



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS/UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS/FADI
CURSO DE DIREITO**

GEOVANE JOSÉ DA SILVA

**A INEFICÁCIA DO TÍTULO EXECUTIVO PENAL NA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

BARBACENA

2016

GEOVANE JOSÉ DA SILVA

**A INEFICÁCIA DO TÍTULO EXECUTIVO PENAL NA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientadora: Delma Gomes Messias Amaral.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Me. Delma Gomes Messias
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. José Carlos dos Santos
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Esp. Luiz Carlos Rocha de Paula
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

BARBACENA

2016

Agradecimentos

Agradeço a Deus por tudo que me concedeste, pela vida, pelas graças e dons recebidos, por ter se feito presente em todos os momentos amparando-me e não me deixando abater. Sem Deus, nada disso seria possível!

À Senhora Aparecida, padroeira do Brasil e de todos os brasileiros, desse povo tão sofrido que clama por justiça e por uma vida melhor. Intercessora de nós pecadores, que atendeu meus anseios, ouviu meus lamentos e que também me propiciou essa vitória.

Aos meus pais, por todo o amor, carinho, apoio incondicional e compreensão. E por sempre acreditarem em tudo o que fiz: Ao meu pai José Francisco, exemplo de retidão e trabalho que fazem dele exímio exemplo que devo seguir. A minha mãe, Maria Cristina, pela bondade e perseverança que impulsiona minha vontade de vencer.

Ao meu irmão Wander, pelo apoio, honestidade e serenidade que me servem de modelo, ao qual me devo pautar.

Aos meus amigos, por todo o apoio e motivação, e também pela compreensão nos momentos em que estive ausente, sabem bem que a ausência se fez necessária para que eu pudesse lutar pelos meus sonhos. Saibam que são referência de tudo aquilo que busco em minha vida.

A todos os mestres, pelos ensinamentos ministrados no decorrer da minha vida, são eles os alicerces de todo o meu aprendizado.

Agradeço à professora Delma, minha orientadora, por toda a ajuda e competência ímpar que muito contribui com esse trabalho, mesmo com o escasso tempo de que dispunha não se eximiu de me propiciar um pouco de seu vasto conhecimento.

E por fim, agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para obtenção de mais essa conquista em minha vida.

Muito obrigado.

1. Aquele que habita no esconderijo do Altíssimo, à sombra do Onipotente descansará.
2. Direi do Senhor: Ele é o meu Deus, o meu refúgio, a minha fortaleza, e nele confiarei.
3. Porque ele te livrará do laço do passarinheiro, e da peste perniciososa.
4. Ele te cobrirá com as suas penas, e debaixo das suas asas te confiarás; a sua verdade será o teu escudo e broquel.
5. Não terás medo do terror de noite nem da seta que voa de dia,
6. Nem da peste que anda na escuridão, nem da mortandade que assola ao meio-dia.
7. Mil cairão ao teu lado, e dez mil à tua direita, mas não chegará a ti.
8. Somente com os teus olhos contemplarás, e verás a recompensa dos ímpios.
9. Porque tu, ó Senhor, és o meu refúgio. No Altíssimo fizeste a tua habitação.
10. Nenhum mal te sucederá, nem praga alguma chegará à tua tenda.
11. Porque aos seus anjos dará ordem a teu respeito, para te guardarem em todos os teus caminhos.
12. Eles te sustentarão em suas mãos, para que não tropeces com o teu pé em pedra.
13. Pisarás o leão e a cobra; calcarás aos pés o filho do leão e a serpente.
14. Porquanto tão encarecidamente me amou, também eu o livrarei; pô-lo-ei em retiro alto, porque conheceu o meu nome.
15. Ele me invocará, e eu lhe responderei; estarei com ele na angústia; dela o retirarei, e o glorificarei.
16. Fartá-lo-ei com lonjura de dias, e lhe mostrarei a minha salvação.

Resumo

O sistema prisional brasileiro atualmente se encontra desacreditado face ao grande número de crimes que cada vez mais são cometidos e o alto índice de reincidência. A pena não tem surtido os efeitos ora difundidos pela teoria mista ou unificadora das penas, segundo a qual a pena deve ser o suficiente para, simultaneamente, castigar o condenado pelo crime e evitar a prática de novos delitos, tanto em relação ao infrator, quanto à sociedade. O regime de execução penal brasileiro tem se mostrado cada vez mais ineficaz, o poder punitivo do Estado não tem sido capaz de inibir a prática delitiva, é forçoso reconhecer que, via de regra, o cumprimento de um sexto da pena corresponde a um critério dosimétrico insuficiente. Por ser generoso, tem provocado fortes reações sociais negativas. A sociedade se vê a mercê de criminosos perigosos que não se intimidam com a lei e com o sistema penal vigente. O caráter retributivo e preventivo da pena não se operam de forma eficiente, a condenação imposta pelo título executivo penal não é levada ao seu fiel cumprimento na fase executiva, observa-se que o preceito secundário da normal penal não vigora e a progressão de regime tornou-se meramente uma forma de abreviar o cumprimento da pena, e não um método de punição, avaliação e reintegração social do sentenciado, como devia ser. A ineficácia do título executivo penal reside no fato de que o tempo efetivamente cumprido torna-se desproporcionalmente pequeno quando comparado à pena aplicada na sentença ou acórdão.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro. Pena. Execução penal. Preceito secundário. Título executivo penal.

Abstract

The Brazilian prison system is currently discredited view of the large number of crimes that are increasingly committed and the high recidivism rate. The penalty has not had the effects now disseminated by mixed or unifying theory of penalties, according to which the sentence should be enough to, simultaneously, punish convicted of the crime and to prevent the commission of new crimes, both in relation to the offender, as the society. The Brazilian criminal enforcement regime has proved increasingly ineffective, the punitive power of the state has not been able to inhibit unlawful activities, it is clear that, as a rule, the completion of a sixth of the sentence corresponds to a dosimetric criteria not enough. By being generous, it has provoked strong negative social reactions. The company sees the mercy of dangerous criminals who are not shy with the law and the current penal system. The retributive and preventive pen does not operate efficiently, the sentence imposed by the criminal enforcement is not taken to his faithful compliance in the implementation phase, it is observed that the secondary precept of criminal standard does not apply and progression system has If merely a way to shorten the execution of the sentence, not a method of punishment, evaluation and social reintegration of the sentenced, as it should be. The ineffectiveness of the criminal enforcement lies in the fact that the time served effectively becomes disproportionately small compared to the sentence imposed in the sentence or judgment.

Keywords: Brazilian prison system. Feather.Penal execution.secondary provision. criminal enforcement.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública

HC – *Habeas corpus*

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LEP – Lei de Execução Penal

MJ – Ministério da Justiça

RE– Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSP – Tribunal de justiça de São Paulo

Sumário

1- Introdução.....	1
2 Breve histórico da pena e suas origens.....	4
2.1 Fase da vingança privada.....	5
2.2 Fase da vingança divina.....	6
2.3 Fase da vingança pública.....	6
2.4 A pena e suas finalidades.....	6
2.5 Teorias absolutas ou da retribuição.....	7
2.6 Teorias relativas ou da prevenção.....	9
2.7 Teorias mista ou unificadora.....	12
3 Princípios Constitucionais da execução da pena.....	14
3.1 Princípio da legalidade.....	14
3.2 Princípio da dignidade da Pessoa humana.....	16
3.3 Princípio da igualdade.....	19
3.4 Princípio do devido processo legal.....	21
3.5 Princípio da individualização da pena.....	22
4 A ineficácia do título executivo penal na pena privativa de liberdade.....	26
4.1 Da ineficácia da retribuição e prevenção.....	29
4.2 Da ineficácia da ressocialização (prevenção especial positiva).....	32
4.3 Da falência do sistema punitivo.....	35
5 Projetos de lei que visam a modificação do sistema penal vigente.....	37
6 Considerações Finais.....	40
7 Referências bibliográficas.....	43

1 Introdução

Dissertar sobre a execução penal brasileira é desafiador, isso porque no sistema prisional brasileiro a diferença entre o previsto na lei e o que é concretizado na realidade é muito discrepante. Tal discrepância já começa pelo questionamento da eficácia do título executivo penal condenatório na pena privativa de liberdade, pressuposto este da execução da pena. Tem se verificado que a forma como é executada a pena, hodiernamente, não tem conseguido, na maioria das vezes, fazer com que a pena atinja as suas finalidades, ou tenha êxito em suas funções.

Concernente às finalidades ou funções da pena, sabe-se que a teoria adotada no Brasil se dá pela unificação das teorias retributivas e preventivas, denominada teoria mista ou unificadora das penas; conforme preceitua o art. 59 “caput” CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação** e **prevenção** do crime”. (Grifei). Possibilitando, desse modo, um equilíbrio quanto à real função da pena, bem como buscando atender a variabilidade de sua aplicação.

A pena então, com a sua multifacetada finalidade, ela deve punir (reprovar) o criminoso, prevenir o crime direcionando-se coativamente à sociedade e resguardando a ordem jurídica estabelecida e intimidando o sentenciado visando também reeducá-lo. Observa-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou uma postura de complementariedade entre as funções da pena, todavia o que se tem visto é que as funções ou finalidades ora difundidos pela referida teoria não tem sido atingidas na maioria dos casos. O lapso temporal de segregação do sentenciado, ao cárcere, não tem atendido ao quantum cominado no preceito secundário da norma penal, bem como a pena imposta pelo título executivo penal, qual seja; sentença penal condenatória ou acórdão, ambos transitado em julgado, não é efetivamente cumprido na fase executiva.

A execução penal brasileira tem se mostrado cada vez mais ineficaz principalmente pela não execução da reprimenda de forma integral, uma vez que, via de regra, o cumprimento de um sexto da pena, em cada regime, corresponde a um critério dosimétrico insuficiente, ressaltando-se ainda que a execução da pena não ocorre efetivamente nos três regimes, seja pela ausência de estabelecimentos adequados, o que faz com que os sentenciados vão para o regime aberto ou até mesmo prisão domiciliar, com tornozeleira eletrônica em alguns casos, sem terem passado pelo regime anteriormente menos gravoso, ou

ainda quando no regime aberto ou livramento condicional não são fiscalizados na execução da pena.

Todos esses fatores geram questionamentos; se a pena no Brasil é leve ou adequada, se ela é ou não capaz de fazer alguém a desistir de cometer o crime, se ela pode ou não ressocializar o sentenciado, se o título executivo judicial que impõe o cumprimento de pena privativa de liberdade é ou não eficaz. Certo é que, nos dias atuais tem se verificado um grande aumento dos números de criminalidade, vislumbra-se que há um crescente destemor perante às leis, e muito se deve ao fato do infrator ter certeza ou quase certeza de não ser punido, ou se punido, será de forma branda, incapaz de obstar o seu intento criminoso. As altas taxas de criminalidade e de reincidência demonstram que a pena tem sido ineficaz, seja na repressão ao criminoso, seja na intimidação que deve gerar na coletividade, no criminoso, ou ainda na laboriosa missão de ressocializar.

Com uma taxa de 59.627 mil mortes no ano de 2014, em pesquisa realizada pelo IPEA e FBSP, e divulgada pelo Atlas da violência 2016, que aponta o Brasil como campeão de mortes no mundo, fica evidente que a política criminal brasileira está errada. A repressão ao crime ela tem que se dar de forma mais eficaz, posto que a sociedade tem se visto acometida por inúmeras barbáries, vendo-se constantemente ameaçada, e cerceada do gozo de seus direitos, tudo isso em detrimento dos bens jurídicos mais importantes tutelados pelo Direito penal.

Resta clarividente que a lei tem que se revestir de maior coação e temor. Uma lei fraca tende a ser desrespeitada com maior frequência. Mas mais importante que a rigidez das leis é imprescindível que a sua aplicação seja revestida de uma execução severa e disciplinadora, não permitindo liberalidades a ponto de gerar uma sensação de impunidade.

É certo que uma exasperação na forma de execução das penas privativas de liberdade não ataca nenhum princípio constitucional da execução penal, tais como: Legalidade, dignidade da pessoa humana, igualdade, devido processo legal e individualização da pena, mas tão somente visa proteger o ordenamento jurídico de infrações constantes, que em detrimento da vida, do patrimônio, da dignidade sexual e todos os direitos sociais dos cidadãos, tem feito o crime se tornar uma força paralela ao Estado, com um número de vítimas comparado ao de guerras, o crime tem se destacado com o mal causado na sociedade, haja vista o número de pessoas que estão perdendo suas vidas para o crime e a lesividade causada aos cidadãos.

Sem pretender esgotar o tema, que por si só é de alta complexidade, este trabalho busca trazer uma reflexão acerca da metodologia punitiva adotada no país, com um sistema de execução penal benevolente, sem infraestrutura e sem fiscalização, na maioria dos casos, a sociedade tem ficado a mercê de organizações criminosas que só aumentam o seu poder destrutivo, comprovando a ineficácia do título executivo penal na pena privativa de liberdade.

Por fim, para o desenvolvimento coerente do assunto foi utilizado uma pesquisa de livros, opiniões de doutrinadores, textos, dissertações de estudiosos do Direito, dados da internet, diálogos com presos sentenciados, opiniões de agentes de segurança prisionais, etc.

2 Breve histórico da pena e suas origens

Etimologicamente pena, do Latim “*poena*”, que significa “punição, castigo”, do Grego “*poine*”, derivado de uma raiz do Sânscrito “*punya*”, “puro, limpo”, ligada à ideia de purificar ou limpar através do castigo. A pena é tão antiga quanto a humanidade, e de fato, tarefa difícil precisar a sua exata origem. Todavia a partir do momento que o homem coexiste com os mesmos de sua espécie, surge a necessidade de regulamentação de atos nas relações, o convívio do homem em tais relações interpessoais, fez surgir o direito, para que regulasse referidas relações, e para tanto surgem as penas. Sobre a origem das penas, destaca Grecco (2012, p. 470)¹:

Na verdade, a primeira pena a ser aplicada na história da humanidade ocorreu ainda no paraíso, quando após ser induzida pela serpente, Eva, além de comer o fruto proibido, fez também com que Adão o comesse, razão pela qual, além de serem aplicadas outras sanções, foram expulsos do jardim do Éden.

Verifica-se, desde logo, algumas situações sobre a pena, a primeira delas é que ela nasceu com a existência do homem, a pena surge junto com a humanidade. A segunda é de que a pena está atrelada, desde sempre, à ideia de punição, de castigo, de reprovação de conduta. Quanto a origem da pena importante destacar também a explicação de Júlio Fabbrini Mirabete (2013, p.229)²:

Não se pode falar em um sistema orgânico de princípios penais nos tempos primitivos. Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas (totem) encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se séries de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu”, que não obedecidas, acarretavam castigo. A infração totêmica ou a desobediência tabu levou a coletividade à punição do infrator para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominamos de crime e pena. O castigo, a pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida, desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça.

Nas civilizações e tribos antigas era preponderante a presença de penas de caráter desumanos e cruéis, de forma que, muitas das vezes, incidiam sobre a própria vida do indivíduo infrator de uma conduta imposta, ou até mesmo daquele que não comungasse dos ideais da maioria. A origem das penas está ligada diretamente ao próprio surgimento do

¹GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 14ª. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012. Pag. 473.

²MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2013 pag.: 229.

Direito Penal, se no início a justiça era dada pelo chefe da tribo, ou por qualquer outro líder de determinado grupo ou bando, marcado pela inexistente estruturação do judiciário e de qualquer outra forma de organização social, submeter o indivíduo aos rigores da consequência de seus atos obedecia aos mais diversos critérios, inclusive a própria falta deles, impondo-se a pena de forma arbitrária.

Todavia a origem do direito de punir sofre uma evolução histórica no decorrer da humanidade, Cessare Bonesana, o marquês de Beccaria (1764), “em sua obra intitulada” dos delitos e das penas diz que os primeiros homens selvagens forçados a se reunir pelas ameaças e obstáculos que encontravam naqueles tempos. A forma que teriam encontrado de se proteger e abrir possibilidade para uma vida em sociedade foi o sacrifício das porções de liberdade de cada indivíduo em prol de uma nação. A origem do direito de punir foi a estrita necessidade e, portanto, esses homens cederam só a menor fração necessária. Beccaria (2003, p.18-19)³:

As leis foram as condições que agruparam os homens, no início e independentes e isolados, à superfície da terra. Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-los tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas parcelas de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituindo a soberania da nação[...].

Abstrai-se da Inteligência inequívoca do festejado autor que a origem do direito de punir assenta-se na reunião de todas essas parcelas de liberdade conferidas a um poder soberano, o depositário das leis. Nessa histórica evolução penal os sistemas punitivos com o tempo passaram por algumas fases. A justiça nos primórdios era tida como uma espécie de vingança aplicada ao infrator, o que perdurou até o século XVIII e tem a seguinte distinção: Fase da Vingança Privada, Fase da Vingança Divina e Fase da Vingança Pública.

2.1 Fase da vingança privada

Na fase de vingança privada, ocorrido o crime a vítima e os seus familiares ou um determinado grupo social agiam desproporcionalmente de forma a revidar agressão sofrida ao ofensor e também aos seus familiares ou ao seu grupo. Inexistia um Estado detentor de um poder de punir. Existiam apenas famílias, clãs ou tribos, com baixíssimo nível de organização.

³BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret. 2003. Pag. 18- 19.

Não há registros de prisão nesse tempo, a punição era aplicada como uma retribuição de um mal causado, aplicada pessoalmente pelos que se sentiam lesados.

2.2 Fase da vingança divina

Nesta fase a justiça se confundia com religião, tendo em vista a grande influência que a religião tinha nos povos antigos. A pena imposta ao infrator, nesta fase, visava aplacar a ira das divindades ofendidas com a conduta criminosa, bem como castigar ao infrator. A pena era imposta pelo sacerdote, que como mandatário de Deus, cabia-lhe aplicar a justiça. As penas eram desumanas e cruéis incidindo principalmente sobre o corpo do infrator. A "vis corporis" era o principal meio de intimidação. Em tal época a pena de prisão já era utilizada em algumas situações, não como pena-castigo, mas para assegurar a aplicação da penalidade, como uma prisão-custódia ou pena-processual.

2.3 Fase da vingança pública

Com o passar do tempo os povos foram se organizando social e politicamente. Aos poucos a pena deixou de ter o aspecto religioso, o poder de punir passou a ficar mais centralizado e fortalecido, e os atos criminosos, por sua vez, passaram a representar não somente uma ofensa à vítima, mas também uma afronta à ordem social estabelecida, ao Estado. Com essa evolução e organização da sociedade, o Estado surge com o poder dever de punir visando à segurança do soberano ou do monarca aplicando as penas de caráter eminentemente intimidatório, mantendo-se com a peculiar arbitrariedade e crueldade. Ressalta-se que em todas as fases de vingança, a pena possuía o seu aspecto místico e religioso, o que só se encerra com o advento do iluminismo no século XVIII, trazendo verdades importantes para o Direito Penal.

2.4 A pena e suas finalidades

Então, desde os primórdios o homem para satisfazer às suas vontades, não encontrava limites aos seus desejos, não havia nenhuma fonte de poder superior a ele. Cada homem lutava pelos seus interesses da forma que achasse conveniente. Com a evolução da sociedade e o surgimento da ordem política, os indivíduos abdicaram de suas liberdades individuais, de forma a se estabelecer uma unidade superior que pudesse proteger toda a

coletividade, denominando-se contrato social segundo os ideais de Jean Jacques Rousseau no século XVIII.

Dessa forma o homem perde o seu “poder ilimitado” e aparece a figura estatal com o poder de dominação, exercendo o seu poder dever de realizar o bem comum, bem como instituindo normas rígidas e gerais, impondo regras de conduta que previam penalidades para aqueles que se dissociassem do ideal de bem comum, isto é para aqueles que desrespeitassem o que era imposto. Assim a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém comete uma infração. A pena é nos dizeres de Nucci (2010, p 309): “É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.”

Observa-se ainda a definição de Fernando Capez (2013, p19)⁴:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade. As penas classificam-se em: (a)privativas de liberdade; (b) restritivas de direito; (c) pecuniárias.

Em ambos os conceitos de renomados autores, a finalidade da pena se encontra multifacetada, visando não só a retribuição, bem como a prevenção de novos delitos e a ressocialização do sentenciado. Como toda ciência, o Direito Penal também se alimenta de teorias que visam estudar, fundamentar e explicar a conceituação de determinado instituto, de tal forma surgem as teorias que visam explicar as finalidades da pena, tais teorias sofreram, ao longo tempo, forte influência do contexto político, ideológico e sociocultural nos quais se desenvolveram. Indubitavelmente a concepção de Direito Penal está intimamente ligada aos fins que deve produzir, tanto sobre o indivíduo que é o objeto da persecução penal, como sobre a sociedade na qual ele atua. Nesse diapasão, passamos ao estudo das teorias que norteiam as finalidades da pena.

2.5 Teorias absolutas ou da retribuição

Fundamenta-se na aplicação da pena, como castigo, como imperativo de justiça, pune-se o infrator porque cometeu o crime (*punitur quia peccatum est.*), é a pena a

⁴CAPEZ, Fernando. Execução Penal Simplificado – Col. **Direito Simplificado.16ª. ed. ver. e atual. de acordo com a Lei n.º 12736/2012.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Pag.: 19

consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime se impõe o mal da pena, nessa teoria vislumbra-se que não há nenhuma preocupação com o delinquente a não ser castigá-lo. Aliás, a pena, segundo essa teoria não tem finalidade, visa tão somente retribuir o mal causado, a expiação. No castigo, reside o caráter retributivo da pena, como assevera o brilhante jurista alemão Claus Roxin citado por Grecco (2012, p473)⁵:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui em teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade; a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito que o compense.

Ao culpado impõe-se a pena que é a retribuição pelo mal causado, a pena tem a missão de fazer justiça e nada mais. Pelo que se propõe tal teoria, verifica-se que a pena é absolutamente desvinculada de qualquer efeito social, obviamente marcada pela sua aplicação conforme o delito praticado, isto é; obedecendo a proporcionalidade. Representantes de tal teoria destacam-se Kant e Hegel.

Segundo Kant, a finalidade da pena é de ordem ética, com base no valor moral de lei infringida. É obrigação do Estado castigar impiedosamente aquele que infringiu à lei. A lei como imperativo categórico representa um fim em si mesma, justificando-se estritamente pela necessidade. Kant estabelece entre a moral e o Direito que a pena é uma consequência do cumprimento do próprio Direito. A pena não existe porque tem um fim, ela não é aplicada para buscar outro bem nem para a sociedade nem para o acusado, ela deve se aplicar contra o culpado, simplesmente pela única razão dele ter delinquido. Pelo pensamento kantiano observa-se que há a negação de qualquer finalidade da pena, justifica-se somente pela infringência à lei, castigando o acusado, fazendo justiça.

Já Hegel, em que pese defender a mesma teoria, fundamenta-se de outra forma, para ele a ordem jurídica se traduz em vontade geral, quando algum delito acontece a pena se justifica para restabelecer a vontade geral que foi negada pelo delinquente. O delito é uma vontade particular que confronta o direito, a vontade geral. A pena, segundo Hegel, deve ser

⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal**- Parte general, t.1, pág.:81-82 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 14ª. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012. Pag.:473

imposta para restabelecer a ordem jurídica violada e recuperar a equilíbrio perdido, essa é a sua finalidade.

Tal teoria foi importante, ao destacar o homem como um fim em si mesmo não podendo ser objeto ou um meio para alcançar outros fins, representando dessa forma um limite para a aplicação da pena, ponderando-se entre liberdade e a dignidade da pessoa humana. Salienta-se ainda que a teoria no seu caráter de retribuição deve se pautar pelo princípio da proporcionalidade na medida de sua culpabilidade, estabelecendo uma equivalência valorativa entre delito e pena. Todavia, ainda que com essas virtudes a teoria absoluta ou retributiva deixa sem resposta o porquê de punir, a inexistência de um fim socialmente útil da pena foi o ponto de críticas à essa teoria.

2.6 Teorias relativas ou da prevenção

Baseia-se na prevenção de novos delitos, a missão da pena é impedir que a sociedade seja novamente agredida com o cometimento de novos crimes por parte do infrator, visa a pena; punir para não reincidir (*punir ne pecceter*). A Pena é uma garantia social. A pena deixa de ser concebida como um fim em si mesma, como propunha as teorias absolutas, e passa a se justificar pela necessidade de ser um meio para alcançar os seus fins, qual seja; a prevenção de delitos. As teorias relativas se desenvolvem no contexto jusnaturalista e contratualista do século XVII, e assim conforme as teorias absolutas a pena continua sendo um mal necessário, todavia pelo caráter relativo ou da prevenção admite-se que a pena tem um fim prático e imediato de inibir novas práticas de condutas criminosas. A finalidade da pena no seu caráter preventivo obedece à uma divisão de finalidades bem definidas: Prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva). A prevenção geral se sustenta pelos seus reflexos na sociedade.

No seu caráter negativo a pena se afirma sobre o autor dos fatos de modo a implicar na sociedade uma intimidação, esta é a prevenção por intimidação. Dentre os defensores dessa teoria estão Beccaria, Bentham, Feurebach, Filangieri e Schopenhauer. Feurebach chegou a formular uma teoria denominada “teoria da coação psicológica”; para ele a cominação da pena em abstrato já gera uma ameaça a sociedade, mostrando que se cometer delitos o Estado reagirá.

Com a aplicação da pena no caso concreto mostra que o Estado tem disposição de efetivar o cumprimento da pena, tudo isso funciona como uma coação psicológica à sociedade, uma ferramenta com a qual se almeja evitar os delitos. Não vale a pena praticar o

delito para ser castigado. Discorrendo sobre a prevenção por intimidação aduz o ilustre professor Rogerio Greco (2012, p. 473-474)⁶: “A pena aplicada ao infrator da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-se assim, que as demais pessoas que se encontram com os olhos voltados na condenação de um seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal”.

Pelo lado positivo a prevenção geral visa reafirmar a vigência, existência e validade da lei penal. A pena é aplicada demonstrando a sua superioridade sobre o particular. É a prevenção integradora que segundo Paulo de Souza Queiroz (funções do Direito Penal, p.40)⁷ a pena tem a seguinte finalidade:

Para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenha incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.

Segundo tal teoria, com essa finalidade preventiva a pena tem o papel de infundir na consciência dos cidadãos os valores das normas-jurídico penais e a reafirmação do ordenamento jurídico, tendo também um caráter pedagógico, repousando-se na conservação e no reforço da confiança no poder e efetividade do ordenamento jurídico, e ainda com a missão de demonstrar o respeito ao direito, bem como a sua inviolabilidade diante da sociedade.

Todavia, a finalidade da pena ainda tem, segundo a teoria da prevenção, outros desdobramentos, adota-se ainda a prevenção especial (negativa e positiva). Seus efeitos restringe-se à pessoa do condenado, objeto do *jus puniendi*, evitando-se que este não volte a delinquir, dirigindo-se à sua neutralização ou reeducação.

Na prevenção especial negativa, busca-se intimidar o infrator, neutralizá-lo de modo que ele não volte a ofender o ordenamento jurídico, nos dizeres do ilustre professor Rogerio Greco (2012,474)⁸:

Pela prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações

⁶GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 14^a. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012. Pág. 473-474.

⁷O sistema penal brasileiro: uma abordagem do real, do legal, e da mudança da realidade. Marcus Vinicius Tomaz Dianin. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=%201910#_ftn12 <Acessado em: 20/042016>.

⁸GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 14^a. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012. Pag. 474.

penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade.

Não se busca a intimidação de um grupo social, nem a retribuição pelo delito praticado, finalidade dirige-se exclusivamente ao infrator.

Pelo lado positivo da prevenção especial, visualiza-se a reponsabilidade do *jus puniendi* para com o infrator, obviamente a finalidade da pena, direciona-se exclusivamente a ele, mas dessa vez preocupado com a sua reinserção no convívio social. Isto é, pela prevenção especial positiva a pena tem a laboriosa missão de ressocializar o infrator.

A teoria relativa, tal qual a teoria absoluta, também foi alvo de objeções doutrinárias, questionando-se principalmente a sua eficácia no aspecto preventivo-especial, no qual, como já dito, a finalidade da pena destina-se exclusivamente ao infrator sustentando-se o argumento de que os critérios da pena para neutralizar o infrator, bem como ressocializá-lo não respeita a proporcionalidade entre a pena e o delito.

Pela precípua função de evitar a reincidência, entendem os críticos que, em que pese essa finalidade ser de grande valia, é imprecisa; por exemplo qual seria a finalidade da pena para aquele infrator que delinuiu, e que apesar da gravidade do fato, não necessita de intimidação ou neutralização, bem como não possui personalidade voltada à delinquência, e por isso descarta-se a sua reincidência. Inquestionáveis são os méritos da referida teoria, sob o ponto de vista de dar a pena uma função social, intimamente ligada ao próprio Direito Penal, uma vez que simultaneamente a finalidade da pena se encarrega da intimidação dirigida a coletividade, no seu caráter de prevenção geral, e a ressocialização do infrator, na prevenção especial.

Fica demonstrada no estudo dessa teoria a amplitude da finalidade pena, tanto na sociedade, quanto no próprio indivíduo infrator. A intimidação dirigida a coletividade, reforçando o respeito à lei penal vigente, a neutralização do infrator, bem como a sua ressocialização são elementos indissociáveis da função do Direito penal. Na precisa lição de Beccaria (2003, p49)⁹: “Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade afastar os seus concidadãos do caminho do crime”.

2.7 Teorias mista ou unificadora

⁹BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret. 2003. Pag. 30.

Essa teoria nasceu das críticas à teorias da retribuição e da prevenção. Desenvolvida por Adolf Merkel é uma mescla de tais teorias. A pena tem a sua finalidade multifacetada. Há a fusão das teorias absolutas e da prevenção. A pena deve ser o suficiente para, simultaneamente, castigar o condenado pelo crime e evitar a prática de novos delitos, tanto em relação ao infrator, quanto à sociedade. Como preleciona o ilustre professor Santiago Mir Puig (*apud* BITENCOURT, 2011, p. 112)¹⁰; “entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena.”

A pena tem uma pluralidade funcional, segundo essa teoria, uma vez que faz do Direito Penal um protetor e garantidor dos direitos coletivos e individuais da sociedade. Em que pese o legado e a importância da teoria da retribuição e da prevenção, elas não explicam satisfatoriamente as finalidades múltiplas da pena. O argumento da prevenção geral negativa, a intimidação, por intermédio da pena, coibindo a sociedade de delinquir não é capaz de explicar por que o crime cometido pelo infrator é condição necessária da pena.

Verifica-se também que a teoria da prevenção geral positiva não é capaz de explicar a aplicação da pena com base em valores que limitam o *jus puniendi* estatal, bem como também não se pode, sob o argumento preventivo especial da pena, explicar satisfatoriamente quando é legítimo punir, uma vez que segundo o se preconiza na referida teoria, a pena não se fundamenta no delito, mas no futuro do delinquente caso não venha a ser punido ou “tratado”, concernente ao que pode “vir a fazer” ou “vir a ser”.

Foi a teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O artigo 59, “caput”, do código penal, ostentou de forma expressa a multifunção da aplicação da pena:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A aplicação da pena, observado as circunstâncias judiciais atenderá conforme o necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Evidenciando o caráter punitivo e reeducativo da pena, devendo ser justa e adequada de acordo com a gravidade do delito. A pena deve ter em sua essência, o valor moral, qual seja o castigo, a reprovação de conduta e também o valor utilitarista, insculpido no caráter de prevenção e ressocialização do sentenciado. A teoria mista ou unificadora da pena, em linhas gerais, agrupou as finalidades da pena: Retribuir o mal causado pelo indivíduo, prevenir o cometimento de novos crimes

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011, pág.: 112.

pelo caráter de intimidação dirigida ao infrator e à sociedade e a ressocialização do infrator de forma que a pena também se dê como um tratamento à delinquência.

A pena deve ser útil ao fim que se destina, de forma a se fazer eficaz no controle da criminalidade, punindo o criminoso, prevenindo novos crimes e ressocializando-o.

3 Princípios constitucionais da execução da pena

A efetivação de um ordenamento jurídico positivo está condicionada a existência de fatores que norteiam a aplicação das leis de forma a se fazerem justas e igualitárias, tais fatores de forma mais abstrata e geral tratam de limitar e impor à norma jurídica uma eficácia voltada a atender os direitos e garantias fundamentais basilares, sem os quais o ordenamento jurídico não faria sentido. Os princípios servem como uma bússola, indicando o norte para o julgador. Por serem assim, muitos doutrinadores dizem que estes estão acima das leis, pois a partir deles é que se pode concretizar um direito e, por fim, a legislação. É imperioso trazer à baila, desde já, a definição de princípios. Na precisa lição de Miguel Reale Jr. (2003, p.37)¹¹:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.

Verifica-se que os princípios são fatores de ordem supra legal, que norteiam a criação e aplicação da lei, não se podendo falar em legislação que não atenda aos princípios, uma vez que esses constituem a base, o alicerce de um ordenamento jurídico. Nenhum ato normativo está alheio ao que se estabelece nos princípios e com a execução pena não é diferente, num Estado Democrático de Direito como o Brasil o *jus puniendi* (direito de punir do Estado) não pode ser arbitrário e autoritário, tendo assim, os poderes executivo, legislativo e judiciário, freios designados pelo Poder Constituinte.

Nesse diapasão, o direito penal como um sistema infraconstitucional, deve abarcar em sua essência e eficácia os princípios ora constitucionalizados, desempenhando um importante papel na ordem jurídica, consolidando a proteção de bens jurídicos penais, tendo em sua essência o ser humano e a sociedade, além de garantir a liberdade de todos os indivíduos, resguardando as condições elementares para a convivência social, agindo na tutela dos direitos, da liberdade e da segurança dos cidadãos, baseando se a execução da pena nos princípios que ora serão tratados.

3.1 Princípio da Legalidade

A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob

¹¹REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pág.:37.

ameaça de sanção. Tal princípio se encontra insculpido no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 1º do Código Penal Brasileiro: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Não há que se falar em existência de crime, se não houver uma lei definindo-o como tal. O princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; (não há crime, não há pena, sem lei), tem a sua origem remota na Magna Carta, de João Sem-Terra, em 1215 no seu artigo 39¹², que estabelecia que nenhum homem livre podia ser punido senão pela lei da terra.

Art.39: Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do país.

O princípio da legalidade se dirige e limita toda e qualquer atribuição exercida no âmbito da administração pública, bem como a execução penal, norteadas pela constituição federal e o código penal brasileiro, neste sentido Uadi Lammêgo Bulos (2008 p.254)¹³:

O princípio constitucional penal da legalidade tem contornos bastante definidos. Corrobora uma garantia basilar dos direitos humanos, integrando o rol das liberdades públicas na Constituição de 1988. Impede que a conduta individual extrapole as balizas legais, pois só à lei cabe determinar os limites que separam o comportamento delituoso do comportamento permitido. É a lei penal, portanto, o pressuposto imediato dos crimes e das sanções. Significa que o constituinte de 1988 vedou ao Estado acionar o jus puniendi, a fim de reprimir condutas atípicas. Não haverá punição, inexistindo a *sanctio jûris* cominada ao delito.

O princípio da legalidade é conhecido também pela doutrina, como princípio da reserva legal, considerando-se lei, neste caso, aquela elaborada segundo os trâmites previstos na Constituição Federal. A doutrina tem reconhecido também outros princípios decorrentes do princípio da legalidade, tais como: Princípio da anterioridade, princípio da Intervenção Mínima, princípio da proporcionalidade, princípio da Humanidade, e o princípio da culpabilidade.

É visível a importância de tal princípio ficando claro que ele deve reger todo o Estado democrático de direito, evitando que os direitos e garantias fundamentais sejam usurpados e sobrepujados pelo Estado.

¹²**Princípio da legalidade.** Disponível em: <http://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/170455437/principio-da-legalidade>. <Acessado em 13/05/2016>

¹³ BULOS, Uadi Lammêgo, **Constituição Federal Anotada / Uadi Lammêgo Bulos**, 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56/2007, São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 254.

3.2 Princípio da dignidade da Pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana trata-se de um valor absoluto. Na qualidade de princípio fundamental, foi reconhecido na história conforme a evolução social do homem, sendo de relevante valor na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789, na revolução francesa, e na Declaração universal dos direitos humanos 1948, posteriormente ao final da 2ª guerra mundial, período no qual passou a ser positivado e estar previsto em algumas constituições, como forma de repúdio às atrocidades cometidas naquele período bélico. O desenvolvimento doutrinário neste período elevou tal princípio a status universal, e colocando o ser humano como centro do mundo contemporâneo, devendo ser reconhecida a sua dignidade, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, nacionalidade, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Esse princípio é o núcleo do Estado democrático de Direito, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é princípio basilar de toda legislação pátria. Inerente à existência do homem, tal princípio foi renegado por muitas instituições durante boa parte da história da humanidade, começou a ser ressaltado com maior ênfase pelos filósofos Locke, Rousseau e Montesquieu, que começaram a ver a importância de respeitar os direitos naturais do homem, dispensando a este: Respeito, zelo, tratamento igualitário e justo. Independentemente dos fatores externos, o homem pode e deve levar uma vida digna e de domínio de si mesmo, uma vida digna de sua situação de ser humano no universo natural.

Durante sua sedimentação nos sistemas jurídicos, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, tal princípio traz seus ditames à aplicação da lei penal, norteando também no sentido de dar sustentação à função social do Direito Penal, associando-se ao caráter utilitarista da finalidade da pena, conforme a teoria adotada pelo código penal pátrio.

Neste sentido, expressamente no artigo 5º da CF/88, encontram-se os direitos e garantias fundamentais, bem como as vedações do *jus puniendi*, tal rol mostra também como se deve pautar a execução penal, uma vez que no âmbito executivo de sentença o princípio da dignidade da pessoa humana reforça que as sanções penais não podem ser maculadas pela intolerância e arbitrariedade, importa dizer que orienta acima de tudo que o sentenciado é uma pessoa de direitos e deveres merecendo, por conseguinte, um tratamento humanizado e respeitoso, garantindo-lhe os direitos não atingidos pelo título executivo penal, obviamente esse tratamento ocorre sem prejuízo à pena prevista para a infração cometida.

A solidez deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro traz, dessa forma, algumas vedações constitucionais, no que tange às sanções penais, traduzindo se também num princípio de limitações das penas.

Art. 5º (...)

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

(...)

XL- a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

(...)

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

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

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

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

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

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

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

(...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

(...)

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Tais garantias constitucionalizadas, são frutos da influência desse princípio no ordenamento jurídico penal, salienta-se que essa intensa relação aplica-se ao direito material, processual e obviamente à execução da pena. O *jus puniendi* estatal deve obedecer a vasta gama de diretrizes oriundas desse princípio, a aplicabilidade do direito penal não se constitui nenhuma ameaça plenitude desse mandamento nuclear, haja vista que no Estado democrático de Direito, o Direito Penal desempenha uma fundamental importância na ordem jurídica, consolidando a proteção de bens jurídicos penais, tendo em sua essência o ser humano e a sociedade, garantindo a liberdade de todos os indivíduos, resguardando as condições

elementares para o convívio social, tutelando os direitos, a liberdade e a segurança dos cidadãos.

É certo que o protagonismo desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro está definitivamente enraizado pelo constituinte originário e pela própria evolução do direito. Todavia, como já foi dito, é nítido que esse mesmo princípio também reconhece o poder dever de punir do Estado, no qual visando proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade, usa de um conjunto específico de regras limitadoras e punitivas aos indivíduos conflitantes com as regras sociais. O Estado usa do Direito Penal para coibir e prevenir a sociedade de atos atentatórios aos bens jurídicos como a vida, ou o patrimônio; infligindo penas que vão desde multas até a privação de liberdade. Destarte, o Estado, respeitado o devido processo legal, pode privar o indivíduo infrator de sua liberdade. Nesse diapasão, pontifica o professor Cleber Manson (2010, p.6-7)¹⁴:

As regras e princípios constitucionais são os parâmetros de legitimidade das leis penais e delimitam o âmbito de sua aplicação...Dessa forma, qualquer lei, penal ou não, elaborada ou aplicada em descompasso com o texto constitucional, não goza de validade...O Direito Penal desempenha função complementar das normas constitucionais.

3.3 Princípio da igualdade

Segundo o filósofo grego, Aristóteles; igualdade consiste em aquinohar os iguais igualmente e os desiguais na medida de sua desigualdade. Princípio também constitucionalizado na carta magna de 1988, que estabelece a isonomia, na qual todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de qualquer natureza, numa máxima de que todos nascem iguais e por isso merecem o mesmo tratamento e fazem jus aos mesmos direitos.

Ressalta-se que a igualdade não pode ser tida somente pelo aspecto formal, ou seja, pelo aspecto abstrato da lei, mas principalmente pelo aspecto material, isto é; a igualdade deve ser concretizada conforme o contexto do ser humano, os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade e os iguais na medida de sua igualdade, para que assim a igualdade seja aplicada ao mundo prático. Como afirma o renomado professor Pedro Lenza (2009, p679)¹⁵

¹⁴MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral**. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2010, pág.:6-7.

¹⁵Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. Pedro Lenza- 18. cd. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2009. Pág. 679.

O art. 5º, caput, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar no somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (2009, p. 679).

Tal princípio é desafiador, uma vez que ainda que com a correta aplicação da lei é difícil de obter a igualdade numa situação fática. Por isso cabe aos operadores do direito e legisladores trazer para o mundo real a aplicação da igualdade material, atentando-se para as diversas condições de existência das pessoas, tendo por escopo seus aspectos naturais, físicos, morais, políticos, econômicos, sociais, culturais, dentre outros.

A Carta Magna de 1988, expressa em seu rígido texto inúmeras manifestações desse princípio tais como: igualdade racial (art. 4º, VIII); igualdade entre os sexos (art. 5º, I); igualdade de credo religioso (art.5º, VIII); igualdade jurisdicional (art. 5º, XXXVII); igualdade sobre discriminação de idade (art. 7º, XXX).

Entretanto destaca-se que não existe princípio absoluto, tendo em vista que em alguns casos um princípio pode ser deixado de lado para a subsistência de outro, isso ocorre para que todos os princípios se adequem ao ordenamento jurídico de forma harmônica, e não ocorra uma negação do próprio Direito; cita-se como exemplo o próprio direito à vida, que excepcionalmente pode ser relativizado, como em caso de legítima defesa e do aborto autorizado em situações legais. Evidentemente que no sistema penal o princípio da igualdade também comporta exceções, estabelecidas pela própria lei, tais como as prerrogativas garantidas agentes públicos que em virtude do cargo que ocupam e em nome do interesse público, possuem privilégios garantidos constitucionalmente: imunidades parlamentares, foros privilegiados.

Em suma, é patente que a igualdade é um princípio constitucionalizado e de inquestionável relevância para o ordenamento jurídico pátrio, porém o mesmo deve ser aplicado na concretude dos fatos, devendo corresponder à aplicação da justiça ao caso concreto, para isso importante a consolidação dos sistemas jurídicos; na seara da execução penal importante observar que a igualdade deve atender os obstáculos impostos pela própria situação e a diversidade casuística, concernente individualização da pena, ainda que o tratamento deva ser igualitário, o sentenciado deve ter a sua pena individualizada, tendo em vista sua personalidade, suas características e elementos do próprio fato em análise, e obviamente tudo o que envolve o delito.

3.4 Princípio do devido processo legal

Estatuído na Constituição Federal de 1988 que prevê em seu artigo 5º, LIV, a seguinte garantia: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é também um princípio proveniente da Magna Carta de 1215, lei João Sem-Terra, que nasceu como uma ferramenta de frear os abusos estatais daquela época. Denominado com a terminologia *due process of law* (devido processo legal), traduzida por muitos doutrinadores com uma verdadeira cláusula que visa atender aos ditames constitucionais concernente ao *jus puniendi* do Estado, bem como no que diz respeito à prestação jurisdicional.

O referido princípio consagra o imprescindível atendimento a um procedimento tipificado, para impor a alguém uma sanção penal, sem suprimir os direitos e garantias inerentes ao cidadão. Dentro de sua interpretação formal ele assegura ao indivíduo, os critérios e procedimentos necessários a serem utilizados, garantindo o seu processamento perante autoridade competente, direito uma defesa jurídica técnica, publicidade dos processos, ampla produção de provas, sendo estas devidamente válidas, contraditório e ampla defesa e o duplo grau de jurisdição. Sob a ótica material aplica -se aos direitos; à vida, à propriedade e à liberdade, consubstanciando-se na elaboração e aplicação normativa adequada, correta e razoável. Como assevera o ilustre doutrinador José Herval Sampaio Jr. (2008, p137)¹⁶:

Vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delineia todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador, porquanto deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due process of law*.

Consoante ao protagonismo desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente na seara processual, a Constituição Federal de 1988 traz em seu texto inúmeros subprincípios, ou espécies de garantias, dele decorrentes que a seguir se expõe a título ilustrativo, uma vez que não se pretende aqui esgotar a sua diversidade, devendo tais garantias ou subprincípios serem interpretados sistematicamente na Magna Carta, mencionando-se aqui, somente os explícitos:

- a) princípio da isonomia (art.5º, caput e I);
- b) princípio do juiz e do promotor natural (art. 5º, XXXVII e LIII);

¹⁶ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008, pág.:137.

c) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito de ação (art. 5º, XXXV);

d) princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV);

e) princípio da obtenção da prova ilícita (art. 5º, LVI);

f) princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX e 93, IX);

g) princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX);

h) princípio da razoabilidade (proporcionalidade ou proibição de excesso);

Assim sendo, verifica-se que o princípio ora estudado é um instrumento hábil disciplinador das relações jurídicas inerente atuação estatal no cumprimento do *jus puniendi*. Estabelecendo-se como uma espécie de metodologia a ser impreterivelmente adotada pelo poder judiciário na sua atuação, traduzindo-se em garantidor da não privação dos direitos e garantias fundamentais, sem, como já mencionado, o justo, correto e legal processo jurisdicional.

3.5 Princípio da individualização da pena

De um conjugado dos princípios já mencionados neste trabalho, pode se dizer que nasce o princípio da individualização da pena, uma vez que a aplicação e execução da lei se submetem aos parâmetros estabelecidos na carta magna, refutando-se a arbitrariedade e a ilegalidade. Elencado na Constituição Federal brasileira de 1988, mais um vez o constituinte originário impõe em prol do sentenciado o respeito à sua pessoa, como sendo um sujeito de direitos e deveres e parte do corpo social. De tal forma prescreve a CF/88:

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 alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos.

[...]

XLIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

A preocupação constitucional legislativa em balizar e individualizar a penalização do sentenciado já começa com a disposição do legislador em fazer a escolha dos bens a serem tutelados pelo direito penal, criando as normas penas negativas e positivas, bem como valorando-as, cominando as penas conforme o bem jurídico tutelado. Isto é; A primeira fase da individualização da pena é a cominação, na qual compete ao legislador valorar os bens jurídicos objeto de proteção da legislação penal, conforme a importância e gravidade de sua violação.

Em um segundo momento, passa-se à fase judicial, na qual cabe ao magistrado, conforme o caso concreto, valendo-se dos parâmetros cominados pelo legislativo, fixando a pena, regime inicial de cumprimento e demais benefícios, de acordo com o critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal, levando em conta as circunstâncias judiciais; posteriormente, as circunstâncias atenuantes e agravantes, e por último; as causas de diminuição e de aumento de pena. Essa é a fase de aplicação da pena, na qual a individualização da pena sai do plano abstrato, cominação / legislativa, e passa para o plano concreto, aplicação/ magistrado. Observa-se nesse sentido a orientação do Supremo Tribunal de Justiça no seguinte julgado¹⁷:

Ao individualizar a pena, o juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar os critérios no art. 59, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para ao final impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer.” (STJ/HC 48122/SP); HC2005/0156373-8, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T. DJ 12/6/2006, p. 511).

Tem-se ainda uma terceira fase; finda a fase judicial e ocorrendo o trânsito em julgado da sentença condenatória, chega-se ao momento de execução da pena ao condenado. Esta é a fase executiva, na qual mediante os institutos de execução penal mais uma vez se tem a individualização da pena, materializando a aplicação da pena, observando o estabelecimento prisional consoante natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, bem como seu comportamento carcerário, conforme determina o art. 5º da lei 7.210/84 (LEP): “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 48122/ SP. /HC 48122/SP); HC2005/0156373-8, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T. DJ 12/6/2006, p. 511). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200501563738. <Acessado em 18/05/2016>.

Desse modo, Rogério Greco cita os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete (2012 p. 70-71)¹⁸:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumariamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso oportunidades e elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um.

A individualização da pena, no ordenamento jurídico brasileiro se coaduna com todos os princípios constitucionais ora citados. De forma a vedar uma padronização das execução das penas tal princípio faz a pena assumir as suas finalidades tanto em face da sociedade quanto em face do condenado, prevalecendo a reeducação do criminoso, bem como a sua ressocialização.

Homenageando a função social da pena, bem como prevalecendo a teoria mista o unificadora da pena, o ordenamento jurídico brasileiro assume a missão de conferir a execução da pena as finalidades de retribuir o mal causado, intimidar a coletividade e o próprio condenado e principalmente buscar a recuperação individual do sentenciado; por essa ampla finalidade da pena, a individualização da pena se faz de suma relevância para que infrator seja punido e ao mesmo tempo respeitado.

Individualizar a pena consisti em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, tendo em vista ser o mesmo de sujeito de direitos e deveres, respeitando a sua condição. Também por isso, tem-se a distinção dos regimes de cumprimento de pena, uma vez que a progressão não se opera como castigo, mas como promessa de recompensa estimulando-o a uma conduta desejável

Em se tratando especificamente da progressão de regime como concretização do princípio da individualização da pena, tal assunto já foi discutido pelo STF, fato que se deve a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) que em seu artigo 2º, §1º, estabelecia que o

¹⁸MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal, pág. 60-61 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 14ª. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012. Pag. 70-71.

condenado por crime hediondo deveria cumprir a pena em regime inicialmente fechado, bem como proibia de forma absoluta a progressão de regime para os condenados em tais crimes. O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2006, modificou seu entendimento hermenêutico decretando a inconstitucionalidade de tal vedação da lei dos crimes hediondos. Após a declaração de inconstitucionalidade, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 11464/2011, que modificou o texto do dispositivo da Lei nº 8072/90, admitindo assim a progressão de regime.

Os defensores da constitucionalidade do regime inicial de cumprimento de pena no regime fechado, bem como a vedação da progressão argumentavam que tal previsão não era óbice à individualização da pena, uma vez que o magistrado já a teria individualizado na fase de conhecimento, ou aplicação, na dosimetria da pena, conforme o artigo 59, IE II e 68 do código penal.

Todavia, de outro modo, os defensores da inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da lei 8072/90, defendiam que a individualização da pena deve reger também a fase de execução da pena, e não somente as fases de cominação e aplicação, devendo os magistrados no curso da execução avaliar os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão. Prevaleceu, por entendimento do STF via controle difuso, como já dito, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, o que culminou com a publicação da lei nº 11464/2011, que modificou o texto do dispositivo da Lei nº 8072/90, prevendo tão somente a obrigatoriedade de início de cumprimento de pena em regime fechado, para os crimes hediondos, admitindo, portanto, a progressão em tais casos, ressaltando-se, todavia que a progressão passaria a ter, em tal caso, como requisito objetivo para a progressão o cumprimento de 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente, da pena.

Verifica-se então que foi levado a efeito, após o posterior entendimento da suprema corte, o princípio da individualização da pena, ressaltando-se que ela deve ocorrer efetivamente na fase de execução. Insta salientar que não se constitui óbice a tal princípio a adoção de lapso temporal maior para a progressão, mas tão somente a não possibilidade do julgador poder estabelecer o regime de cumprimento de pena, bem como avaliar progressão do sentenciado, conforme o mérito e os requisitos subjetivos e objetivos inerentes ao caso concreto.

4 A ineficácia do título executivo penal na pena privativa de liberdade

Segundo dispõe o artigo 1º da Lei de execução penal brasileira (lei 7.210/1984- LEP): “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou internado”.

Toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial. Não há execução sem título (*nulla executio sine titulo*). Em se tratando de execução penal não é diferente, principalmente porque a execução penal deve advir de sentença penal condenatória ou acórdão, ambos transitados em julgado, imutáveis. Todavia nesse caso o título executivo penal deve ser sempre judicial, não havendo que se falar em execução penal oriunda de título executivo extrajudicial, uma vez que o poder dever de punir é exclusivo e indelegável do Estado. Em que pese à vítima de um ato ilícito poder ingressar com uma ação cível por perdas e danos acerca da lesão sofrida, isso se dará no juízo cível não se atrelando à esfera penal, na qual o particular não exerce nenhum poder de punição, haja vista que como já dito, o *jus puniendi* é sempre do Estado, resguardando a tutela dos bens jurídicos fundamentais, sendo vedada a justiça privada.

Feitas essas considerações, não existe dúvida conceitual acerca de título executivo penal, bem como não existem dúvidas acerca de sua aptidão para gerar a execução da pena do sentenciado, uma vez que com a sentença ou acórdão transitado em julgado, imutáveis, o infrator considerado culpado estará sujeito à execução do que foi imposto nos títulos supramencionados. O Estado por meio desses títulos, exerce o seu poder dever de punir, punindo o criminoso, preservando a sociedade e coibindo novos delitos. A execução da pena visa satisfazer efetivamente e no caso concreto a pretensão punitiva do Estado, que na fase da execução denomina-se pretensão executória, tendo em vista o título executivo judicial (sentença ou acórdão condenatórios transitado em julgado, imutáveis), proferido mediante o devido processo legal, impondo se ao sentenciado uma sanção penal, ao autor do fato típico, ilícito e culpável.

Sanção penal é o gênero do qual são espécies pena e medida de segurança, trata-se este trabalho apenas da pena propriamente dita, não abrangendo, dessa forma, a medida de segurança. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu artigo 5º, dos direitos e garantias fundamentais as espécies de penas que podem ser impostas pelo ordenamento jurídico vigente: privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa e restrição de direitos (prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos).

Concernente à execução da pena privativa de liberdade, adota-se no Brasil um sistema progressivo, de forma que o sentenciado vá do regime inicial do cumprimento de pena até o regime imediatamente menos rigoroso, cumpridos os requisitos estabelecidos pela lei penal. Dessa forma, o apenado progredirá do regime fechado para o regime semiaberto e do regime semiaberto para o regime aberto. Não havendo possibilidade, portanto, do apenado saltar do regime fechado diretamente para o regime aberto (progressão por saltos). A ideia é paulatinamente diminuir o rigor das penas, visando a ressocialização do criminoso, conforme disciplina o artigo 33, § 2º do CP: “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”. Para reestabelecer a sua liberdade o criminoso deverá obedecer aos requisitos estabelecidos na lei de execução penal (7210/84), que em seu artigo 112 que assevera:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para o regime menos rigoroso a ser determinada pelo juiz quando o preso tiver cumprido 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Tal dispositivo legal traz dois requisitos para a progressão de regime; um de ordem objetiva (lapso temporal que deve cumprir em cada regime) e outro de ordem subjetiva (bom comportamento carcerário), no que se refere ao requisito objetivo importa destacar que o lapso temporal será de 1/6 em caso de crime comum e sendo o réu primário, e se reincidente 2/6. Em relação ao bom comportamento carcerário ele é comprovado através do atestado de boa conduta carcerária expedido pelo diretor do estabelecimento penal, uma vez que com o advento da lei 10.792/2003, não se tem mais a obrigatoriedade do exame criminológico para avaliar o mérito do condenado, sendo de tal forma facultativo na progressão para o regime aberto.

Pode se dizer que no Brasil existem duas formas de execução da pena privativa de liberdade, uma aplicada ao criminoso que cometeu crime comum, que com a previsão da LEP (lei 7210/84) cumprirá um 1/6 da pena em cada regime, e 2/6 se reincidente. E de outra forma tem-se a aplicada ao criminoso por crime hediondo cumprirá 2/5 da pena em cada regime e 3/5 se reincidente (lei dos crimes hediondos 8072/90).

Cumprir dizer que hodiernamente tem se verificado um aumento considerável nos índices de criminalidade no país, bem como um elevado registro de reincidência, o que vem sendo assunto recorrente na política criminal brasileira. É preciso lembrar que dentre as funções da pena, já estudadas, o legislador pátrio adotou a teoria mista ou unificadora da pena, na qual sob a ótica do caráter da prevenção a pena dever servir pra retribuir o mal

causado (retribuição) para impor o direito e intimidar a coletividade (prevenção geral) e o próprio infrator a não delinquir e reeducando-o (prevenção especial).

Todavia o que se vê são inúmeros crimes sendo cometidos, bem como uma sensação de impunidade no cenário atual. Uma clara evidência de que a pena não cumpre a sua função, sendo certo de que também o título executivo judicial condenatório tem sido ineficaz em seu efetivo cumprimento. Vê-se um descrédito no *jus puniendi* estatal, condena-se de uma forma e executa-se de outra, a função de prevenir o cometimento de outros crimes, intimidando a coletividade e o próprio infrator (prevenção geral e especial) tornou-se obsoleta.

Corroborando com essa falência do sistema penal atual, um maciço aumento do número de crimes, segundo inúmeras pesquisas já realizadas, como por exemplo, a divulgada em 22 de março, pelo Atlas da violência 2016, que aponta o Brasil como campeão de mortes no mundo, com o número muito expressivo de 59.627 homicídios registrado em 2014¹⁹, tal número representa 13% do número de homicídios ocorridos no mundo naquele ano, a pesquisa foi realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em conjunto com Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).

Tal pesquisa aponta ainda que a maioria dos crimes foi cometida com arma de fogo, que a violência avançou para o interior, e que as maiores vítimas continuam sendo jovens e negros. Ressalta-se que a taxa de homicídios obtida é de 29,1 mil por 100 mil habitantes, em 2014, um aumento de 10% em relação a 2004. Registrou-se também um aumento do número de crimes contra as mulheres; entre 2004 e 2014, a taxa de homicídios por 100 mil habitantes aumentou 11,6%. Só no último ano analisado na pesquisa, foram 4.757 mulheres vítimas de mortes por agressão, 13 por dia.

Os próprios pesquisadores classificam como trágicos os dados da pesquisa, que implicam na saúde, na dinâmica demográfica e consequentemente no desenvolvimento econômico e social:

Nós somos um país doente, com quase 60 mil homicídios em um ano, o que nos coloca em uma situação muito grave. Está na hora de fazer um pacto entre os governos federal, estadual, municipal e a sociedade civil para mitigar esse problema, defendeu o economista Daniel Cerqueira, do Ipea.

É inegável que o sistema penal vigente é cada vez mais questionado. Questiona-se se

¹⁹ Pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), e divulgada pelo Atlas da Violência 2016. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-em-2014-o-maior-numero-de-assassinatos-da-historia,10000022585> (22 de março de 2016). <Acessado em 01/06/2016>.

as formas como as penas são executadas atingem suas finalidades, questionamento que aparece, principalmente, quando a sociedade se depara com casos de criminosos que voltam a praticar novos crimes depois de conquistarem a liberdade condicional ou mesmo após cumprirem parte da pena prevista em regime fechado. O rigor da pena não vem inibindo a prática delituosa.

4.1 Da ineficácia da retribuição e prevenção

A crítica principal está na sensação de impunidade que paira na sociedade. A execução da pena na maioria dos casos, não é capaz de fazer valer a punição, não previne os crimes intimidando a coletividade e não reeduca o sentenciado. Muito se deve ao fato do título executivo penal não ser executado a rigor, o que torna a condenação um mito. A pena como é cumprida é insuscetível de coibir e desestimular crimes. A título ilustrativo quem é condenado a 12 anos de reclusão por um crime, cumpre 2 anos em regime fechado e tem o direito de ir para o regime semiaberto, que é cumprido em penitenciária agrícola ou similar. Lá, cumprirá mais 1 ano e 8 meses de detenção (1/6 do lapso temporal remanescente) até progredir novamente para o regime aberto, ficando nesse regime mais 1/6 do restante da pena: 1 ano e 4 meses, ao fim do qual terá direito ao livramento condicional, ressalta-se que tal regra é aplicada em casos de crime comum.

O modelo de execução penal pátrio aposta que o sentenciado após o cumprimento de lapso temporal de 1/6 da pena em cada regime se encontra punido e ressocializado, todavia na prática não é o que se vê, uma vez que tal requisito se traduz no cumprimento de nem metade da pena, havendo ainda a problematização quanto à avaliação de bom comportamento do condenado, uma vez que é feito por um critério de exclusão: Se o sentenciado não teve mau comportamento, significa que ele ostenta bom comportamento, premia-se o seu comportamento como se fosse uma virtude, sendo que na verdade nada mais é que um dever do preso, como prevê a LEP.

Ressalta-se que com o advento da lei 10792/2003 ocorreu uma modificação de extrema relevância ao abolir a exigência do parecer da comissão técnica de classificação e o exame criminológico para a progressão de regime, com essa modificação visualiza-se um retrocesso no sistema, usando um critério que impreciso e falho, tornando escassos os elementos para a avaliação do sentenciado, o que gera a saída da prisão de indivíduos psicologicamente desvirtuados e até psicopatas, pondo em risco sociedade.

A ineficácia do título executivo reside principalmente no fato de que o tempo

efetivamente cumprido torna-se desproporcionalmente pequeno quando comparado à pena aplicada na sentença ou acórdão. Nesta diáspora assevera Mirabete (2007, p. 417)²⁰:

“Em interessante e muito bem elaborado trabalho, Maurício Kuehne demonstra a extrema liberalidade da lei quanto ao regime de penas. Explica que um condenado a qualquer pena de reclusão superior a 4 (quatro anos), poderá cumprir a reprimenda, computando-se o tempo remido pelo trabalho, na seguinte proporção, por regimes: em fechado, 16,66%; em semiaberto, 13,89%; em aberto, 69,45%. Considerando-se que, no regime aberto, em virtude da falta de estabelecimentos adequados, e, no livramento condicional, por falta de fiscalização, não há, na realidade, execução da pena, o condenado cumprirá somente 30,58% da pena aplicada, o que demonstra a falência do direito repressivo a função nula da pena como elemento de prevenção.”

Tal situação é uma das causas do descrédito do sistema penitenciário, pois, em quase todos os casos concretos, a pena imposta na sentença torna-se simplesmente um mito. Sua função de prevenção geral dos crimes torna-se bem enfraquecida quando a pena efetivamente aplicada é bem menor do que aquela imposta na sentença. Observa-se, evidentemente, uma discrepância entre a pena cominada em abstrato no preceito secundário da norma penal, e a efetivamente cumprida pelo sentenciado. Trata-se um sistema utópico de execução penal, fadado ao insucesso e infrutífero, uma vez que a pena efetivamente cumprida fica muito aquém do que prevê a norma penal em seu preceito secundário.

O regime de execução penal brasileiro tem se mostrado cada vez mais ineficaz, o poder punitivo do Estado não tem sido capaz de inibir a prática delitiva, é forçoso reconhecer que o cumprimento de um sexto da pena corresponde a um critério dosimétrico insuficiente. Por ser generoso, tem provocado fortes reações sociais negativas. A sociedade se vê a mercê de criminosos perigosos que não se intimidam com a lei e com o sistema penal vigente. Mais crimes têm sido cometidos, mais pessoas têm perdido direitos; seu patrimônio, sua dignidade sexual, sua liberdade, e a vida tornaram-se cada vez mais vulnerável.

O caráter retributivo da pena não se opera de forma eficiente, a condenação imposta pelo título executivo penal não é levada ao seu fiel cumprimento na fase executiva, observa-se que o preceito secundário da norma penal não vigora e a progressão de regime tornou-se meramente uma forma de abreviar o cumprimento da pena, e não um método de punição, avaliação e reintegração social do sentenciado, como devia ser.

A execução da pena não ocorre efetivamente nos três regimes estabelecidos, o sentenciado ao se submeter ao regime fechado e nele cumprindo uma pequena parcela da pena, e posteriormente passando ao regime semiaberto, não raras às vezes, em alguns casos,

²⁰MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Atlas, (ver ano) pag.:417.

inexistindo vagas no regime semiaberto ou estabelecimento penal adequado, poderá cumprir pena no regime menos gravoso, qual seja, o regime aberto, o que se torna um absurdo jurídico em uma completa impunidade do criminoso.

A liberalidade da execução da pena faz com que a pena não surta os efeitos ora difundidos pelas teorias da finalidade pena, observa-se que a inocuidade da pena não retribui de forma severa o mal causado por ele, ou ainda a punição não faz com que ele desista de cometer novos crimes, pois nos dizeres de Beccaria (2003, p29)²¹: “Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime.” Resta prejudicada também o caráter preventivo da pena uma vez que o não efetivo cumprimento de pena gera na sociedade um destemor perante as leis, bem como um completo senso de impunidade, pois com isso o sistema penal vigente não intimida nem o criminoso nem a sociedade em geral. Lida-se com o estereótipo de que o crime compensa, pela sua não punição ou pela benevolência na aplicação em concreto da lei e a consequente execução.

Nos dizeres de Edison Vicentini Barroso, desembargador TJSP²²:

Enquanto o delinquente saiba ser inócua a pena, continuará a delinquir. Enquanto os benefícios legais pululem, não se lhe dissuadirá do ato malfazejo, em prejuízo da harmonia social. Enquanto os fautores das leis durmam em berço esplêndido, à distância da brutalidade que assola a população brasileira, nada mudará.

É inegável que a atuação do sistema penal vigente deixa a desejar, principalmente na execução das penas, bem como em atingir suas finalidades. Não há dúvidas de que para punir e prevenir os crimes é necessário que as penas sejam efetivamente cumpridas, a certeza da punição pode evitar que delitos sejam cometidos, é necessário que as penas desestimulem o criminoso, trazendo a sua aplicação mais desvantagens, de forma a não compensar a conduta criminosa. É impossível não causar repulsa na sociedade casos nos quais criminosos, cometem inúmeros delitos, alguns de ordem econômica locupletando-se ilicitamente com o erário público e vindo a cumprir uma pena irrisória, que não punem e tampouco reparam o dano causado, e outros de ordem hedionda e atroz, que rapidamente estão de volta às ruas, inclusive novamente no mundo do crime.

²¹BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret. 2003. Pag.: 29.

²² Queremos paz. Urgentemente, precisamos ter paz! Paraíso da impunidade. Por Edison Vicentini Barroso, magistrado em são Paulo. Disponível em: <http://www.jornaldeluzilandia.com.br/txt.php?id=17290> < Acesso em: 22/07/2016>.

A exasperação de regime pode ser considerada uma medida hábil de punição de crimes e principalmente uma forma de prevenção de delitos, trazendo à tona penas mais eficazes e intimidadoras, afinal nos dizeres do ilustre Beccaria (2003, p67)²³:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida.

É necessário revestir as penas de maior eficácia. O direito penal deve passar a agir nas causas do problema e não somente nas consequências, por meio de leis penais mais rigorosas coativas, intimidadoras e punitivas, para tanto é preciso fazer com que haja um aumento real no cumprimento das penas de modo a garantir que os condenados por crimes graves fiquem efetivamente segregados por longos períodos; abandonando o ciclo vicioso que se vislumbra no cenário atual, uma execução penal utópica, na qual o Estado finge que pune e o sentenciado finge ser punido e ressocializado. Os institutos penais vigentes precisam se revestir de maior coação sobre os delinquentes, sobretudo o cumprimento do regime de pena, a progressão de regime e o livramento condicional.

A sensação de impunidade, sem dúvidas, aumenta a taxa de criminalidade e violência. Esta mesma situação, ou seja; aumento da violência e criminalidade, também é consequência de execução de penas demasiadamente brandas.

4.2 Da ineficácia da ressocialização (prevenção especial positiva)

É preciso reconhecer o caráter assistencial da execução penal brasileira, que no intuito de promover o sentenciado como sujeito de direitos e deveres, propicia e estabelece sistematicamente como se deve dar a execução de sua pena. Todavia, cada vez mais, se torna patente as mazelas do sistema prisional, tendo como fatores preponderantes, a superlotação carcerária, ausência de infraestrutura como prevê a LEP, presos ociosos e falta de autonomia dos servidores; enfim, a lei prevê, mas o Estado não concretiza.

²³BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret. 2003. Pag.: 67.

Sabe-se que dentre as finalidades da pena tem-se a ressocialização do indivíduo infrator, sob a ótica da prevenção especial positiva. O ordenamento jurídico brasileiro em sistemática com a humanização das penas, trouxe em abstrato, LEP, a exigência de que por meio da punição alcançasse a reeducação do sentenciado, todavia como já dito alhures, o sistema penal brasileiro se encontra em um completo descrédito tanto de punição quanto para propiciar a reinserção do condenado ao meio social. A sociedade tornou-se incrédula quanto ao sistema penal atuante.

A lei de execução penal objetiva transformar toda uma realidade inserta nos presídios brasileiros, regulando em suas normas a ressocialização de forma digna, na recuperação de valores fundamentais, trazendo ao preso o direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional e religiosa, vedando todo e qualquer tratamento desumano ou degradante, sempre em consonância com os princípios constitucionais. No entanto, o Estado e a própria sociedade tem encontrado muitos obstáculos, não suportando, assim, o ônus de recuperar o delinquente.

Nota-se que o Estado precisa efetivar as disposições trazidas na lei concernente a moldar o sistema prisional de forma a atender e fornecer as condições mínimas para a ressocialização do condenado, sendo certo de que para isso é também necessário que a sociedade e o Estado se ajustem para que a pena seja cumprida e tenha objetivos.

É indispensável que o Estado, além o investimento e estruturação necessária, faça da pena um meio de ressocialização e atendido o embasamento legal submeta o sentenciado à disciplina e ao trabalho de forma que sua vivência na unidade prisional possa se pautar pela disciplina, trabalho, produtividade e capacitação, visando, sem esquecer-se da punição, recuperá-lo.

Não se quer cercear nenhum direito do sentenciado, muito menos privar de qualquer garantia constitucionalizada, todavia é imprescindível que faça valer o seu sistema punitivo, onde a pena seja cumprida de forma mais eficaz, não dando margem à impunidade. Cumpre dizer que o país, como já dito, vive sérias mazelas no sistema penitenciário, é necessário que o Estado assuma essa verdade, invista em infraestrutura, invista em servidores, invista no sistema penitenciário, não se trata de nenhuma novidade, mas tão somente de pôr em prática o que prescreve a lei de execução penal.

No tocante às mazelas do sistema prisional, são as principais a infraestrutura e ausência de vagas nas unidades. Vigora no Brasil um regime semiaberto que praticamente não existe, regime este previsto no artigo 36 do código penal brasileiro, no qual o condenado deveria cumprir sua pena em Colônia Agrícola ou Industrial, se sujeitando ao trabalho durante

o dia, admitindo-se o trabalho externo e a frequência a cursos profissionalizantes, de instrução, de segundo grau ou superior. Todavia o que se vê na prática é que esse regime está longe da realidade em muitos Estados brasileiros. Em apenas 11 capitais²⁴, os apenados ficam reclusos exclusivamente em colônias agrícolas, industriais ou similares (institutos penais ou albergues). São elas: Rio Branco/AC, Salvador/BA, Goiânia/GO, Campo Grande/MS, Recife/PE, Teresina/PI, Curitiba/PR, Rio de Janeiro/RJ, Natal/RN, Porto velho/RO, Porto Alegre/RS e Palmas/TO.

Nas demais, a inexistência de estabelecimentos prisionais voltados para esse tipo de regime ou a falta de vagas nesses lugares fazem com que os condenados cumpram suas penas em penitenciárias comuns, casas do albergado, em prisões domiciliares ou até mesmo livres, com uso de tornozeleira eletrônica ou mediante comprovação de trabalho. Uma completa inocuidade da pena, gerando por consequência, injustiças, impunidade e a ineficácia do título executivo penal.

Concernente à reincidência ainda falta solidez nos dados no cenário atual brasileiro; anos atrás, o Ministério da Justiça (MJ), por meio do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), apontava que o indicador de reincidência criminal é de “difícil apuração”. Para o DEPEN, o indicador é definido como o número de reincidências sendo igual a presos recolhidos no ano com passagem anterior pelo sistema (condenados ou não).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em uma pesquisa publicada em 14 de abril de 2015²⁵, com o título Reincidência Criminal no Brasil, revelou que a cada quatro ex-condenados, um volta a reincidir por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4%. O resultado foi obtido pela análise amostral de 817 processos em diferentes unidades federativas, Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, sendo que o estudo considerou apenas o conceito de reincidência legal conforme os artigos 63 e 64 do Código Penal. Outros levantamentos já realizados sobre reincidência, com taxas mais elevadas, de até 70%²⁶, costumam considerar a quantidade de indivíduos que volta a entrar nos presídios ou no sistema de Justiça criminal independentemente de condenação, caso dos presos provisórios.

²⁴ Regime semiaberto praticamente não existe no Brasil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194415,101048Regime+semiaberto+praticamente+nao+existe+no+Brasil><Acessado em 22/06/2016>.

²⁵ ZAMPIER, Débora. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. 2015. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. <Acesso em: 22/07/2016>.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Violência epidêmica e política equivocada**. 2014. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/> <Acesso em: 22/07/2016>.

Para o Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do CNJ, o juiz auxiliar da presidência do CNJ Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi ²⁷os elevados índices de criminalidade decorrem da sensação de impunidade, que deriva da incapacidade do Estado de intervir de maneira transformadora na vida de quem pratica infrações. “Quanto mais o Estado deixa de individualizar o tratamento dispensado ao autor de uma infração, desde o primeiro instante da prisão até a final execução de uma pena, maior é a convicção de que a prisão será insuficiente para transformar o ser humano que um dia estará de volta ao convívio social”.

4.3 Da falência do sistema punitivo

A realidade atual conjugada com os altos índices de criminalidade e reincidência tem evidenciado uma manifesta falência do sistema punitivo. O aumento da violência cresce vertiginosamente. Foi-se o tempo em que os moradores dos interiores das cidades brasileiras levavam uma vida tranquila e pacífica. Hodiernamente, a violência se apresenta de várias formas em todos os lugares do Brasil e a maioria dos doutrinadores parecem se preocupar apenas com os direitos dos presos e esquecem-se das vítimas e da sociedade, que se vê ameaçada a toda instante pelos nefastos efeitos do crime e de seus mentores.

O crime organizado tem estendido seus tentáculos sobre a sociedade. Cada vez mais desamparada a população se esconde da violência e tem cerceados os seus direitos fundamentais. O tráfico de drogas, os sequestros e a marginalidade estão cada vez mais presentes na história do Brasil, um crescimento negativo intimamente ligado a impunidade e a benevolência do judiciário.

A criminalidade tem se tornado uma força paralela ao Estado, assenhorando para si poderes estatais. Recentemente foi veiculada na internet no sítio eletrônico www.osaogoncalo.com.br, uma matéria²⁸ que tratava de uma “ordem” de uma das mais conhecidas organizações criminosas do Brasil, “comando vermelho”, na qual a organização descontente com o alto índices de crimes na região, estabelecia que a partir da data de 06 de julho de 2016, quem fosse pego roubando “seria punido severamente”, “se matar inocentes

²⁷ZAMPIER, Débora. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. 2015.

Disponível em:

<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>.

<Acesso em: 22/07/2016 >.

²⁸Disponível em: <http://www.osaogoncalo.com.br/policia/16553/traficantes-criam-lei-que-proibe-assaltos-em-comunidades-de-sg> <Acessado em 20/08/2016>.

vai pagar com a vida”, os cartazes com a referida ordem foram afixados nos postes das comunidades de Vila Candoza, Morro da Dita e Complexo do Anaia, em São Gonçalo, região metropolitana do Rio de Janeiro.

Em 28 de junho de 2016 na cidade de Sobral - CE ocorreu “a marcha da criminalidade”²⁹, na qual duas facções criminosas rivais se reuniram para fazer uma passeata que marcaria a “paz entre as facções”. De acordo com o tenente-coronel Assis Azevedo, comandante do 3º Batalhão de polícia militar, o objetivo era mostrar força de gangues e afrontar a polícia, manifestando o crime como algo positivo na caminhada. A cidade vem sofrendo com ataques a órgãos públicos e agências bancárias. Na ocasião 70 pessoas foram presas por apologia ao crime.

Tais fatos evidenciam, em proporções enormes, que em alguns territórios quem manda é o crime organizado e não o poder público, deixando claro mais uma vez o poderio do crime organizado, o destemor perante as leis e a falência do sistema punitivo.

Em relatório divulgado pela anistia internacional³⁰ em fevereiro de 2015 o Brasil é apontado como o topo dos países mais violentos do mundo, com uma média de 130 homicídios por dia. O relatório aponta ainda que a sensação de impunidade é um incentivador, haja vista que 85% dos homicídios não são solucionados no Brasil, e cita como os principais fatores para a crise no Brasil a violência policial, registros de tortura e a falência do sistema prisional. A reincidência e as condições desumanas das unidades prisionais são também fatores preocupantes, pois segundo a organização, sete em cada 10 presos voltam a praticar crimes.

²⁹Disponível em: <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/06/policia-prende-70-pessoas-em-marcha-por-uniao-faccoes-criminosas-no-ce.html><Acessado em 20/08/2016>.

³⁰Cidadania nos presídios disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios> <Acessado em 30/08/2016>.

5 Projetos de lei que visam à modificação do sistema penal vigente

Reconhecendo que na maioria dos casos o sistema penal vigente se encontra desacreditado e desprovido do poder coativo e intimidatório que deve ter a lei, sobretudo a sua execução. E sobretudo, consciente da ineficácia do título executivo penal, bem como a íntima ligação da finalidade da pena com o tempo de pena efetivamente cumprido pelo sentenciado, o legislador pátrio propôs dentro de sua competência constitucional (art. 61 CF/88) alterações dos dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, sobre o exame criminológico e progressão do regime de execução das penas privativas de liberdade e dando também outras providências, visando primordialmente a alteração do artigo 112 do supramencionado diploma legal.

Certo é que o legislador também reconhece que o cumprimento de um tempo maior da pena imposta pela condenação, pode intimidar o criminoso e dotar a lei de maior coação, sabiamente vislumbra-se que a condenação imposta no título executivo judicial tornou-se um mito face ao lapso temporal efetivamente cumprido, de tal modo oportuna se a proposição de projetos de lei que visem modificar a realidade atual.

Obviamente não se trata de criação de leis tipificadoras de crimes ou aumento de pena no preceito secundário da norma penal. Trata-se de matéria de execução penal, restringindo-se tão somente ao cumprimento de pena pelo sentenciado, bem como as regras e o lapso temporal para progressão. Coadunando com tal ideia existem mais de 20 projetos de lei na câmara dos deputados todos apensos ao projeto de lei de número 4500 de 2001(PL4500/2001), já que este é o mais antigo a tratar da matéria, e sujeitos à apreciação pelo plenário tramitando em regime de prioridade.

Com o fito de ilustrar melhor as proposições legislativas destacam-se neste trabalho as seguintes: PL 4500/2001³¹; proposto pelo senador Romeu Tuma em 17/07/2001 visa estabelecer que no cumprimento de pena superior a 8 (oito) anos, a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade só poderá ocorrer depois que o preso tiver cumprido ao menos 2/5 (dois quintos) da pena, ou 3/5 (três quintos), se reincidente; havendo a constatação da impossibilidade material de realização do exame criminológico, poderá o juiz decidir, ouvindo ou não outros profissionais, inclusive para a concessão de livramento

³¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=27689> <acessado em 24/08/2016>.

condicional. Tal projeto já se encontra pronto para votação em plenário. PL 6138/2002³², proposto pelo deputado Luiz Antônio Fleury - SP e visa fixar um prazo mínimo de 1/6 para o recebimento de benefício ou visitas; dispõe que só ocorrerá a progressão da pena após o preso haver cumprido ao menos 1/3 (um terço) da pena imposta no regime anterior, tal projeto está apenso ao projeto de lei 4500/2001 e também está sujeito à apreciação pelo plenário até o momento.

PL 5613/2005³³ do Deputado Nelson Proença que visa tornar obrigatório o exame criminológico nos casos de progressão de penas privativas de liberdade e de livramento condicional, alterando a Lei nº 10.792, de 2003, tal projeto também se encontra apenso ao PL 4500/2001 e sujeito a aprovação pelo plenário.

PL 6317/2009³⁴ do Deputado Fernando Coelho Filho- PE visa alterar o Art.112 da Lei nº 7.210(LEP), estabelecendo que o benefício da progressão da pena seja concedido quando o preso tiver cumprido ao menos a metade da pena no regime anterior, e o seu mérito indicar a progressão. O projeto está apenso ao projeto de lei 6138/2002 e aguarda à apreciação pelo plenário até o momento.

Têm-se ainda PL 3415/2012³⁵ do Deputado Keiko Ota – SP, também visa alterar o Art.112 da Lei nº 7.210(LEP), aumentando para um terço o período de cumprimento da pena para progressão de regime do condenado e exige avaliação psicossocial realizada por comissão técnica de avaliação. O projeto também está apenso ao projeto de lei 4500/2001 e aguarda à apreciação pelo plenário até o momento.

Como já dito, as proposições legislativas foram expostas somente a título ilustrativo e de maneira superficial, demonstrando a preocupação do legislador pátrio para com a execução penal, concernente à progressão de regime e livramento condicional do sentenciado e mecanismos para a concessão de tais benefícios. A lei de execução penal ainda é um diploma bem concatenado, embora necessite de pequenos retoques pontuais, haja vista a evolução e a dinâmica do direito e da vida em sociedade. O maior problema na execução penal brasileira é o abismo existente entre o ideal normativo e a realidade prática.

³² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=44591> <acessado em 24/08/2016>.

³³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=293481> <acessado em 24/08/2016>.

³⁴ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=457371> <acessado em 26/08/2016>

³⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536960> <acessado em 26/08/2016>.

É necessária uma força produtiva do Estado sobre o sistema prisional, implantando uma nova cultura e políticas públicas inteligentes e efetivas, que se relacionem com os princípios constitucionais e com uma sociedade mais segura.

6 Considerações Finais

Pelo exposto neste trabalho, cumpre destacar que o mesmo não ousa esgotar um tema de tão alta complexidade e tampouco solucionar o problema da criminalidade ocorrida hodiernamente no país. Todavia, tem a simplória missão de propiciar uma busca por reflexões e mudanças na execução de penas privativas de liberdade. É impossível e utópico querer criar uma medida que elimine por completo o crime na sociedade, no entanto é possível sim; que se busquem medidas que torne a criminalidade pelo menos em níveis toleráveis e menos gravosos. Para tanto é imprescindível que o Estado exerça com maior coação e punição seu *jus puniendi*, não cerceando direitos e garantias fundamentais, mas pelo contrário buscando a efetiva proteção dos bens jurídicos mais importantes, tutelados pelo Direito Penal.

É inaceitável o cenário de criminalidade vivido pelos brasileiros atualmente, com índices alarmantes, o Brasil é um dos países mais inseguros do mundo. Tal fato, como já detalhado, é devido à não efetividade da punição; é certo que a legislação brasileira possui penas altas cominadas no preceito secundário da norma penal, porém, elas não são eficazes e efetivamente executadas na pessoa do sentenciado, com a adoção de regimes generosos de cumprimento da pena, convive-se com um destemor perante às leis, o que só contribui para que cada vez mais sejam desrespeitadas. Gerando questionamentos sobre a forma como é executada a pena privativa de liberdade. Com uma deliberação muito grande por parte da lei, a pena se torna inócua incapaz de surtir os efeitos ora difundidos pela teoria mista e unificadora das penas, sua aplicação não tem sido capaz de reprovar e prevenir a conduta do delinquente.

Cumpre ressaltar que pleitear por uma execução de pena mais rigorosa, bem como uma exasperação de regime, não afeta nenhum princípio constitucional da execução da pena, mas sim visa tutelar a sociedade que se vê ameaçada e lesada a todo o momento por organizações criminosas e criminosas das mais variadas espécies. É preciso que o Estado adote uma postura mais séria e eficaz na Execução Penal, de forma a dar maior eficácia no título executivo penal, concernente ao lapso temporal a ser cumprido pelo sentenciado, bem como na infraestrutura prisional, propiciando uma execução penal séria, pautada pela produtividade, rigor e disciplina.

Tem se visto em tribunais superiores a tendências de medidas descarcerizantes com o fundamento na superlotação carcerária e ausência de vagas em estabelecimentos penais adequados ao regime de execução da pena, recentemente o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante de número 56 que estabelece: “A falta de estabelecimento penal adequado

não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Tal súmula visa evitar que o condenado cumpra pena em regime mais gravoso do que o determinado na sentença; ou do que o autorizado por lei, em razão da inexistência de vagas ou de condições específicas que o possibilitem.

Todavia, em que pese o notável saber jurídico dos ilustres julgadores, e a plausibilidade do direito de cumprimento de pena em estabelecimento adequado, tal medida gera a uma “não execução da pena”, isto é, os sentenciados ao invés de cumprirem a pena em estabelecimentos penais adequados vão para suas residências, ou cumprem o restante da pena sob monitoração eletrônica, o que importa em dizer que não há propriamente uma execução da pena, uma vez que não há uma fiscalização correta e eficaz em tais situações.

É inegável reconhecer que o sentenciado deve cumprir a pena em estabelecimentos penais adequados condizentes com o título executivo penal, para tanto pugna-se por mais investimentos no sistema prisional concretizando os anseios legislativos no cumprimento de pena. Não se pode admitir que a execução penal nos moldes atuais prospere, uma vez que ela não pune o criminoso, não previne o crime e tampouco ressocializa. Uma vez sentenciado à pena privativa de liberdade, o criminoso deve pagar pelo que cometeu de forma séria, rígida e eficaz, tendo garantidos os seus direitos não afetados pelo título penal condenatório.

A severidade na punição é indissociável dos fins que a pena se destina. Quando um indivíduo é sentenciado a uma pena privativa de liberdade e não a cumpre de forma como estabelecida, gera indiscutivelmente uma impunidade e um convite à reincidência, culminando na quase certeza da não punição ou na benevolência do cumprimento da pena. Vive-se no mundo do crime o jargão: “não dá nada!” O próprio criminoso reconhece a falência do sistema punitivo. Vive-se uma “insegurança pública”, na qual bandidos fortemente armados assenhoram para si o poder de se impor perante a sociedade, sem responder severamente pelos crimes cometidos.

É imperioso reconhecer, por parte do Estado e da sociedade, que o sistema penitenciário é um serviço público, e muito embora muitos não queiram usufruir desse serviço, deve receber investimentos em sua infraestrutura, em seus servidores e obviamente na população que lá se encontra. Primando-se por uma execução séria, rígida e pautada pelas determinações legais.

Não se trata de considerar, neste trabalho, o sistema penitenciário como solução da criminalidade e marginalização, mas tão somente a consequência de tais situações. A solução

só pode advir com a prestação de serviços públicos dignos e eficientes, com investimento em educação, saúde, moradia, emprego e segurança pública. O Estado deve efetivar e investir políticas sociais inteligentes, pautado, sobretudo pela educação, pois é ela o alicerce para uma sociedade melhor, justa e igualitária.

7 Referências Bibliográficas:

BECCARIA, Cesare, **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral, volume 1, 17ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 48122/ SP. /HC 48122/SP); HC2005/0156373-8, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T. DJ 12/6/2006, p. 511). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200501563738. Acessado em 18/05/2016.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Constituição Federal Anotada / Uadi Lammêgo Bulos**, 8 ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56/2007, São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando/ Stela Prado, **código penal comentado**, 4ª edição: saraiva 2013.

CAPEZ, F. **Execução penal simplificado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 30.ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Violência epidêmica e política equivocada**. 2014. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-reincidencia-de-ate-70/>. Acesso em: 22/07/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 1.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=%201910#_ftn12. Acessado em: 20/04/2016.

<http://michellysantos.jusbrasil.com.br/artigos/170455437/principio-da-legalidade>. Acessado em 13/05/2016.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7815#_ednref50. Acessado em 22/02/2016.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2789. Acessado em 22/02/2016.

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5630. Acessado em 22/02/2016.

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2183645/no-tocante-a-teoria-geral-da-pena-qual-a-finalidade-desta-sancao-penal-no-brasil-denise-cristina-mantovani-cera>. Acessado em 22/02/2016.

<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/teorias-da-pena-e-sua-finalidade-no-direito-penal-brasileiro>. Acessado em 22/02/2016.

<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10633383/artigo-59-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acessado em 22/02/2016.

<http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-54-44/monografias-publicadas/26-monografia-o-principio-da-humanidade-da-pena-a-falencia-da-pena-de-prisao-e-breves-consideracoes-sobre-as-medidas-alternativas-por-nathalia-regina-pinto>. Acessado em 22/02/2016.

<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10633383/artigo-59-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acessado em 22/02/2016.

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3898. Acessado em 26/05/2016.

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-progressao-de-regime-prisional-e-o-crime-hediondo,36373.html>. Acessado em 26/05/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=66480>. Acessado em 26/05/2016.

<http://evanderoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/152036542/a-magna-carta-de-joao-sem-terra-e-o-devido-processo-legal>. Acessado em 26/05/2016.

<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-em-2014-o-maior-numero-de-assassinatos-da-historia,10000022585#>. Acessado em 22/06/2016.

<https://jus.com.br/artigos/19855/da-ausencia-de-vagas-no-regime-semiaberto>. Acessado em 22/06/2016.

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194415,101048-Regime+semiaberto+praticamente+nao+existe+no+Brasil>. Acessado em 22/06/2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=293481>. Acessado em 24/08/2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=457371>. Acessado em 24/08/2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=536960>. Acessado em 24/08/2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=27689>. Acessado em 24/08/2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=44591>. Acessado em 24/08/2016.

<http://www.osaogoncalo.com.br/policia/16553/traficantes-criam-lei-que-proibe-assaltos-em-comunidades-de-sg>. Acessado em 20/08/2016.

<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2016/06/policia-prende-70-pessoas-em-marcha-por-uniao-faccoes-criminosas-no-ce.html>. Acessado em 20/08/2016.

<http://www.jornaldeluzilandia.com.br/txt.php?id=17290>. Acesso em: 22/07/2016.

<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-registra-em-2014-o-maior-numero-de-assassinatos-da-historia,10000022585> (22 de março de 2016). Acessado em 01/06/2016.

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acessado em 30/08/2016.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza**, 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. Editora Saraiva, 10ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as leis n. 12.403/2011(prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena)- São Paulo: Saraiva,2012.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – parte geral**. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini, **Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP/ Júlio Fabbrini Mirabete, Renato N. Fabbrini**. – 29.ed. ver. E atual. Até 31 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme Souza, **Manualde Processo Penal e Execução Penal**,6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REALE, Miguel, **Lições Preliminares de Direito / Miguel Reale**, 27 ed. ajustada ao código civil, São Paulo: Saraiva, 2001.

ROXIN, Claus. Derecho penal- Parte general, t.1, pág.:81-82 *apud* GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 14ª. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus,2012.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

ZAMPIER, Débora. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa**. 2015. Disponível em:<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide-no-crime-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 22/07/2016.

