso, mais ainda aqui era comum a utilização das provas corporais.

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

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

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

Diante do fortalecimento dos estados, essas práticas foram aos poucos sendo deixadas de lado, dando lugar a uma nova aplicação da justiça. Assim, o sistema romano que prevaleceu entre os séculos V e X d.C, voltou a ser aplicado no início do século XIII, trazendo inúmeras e valiosas mudanças para aplicação da pena na época, pois, passou-se a entender que quando um indivíduo praticava um

delito, ele não mais ofendia a divindade ou uma pessoa em particular, mas sim o estado, a coletividade e a ordem pública.

No entanto, em que pese a evolução dos séculos e do pensamento humano, ainda era evidente a prática do sistema inquisitivo e a influência do direito canônico, pois embora a prática do crime ofendesse o estado, acreditava-se que somente o arrependimento e a confissão do acusado o reconciliariam com Deus.

Esse período é caracterizado por leis imprecisas, estabelecidas de acordo com o poder discricionário do juiz, o que acarretava desde os tempos mais antigos injustiças e desigualdades.

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

Com o advento do iluminismo no final do século XVII, novamente ocorreram importantes mudanças na aplicação da lei penal, dentre as principais, podemos destacar a proibição da pena de morte e da prática da tortura como meio de obtenção da justiça, com o intuito dar ao processo uma maior segurança jurídica. Portanto, o iluminismo deu um cunho utilitário para a pena, buscando fins diversos do castigo, porém, a pena privativa de liberdade passou a ser utilizada como regra, e a partir daí inúmeros centros penitenciários começaram a ser construídos, visando a efetiva realização da execução penal.

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

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

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

- a) Sistema pensilvânico ou Filadélfia; caracterizado pelo isolamento constante, e criticado porque além de severo, impedia a readaptação do delinquente.
- b) Sistema Auburniano; obrigava o trabalho em período integral e pregava além da incomunicabilidade o isolamento noturno. Criticado por adotar o silêncio como regra máxima.
- c) Sistemas progressivos; sem dúvida é o mais humanitário dos estudados, pois se preocupa com a reinserção do condenado na sociedade. Por esse sistema a duração da pena não se vinculava a sentença, já que o sentenciado pode obter benefícios de acordo com seu comportamento.

O sistema progressivo é o que mais se adequa ao ordenamento vigente, até porque o artigo 33, §2º, do Código Penal, estabelece que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”.

Por fim, podemos concluir que séculos se passaram, mas o processo ainda tem muito para amadurecer, tendo em vista a ocorrência de tantas arbitrariedades que até hoje impedem uma individualização devida e por consequência uma execução penal justa.

2.2 Finalidade da pena

Depois de estudar ainda que de maneira sintetizada toda a evolução da pena privativa de liberdade e da execução penal, analisaremos neste tópico a função da pena, bem como as teorias que a explicam, sendo certo que, anteriormente a pena era constituída apenas pela natureza retributiva, contudo, após

a reforma de 1984, esta passou a ter natureza mista, ou seja, retributiva e preventiva, conforme estabelece 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 consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

- I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II – a quantidade da 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”.

Entretanto, antes de adentrarmos no tema, é importante estabelecer alguns conceitos a respeito do significado da palavra pena.

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

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

Assim sendo, em ambos os conceitos prevalece a natureza mista da aplicação da pena, já que englobam tanto a natureza retributiva quanto a preventiva. No mesmo sentido, é o entendimento do professor Renato Marcão (2010, pág. 31):

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

Saliente-se, que a atividade judicial da individualização da pena, realizada pelo juiz quando da prolação da sentença penal condenatória, é intimamente ligada a finalidade desta, tendo em vista que antes de efetuar o cálculo da pena, o juiz verificará as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, bem como as

circunstâncias agravantes e atenuantes (artigo 61 e 65 do CP) e as causas de aumento e de diminuição da pena (previstas para alguns tipos penais), realizando um juízo de ponderação entre a lei e a necessidade do caso em particular, com o intuito de aplicar uma pena capaz de reprimir e prevenir novas infrações penais, sem desproteger a sociedade.

Dentre as teorias que explicam a função da pena, é pacífica na doutrina a adoção das teorias relativa e absoluta, as quais são totalmente opostas, uma vez que a primeira, também denominada de preventiva, busca obter fins com a privação da liberdade, enquanto que a segunda, enxerga a pena como seu próprio fim, denominada de repressiva.

A teoria da retribuição da pena, embora já ultrapassada, defende que o mal do crime deve ser compensado com o mal da pena, já que o delinquente utilizou-se do livre arbítrio para infringir uma norma penal. Essa teoria, também denominada de absoluta, é bastante criticada porque além de ofender princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, não visa com a privação da liberdade, obter nenhum fim social, sendo totalmente avessa ao ideal proposto pelo estado democrático de direito.

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

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

A teoria da prevenção, também denominada de relativa, vislumbra a aplicação da pena como um mecanismo para se alcançar a ressocialização do condenado, o que impediria a prática de novos delitos. Referida teoria é voltada para o futuro e busca dar um fim utilitário a pena. Essa ainda se subdivide em outras duas, prevenção geral e prevenção especial, vejamos:

A prevenção geral é pautada na ameaça, na coerção como forma de coibir a prática de crimes, pois, acreditava-se, que o mal da pena impediria a ocorrência de novos delitos.

Em seu aspecto negativo, a teoria almeja uma redução no cometimento das infrações, ainda que o condenado seja sacrificado para servir de exemplo para a sociedade. Sobre o assunto, a professora Carmem Silvia de Moraes Barros (2001, pág. 62) expressa que: “[...] a prevenção geral negativa teria por fim prevenir a perpetração de delitos por parte da generalidade. Espera-se que a ameaça da pena exerça uma função no processo de formação do querer, como contra impulso ao impulso criminal [...]”. Criticada por não observar o princípio da individualização da pena, já que para servir de exemplo, o réu era submetido a penas mais rigorosas.

Em seu aspecto positivo a teoria almeja através da efetiva aplicação da norma penal, estabelecer uma convivência pacífica na sociedade, porém, o descumprimento destas normas acarretaria uma justa punição por parte do estado. Criticada por haver resquícios da teoria retributiva, tendo em vista que essa justa punição poderia inclusive suprimir direitos fundamentais.

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

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

De maneira diversa, a teoria da prevenção especial se preocupa com o indivíduo que praticou o delito, vez que o estado democrático de direito é incompatível com a ideia de punir para servir de exemplo.

Em seu aspecto negativo, essa teoria busca intimidar o delinquente para que ele não volte a praticar crimes. Entretanto, seu aspecto positivo consiste na ressocialização, reedução e readaptação do infrator, o que guarda estreita ligação com o estado democrático de direito e com o princípio da individualização da pena privativa de liberdade.

Portanto, a teoria mista ou eclética, hoje predominante em face do disposto no artigo 59, “caput”, do Código Penal, visa alcançar um ordenamento eficaz, voltado tanto para o condenado quanto para a sociedade.

3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

3.1 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, estabelece que:

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

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

Além de um garantidor dos direitos fundamentais do condenado, o princípio em questão também limita o poder punitivo do estado, com o intuito de aplicar a cada réu uma pena justa e adequada.

Esse princípio opera nas três etapas de aplicação da pena, ou seja, nas fases legislativa, judiciária e executiva, as quais são intimamente ligadas, já que juntas materializam o verdadeiro conteúdo do princípio da individualização da pena.

Referido princípio se encontra em perfeita harmonia com a lei de execução penal, a qual possui inúmeros mecanismos para que a individualização da pena seja efetuada de forma segura, prevendo entre outros, a progressão de regime, o livramento condicional, a remição da pena, etc. No entanto, a atenção que sempre foi dada pelos governantes, reflete diretamente no atual sistema penitenciário, sendo visível a desproporção entre o que é legal e o que é real.

Alguns princípios também previstos no rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, da CF/88), guardam estreita ligação com o da individualização da pena, e merecem ser analisados com este quando da imposição da sanção, vejamos:

3.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, ou da reserva legal, disposto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988, expressa que, “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Como o anterior, o princípio da legalidade visa aplicar ao infrator um direito penal justo, e o faz limitando os excessos cometidos pelo estado, para que haja no processo uma maior segurança jurídica. Esse princípio ainda assevera que só será punido o indivíduo que praticar um crime típico, ilícito e culpável.

3.3 Princípio da proporcionalidade

Consiste na aplicação harmônica dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, por tal motivo é previsto em todo o ordenamento jurídico atual. O princípio da proporcionalidade estabelece que quando da criação das normas penais e das penas cominadas às infrações, o legislador deve adequar a gravidade do crime a sanção imposta, prestigiando a segurança jurídica e a punição justa.

A respeito, nos ensina o professor Edilson Mougenot Bonfim (2009, pág. 60) que:

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

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade, talvez seja o mais importante e discutido nos dias atuais, na busca pela efetiva aplicação da justiça.

3.4 Princípio do contraditório e ampla defesa

Resume-se no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que, “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

Esse princípio estabelece uma igualdade entre as partes litigantes, ou seja, prevê que o acusado tem o direito de se defender de todos os fatos que lhe foram imputados, tanto na fase instrutória quanto na fase de execução.

Referido princípio também é previsto na lei de execução penal, nos artigos 118, §2º e 144, os quais impõem algumas obrigatoriedades ao juiz quando da regressão de regime ou de mudanças nas condições do livramento condicional, onde sob pena de nulidade absoluta do ato, o réu deve ser inquirido antes de qualquer mudança no seu quadro de execução.

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

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

3.5 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade encontra-se retratado no artigo 5º, incisos II, XLVII e XLIX, ambos da Constituição Federal de 1988, os quais estabelecem que o acusado não será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, proíbem a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, a prisão perpétua e os trabalhos forçados, além de assegurarem não só a integridade física mas também a moral do preso.

Esse princípio é muito discutido em todas as fases da execução penal, pois visa não só preservar a dignidade do preso, mas também conceder a este o mínimo de direitos, porém, como já exposto, dada a crise avassaladora que atinge o sistema carcerário brasileiro sua aplicação é difícil de ser efetivada.

3.6 Princípio da personalidade

Previsto no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, descreve que “[...] Nenhuma pena passará da pessoa do condenado [...]”, ou seja, a execução da pena cabe exclusivamente ao réu. Contudo, compete ao estado amparar e orientar seus familiares, de acordo o artigo 22, inciso XVI, da lei nº 7.210/84.

3.7 princípio do duplo grau de jurisdição

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

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

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

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

Por fim, inúmeros outros princípios poderiam ser abordados, tendo em vista a ligação com o princípio da individualização da pena, entretanto, buscamos de uma maneira geral tratar dos mais importantes nessa fase do trabalho de pesquisa.

4 FASES DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

4.1 Individualização legislativa

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

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

4.2 Individualização judicial

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

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

No Código Penal, a individualização judicial é prevista no artigo 68 e ocorre em três etapas, vejamos: “A pena será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

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

4.3 Individualização administrativa

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

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

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

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

Os direitos do preso estão previsto no artigo 5º, incisos III e XLIX, da CF/88 e no artigo 41 da LEP, ou seja, é direito do preso ter acesso a alimentação, educação, assistência médica, a advogado, entre outros. Ressalte-se que o diretor do estabelecimento prisional é competente para suspender ou restringir alguns dos direitos previstos no artigo 41.

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

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

4.3.1 Regime disciplinar diferenciado (RDD)

Criado em 2001, pela resolução nº 26, o regime disciplinar diferenciado surgiu em face do crescimento desenfreado das grandes organizações criminosas nos interiores das penitenciárias do estado de São Paulo, e embora suscitada a sua inconstitucionalidade, sob o argumento de que feria a constituição federal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu ser constitucional referido instituto, e fundamentou sua decisão no artigo 24, inciso I, da CF/88, o qual estabelece que os tribunais podem legislar sobre direito penitenciário. Contudo, no dia 01-12-2003, entrou em vigor a lei nº 10.792, a qual modificou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal, conferindo força de lei ao RDD, em que pese inúmeras críticas ao redor do caso.

O Regime Disciplinar Diferenciado permite que presos de maior periculosidade, consistente naqueles que integram facções, organizações criminosas e aqueles que causam indisciplina ou desordem carcerária, sejam separados dos demais presos, estendendo-se também aos presos provisórios. Por ser uma modalidade de sanção disciplinar (artigo 53, V, da LEP), basta que o condenado infrinja uma norma prevista em lei, para ser submetido ao RDD (artigo 52 da LEP).

Referido regime possui algumas características próprias, conforme ensina o penalista Renato Marcão (2010, pág. 74):

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

Assim sendo, podemos concluir que embora contrário a alguns ideais tutelados pela constituição, o RDD é um instituto novo e extremamente necessário, tendo em vista a criminalidade crescente que atinge o país de maneira desenfreada.

5 CONCLUSÃO

Depois de tudo que foi estudado, ainda que de maneira breve nesse início de pesquisa, podemos concluir que a lei possui inúmeros institutos para que se proceda a uma individualização adequada, capaz de punir e ressocializar o indivíduo que praticou um delito, entretanto, é notável que desde os tempos mais remotos a lei é deturpada, aplicada de maneira errônea, prejudicando não só o condenado mais toda a sociedade.

O descaso com que o assunto sempre foi e continua sendo tratado pelos governantes, reflete no atual sistema penitenciário brasileiro, um sistema cruel e muitas vezes desproporcional, que acarreta revolta, desprezo e medo tanto para o preso quanto para a coletividade, uma vez que reúne todos os tipos de criminosos em um mesmo grupo, ou seja, na prisão. Sistema este que só será modificado diante de uma política pública eficaz e inovadora, capaz de envolver o estado, o condenado e a sociedade, na busca do bem comum e da efetiva aplicação da justiça.

No que concerne ao RDD, o ideal seria que ele sequer existisse, pois assim estaríamos diante de uma sociedade pacífica e harmônica, porém, como a pena de prisão, ele é um mal, mas um mal estritamente necessário diante da crescente e avassaladora criminalidade que assombra o país.

Por fim, buscaremos nesse início e também no decorrer da pesquisa, alcançar um equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça, na efetiva aplicação do direito, de modo a ligar ambos os ideais, ponderando alguns institutos e limitando outros, em face do bem comum. Contudo, é visível que diante do atual sistema penitenciário e do descaso dos nossos governantes, esse ideal individualizador esteja longe de ser alcançado.

6 Referencias Bibliográficas:

BARROS, Carmem 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 Afiliada, 2008.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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