



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

BIANCA ZULIM DAVANÇO

ASPECTOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL

**Assis/SP
2017**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

BIANCA ZULIM DAVANÇO

ASPECTOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL

Trabalho apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientanda: Bianca Zulim Davanço

Orientador: Me. Fábio Pinha Alonso

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

D245a DAVANÇO, Bianca Zulim
Aspectos da individualização da pena no Brasil / Bianca Zulim
Davanço . – Assis, 2017.

61p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-
cional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Me. Fábio Pinha Alonso

1.Individualização da Pena 2.Princípios 3.Punição

CDD 341.54

ASPECTOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO BRASIL

BIANCA ZULIM DAVANÇO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Me. Fábio Pinha Alonso

Examinador: _____

DEDICATÓRIA

A meus pais, Marco Antonio Davanço e Adriana Zulim Davanço, por todo o carinho e apoio. A vocês devo minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a minha família pelo total incentivo ao longo dessa caminhada. Especialmente, agradeço a minha irmã, Bruna Zulim Davanço, que, mesmo longe, sempre esteve presente para me dar o seu ombro amigo e me acalmar nos momentos de desânimo.

Aos meus avós, por compartilharem comigo as mais variadas histórias de vida. Vocês contribuíram para a minha formação como ser humano.

Meus sinceros agradecimentos ao meu companheiro, amigo e revisor Frederico Santiago da Silva. Obrigada pela paciência e por toda a dedicação que teve para comigo, não apenas neste trabalho, mas em todas as fases da minha vida acadêmica.

Às minhas queridas amigas Carolina, Camila e Maria Paula. Vocês tornaram as minhas manhãs mais leves e serão lembradas sempre com muito carinho.

Agradeço também a todos os funcionários da FEMA, bem como àqueles que contribuem para o funcionamento da Instituição.

A todos os professores do curso de Direito, por terem ensinado muito além daquilo que estava nos livros. Em especial, agradeço ao meu orientador Fábio Pinha Alonso por ter dedicado parte do seu tempo para me orientar no trabalho de conclusão de curso.

“Que a pena não seja um ato de violência de um ou de muitos contra um membro da sociedade. Ela deve ser pública, imediata e necessária, a menor possível para o caso, proporcional ao crime e determinado pelas leis.”

Marquês de Beccaria

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade traçar um panorama histórico sobre a individualização da pena e discutir as modificações sofridas por ela ao longo do tempo. Para tanto, o estudo traz alguns dos aspectos gerais da individualização, tais como: sua origem, finalidade, método adotado pela nossa legislação, bem como uma abordagem de princípios que norteiam o tema. Posteriormente, serão analisadas as fases que devem ser seguidas pelo juiz ao estabelecer uma punição a alguém, evitando, assim, abusos por parte do magistrado. Caminhando para o fim da pesquisa, serão avaliados os dispositivos legais para dar início ao cumprimento da pena decretada pelo juiz, sendo examinados a individualização executória da pena e, ainda, os direitos e deveres do preso.

Palavras-chave: Individualização da Pena; Princípios; Punição.

ABSTRACT

This work aims to delineate a historical panorama on the individualization of penalty and discuss the modifications in it through time. For this, the study brings some of the general aspects of individualization, such as: its origin and purpose, the method adopted by Brazilian legislation and, in addition to that, an analysis of the precepts that guide the theme. Thereafter, it will be analyzed the phases that must be followed by the judge in establishing a punishment to someone, thus avoiding abuses of the magistrate. In the last part of the work, it will be evaluated the legal apparatus for applying the sentence decreed by the judge, examining the individualization of the sentence and also the rights and duties of the prisoner.

Keywords: Individualization of penalty; Precepts; Punishment.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: Artigo

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

CTC: Comissão Técnica de Classificação

LEP: Lei de Execução Penal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS E PRINCÍPIOS LEGAIS.....	15
1.1. Das penas.....	15
1.2. Princípios Constitucionais.....	22
1.2.1. <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	23
1.2.2. <i>Princípio da legalidade</i>	24
1.2.3. <i>Princípio da isonomia</i>	24
1.2.4. <i>Princípio da proporcionalidade</i>	24
1.2.5. <i>Princípio da responsabilidade pessoal ou personalidade da pena</i>	25
1.2.6. <i>Princípio da culpabilidade</i>	25
1.2.7. <i>Princípio da humanidade</i>	25
2. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	28
2.1. Crime.....	28
2.2. Pena.....	29
2.3. Aplicação e relevância da individualização legislativa da pena.....	33
2.4. Métodos bifásico e trifásico.....	33
2.5. Pena-base.....	35
2.5.1. <i>Culpabilidade</i>	35
2.5.2. <i>Antecedentes</i>	36
2.5.3. <i>Conduta social</i>	37
2.5.4. <i>Personalidade do agente</i>	38
2.5.5. <i>Motivos</i>	38
2.5.6. <i>Circunstâncias do crime</i>	39
2.5.7. <i>Consequências do crime</i>	39
2.5.8. <i>Comportamento da vítima</i>	39
2.5.9. <i>Fixação da pena-base</i>	40
2.5.10. <i>Limites da pena-base</i>	40
2.6. Pena provisória.....	41
2.6.1. <i>Circunstâncias agravantes</i>	41
2.6.2. <i>Espécies de agravantes</i>	42
2.6.3. <i>Agravantes no concurso de pessoas</i>	43

2.6.4. <i>Circunstâncias atenuantes</i>	43
2.6.5. <i>Concurso de agravantes e atenuantes</i>	44
2.6.6. <i>Espécies de atenuantes</i>	44
2.7. Pena definitiva.....	45
2.7.1. <i>Concurso de causas de aumento ou diminuição</i>	46
3. A INDIVIDUALIZAÇÃO EXECUTÓRIA DA PENA	47
3.1. Surgimento da Lei de Execução Penal.....	47
3.2. Análise da Lei de Execução Penal.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
BIBLIOGRAFIA	60

INTRODUÇÃO

Quando um indivíduo viola uma norma prevista em nossa legislação penal, nasce para o Estado o direito de aplicação da pena. O magistrado, objetivando a reprovação da infração praticada e a precaução de novos delitos, estabelecerá a pena oportuna, dentro dos limites traçados na lei penal.

Podemos dizer que a aplicação da pena é o apogeu da sentença penal condenatória, pois é nela que o magistrado efetiva a norma constitucional prevista no art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna, ou seja, é o instante em que o juiz efetivamente individualizará a pena. A aplicação desta é uma consequência do princípio constitucional acima citado, devendo o juiz estar atento para, assim, atingir a pena correta. Assim, este trabalho tem como finalidade mostrar o caminho que se deve percorrer ao aplicar uma determinada sanção ao infrator. O direito de punir é privativo do Estado, sendo que os cidadãos não mais podem-se valer de formas arcaicas de punição.

Nesse cenário, o primeiro capítulo do presente trabalho, após fazer um panorama histórico das formas de punição já vivenciadas, passará a abordar os diversos princípios que auxiliam o aplicador do direito nessa difícil tarefa.

O segundo capítulo abordará, inicialmente, o conceito de crime e as penas previstas em nosso ordenamento jurídico. Há, ainda, uma análise acerca dos métodos de individualização existentes, assim como o apontamento do critério adotado pelo sistema penal brasileiro. Como veremos, a individualização da pena ocorre em três fases distintas, conforme a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico. A primeira é conhecida como individualização legislativa e ocorre quando o legislador estabelece as sanções para cada delito, estabelecendo a pena mínima e a pena máxima em abstrato. Na segunda fase, o magistrado aplica a lei ao caso concreto, estabelecendo a pena-base, a pena provisória e, por fim, a pena definitiva.

O último capítulo é reservado à individualização executória da pena (terceira fase). Em um primeiro momento, haverá a contextualização do surgimento da LEP e da necessidade de uma lei que tratasse dos direitos e dos deveres do sentenciado. O capítulo será destinado a analisar tópicos da Lei nº 7.210/1984, observando seu objetivo e as regras da individualização executória da pena.

Almeja-se que o trabalho possa contribuir, ainda que de forma mínima, para a análise acerca da relevância existente em uma aplicação mais justa da pena, de modo que o Estado

alcance seu objetivo de controle social, melhor dizendo, reprovando a infração praticada e buscando a precaução contra novos delitos, sem deixar de lado sua figura de garantidor da liberdade de cada indivíduo.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS E PRINCÍPIOS LEGAIS

1.1. Das penas

O ser humano sempre viveu em grupo e, desde o início, infringia regras de convivência, sendo necessária a aplicação de uma sanção. A pena não possuía o sentido que tem nos dias de hoje. Houve um ciclo evolutivo no que se refere à sua aplicação contra um infrator, e, nesse cenário, a sociedade da época experimentou diversas formas primitivas de punição, buscando uma maneira de repreender quem viesse a cometer uma infração.

Luís Paulo Sirvinskas, ao tratar do direito penal nas legislações, expõe a evolução do sistema penal na Antiguidade:

Pode-se, assim, apresentar tal evolução em cinco fases: a) o castigo divino ou totem — os fenômenos da natureza causadores de danos aos homens eram manifestações de revolta da divindade; b) a vingança privada — os fenômenos naturais foram deixados de lado, surgindo a vingança privada contra indivíduo ou grupo pelo banimento (perda da paz) ou guerras grupais; c) a Lei de Talião — para se evitar o extermínio das tribos, criou-se a Lei de Talião, cuja pena era proporcional ao mal cometido (olho por olho, dente por dente...); d) a composição — constatou-se, com o passar dos tempos, a presença de muitas pessoas deformadas pela imposição das penas contidas na Lei de Talião, as quais foram substituídas pela composição, consistente na possibilidade de o infrator comprar sua liberdade; e) a vingança pública — finalmente, a vingança privada foi substituída pela vingança pública, transferindo-se para o Estado o poder-dever de aplicar, aos infratores, as sanções penais. (SIRVINSKAS, 2003, p. 14)

O período da vingança divina foi marcado por normas de cunho religioso, ou seja, pela crença em forças sobrenaturais; a pena tinha origem sacral. Consoante ao que explicam os autores André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Nos primórdios, pode-se supor, com alguma segurança, que a pena continha origem marcadamente sacral. O homem possuía uma visão limitada de si mesmo e de sua posição no cosmo. Não compreendia sequer os diversos fenômenos naturais (sejam aqueles que fugiam ao cotidiano, como a chuva, o trovão, o raio, as secas, ou mesmo os que se repetiam com alguma frequência, como os rigorosos invernos e as longas estiagens). Esses eventos eram então atribuídos a seres sobrenaturais, que dirigiam a vida das pessoas, premiando-as ou castigando-as, conforme suas ações. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 66)

Martinelli e Bem, ao tratar do direito penal primitivo, citam Adel El Tasse:

Ensina-nos El Tasse que acontecimentos absolutamente naturais, como uma tempestade, considerados anormais para os homens primitivos, eram atribuídos aos seres sobrenaturais, que tinham influência direta na vida desses homens. Esses seres ligados à flora ou à fauna, denominados totens, eram cultuados em rituais. Objetos de veneração e rodeados por uma aura de medo, superstição e magia, os totens eram vistos como talismãs pelos povos primitivos. Essa manifestação ficou conhecida como totemismo e, como aduz o citado autor, conferia unidade ao grupo primitivo. (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 57)

A vingança privada se materializava em reações desproporcionais e violentas, em que o homem passou a fazer “justiça pelas próprias mãos”, retribuindo, assim, o mal recebido. As penas impostas eram desiguais e enfraqueciam o próprio grupo, visto que a autotutela se resumia à mera vingança: “Durante esse período, reinava a responsabilidade objetiva, e desconheciam-se princípios como o da proporcionalidade, humanidade e personalidade da pena” (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 99).

Com o tempo, tornou-se necessária uma proporcionalidade, visando a que não houvesse uma eventual extinção do grupo. O Talião, simbolizado pela expressão “olho por olho, dente por dente”, era um processo de justiça pelo qual o mal praticado por alguém devia corresponder, a título de pena, a um mal igual. As penas passam a ser individuais e proporcionais, importando em avanço, pois foi uma das primeiras tentativas de impor limites à pena. Contudo, o Talião acaba sendo substituído por outras formas de repreensão como, por exemplo, a compensação do mal provocado.

De acordo com os autores Estefam e Gonçalves:

Ao se introduzir a composição ou compositivo, acentuava-se o poder estatal, em que o soberano e seus representantes atuavam como intermediários entre a vítima e o infrator, regrando-se o processo reparatório, com a criação, inclusive, de tabelas mensurando o *quantum* devido. Pode-se citar como exemplo a Lei das Doze Tábuas, que, além de conter preceitos relacionados com o Talião, previa tarifas para o compositivo. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 68)

Por fim, com a vingança pública, a aplicação de uma sanção deixa de ser individual e passa ser uma prerrogativa do Estado, sendo este o responsável por garantir a integridade territorial, política e social do grupo: “O Estado passa a intervir como o único legitimado a impor penas criminais, posto que lhe incumbe assegurar a integridade territorial, política e social de seus súditos” (ESTEFAM; GONÇALVES, 2016, p. 68).

Dentre as legislações estabelecidas nas comunidades antigas, cita-se a legislação romana como principal exemplo, pois a partir dela existiu um avanço no que se refere ao delito. Conforme ensina Nucci:

O Direito Romano, dividido em períodos, contou, de início, com a prevalência do poder absoluto do pater familias, aplicando as sanções que bem entendesse ao seu grupo. Na fase do reinado, vigorou o caráter sagrado da pena, firmando-se o estágio da vingança pública. No período republicano, perdeu a pena o seu caráter de expiação, pois se separou o Estado e o culto, prevalecendo, então, o talião e a composição. Havia, para tanto, a possibilidade de se entregar um escravo para padecer a pena no lugar do infrator, desde que houvesse a concordância da vítima – o que não deixava de ser uma forma de composição, como bem lembra PIERANGELI. A Lei das XII Tábuas teve o mérito de igualar os destinatários da pena, configurando autêntico avanço político-social. Durante o Império, a pena tornou-se novamente mais rigorosa, restaurando-se a pena de morte e instituindo-se os trabalhos forçados (...). Mas foi também a época de significativos avanços na concepção do elemento subjetivo do crime, diferenciando-se o dolo de ímpeto do dolo de premeditação, entre outras conquistas. Continuavam a existir, no entanto, as penas infamantes, cruéis, de morte, de trabalhos forçados e de banimento. (NUCCI, 2014, p. 60)

Sobre a pena na Idade Média, podemos citar novamente Luís Paulo Sirvinskas para explicar o marco entre a Antiguidade e a equivocadamente chamada Idade das Trevas:

Pode-se traçar o seguinte marco delimitatório entre a Antiguidade e a Idade Média, levando-se em consideração a queda do Império Romano em 476 d.C. e a Conquista de Constantinopla pelos turcos em 1453. A Idade Média estendeu-se por aproximadamente mil anos. Período este em que “floresceram e ruíram impérios, nasceu e extinguiu-se o feudalismo, surgiu o denominado direito comum ou das comunas, fundaram-se as primeiras universidades, desenvolvendo-se, portanto, uma diversidade ilimitada de normas jurídicas pertinentes à sanção penal, tornando-se sobremaneira fastidioso rastrear a evolução da pena, de reforma extremamente detalhada, durante tão longo período. (SIRVINSKAS, 2003, p. 24)

Na Idade Média surgiram as prisões, porém ainda havia penas desumanas e aviltantes. Destaca-se, também, a forte presença da Igreja:

A presença da Igreja, nesse período, notabilizou-se pelo denominado direito ordálico (juízos de Deus), cujas sentenças tinham inspiração divina e eram invocadas diretamente pelo julgador ou pelo próprio imputado. O processo de julgamento ocorria por meio da prova da água, do fogo, da balança, do veneno, do ferro ardente, do anel quente e da sorte, que, se favorável ao imputado, era este considerado inocente, se lhe fosse desfavorável, consubstanciava na sua culpabilidade. (SIRVINSKAS, 2003, p. 25)

O direito germânico e o direito canônico são exemplos de legislações estabelecidas na Idade Média:

O Direito Canônico, predominando na Idade Média, perpetuou o caráter sacro da punição, que continuava severa, mas havia, ao menos, o intuito corretivo, visando à regeneração do criminoso. A religião e o poder estavam profundamente ligados nessa época e a heresia implicava em crime contra o próprio Estado. Surgiram os manifestos excessos cometidos pela Santa Inquisição, que se valia, inclusive, da tortura para extrair a confissão e punir, exemplarmente, com medidas cruéis e públicas, os culpados. Inexistia, até então, qualquer proporcionalidade entre a infração cometida e a punição aplicada. (NUCCI, 2014, p. 60)

A Idade Moderna (século XV) foi marcada por um movimento mais humanitário das penas:

Nesse período iniciou-se uma pobreza generalizada, ocasionando o aumento da delinqüência. As pessoas viviam da esmola, do roubo e de assassinatos, não sendo admissível punir esses delinqüentes com a pena de morte. Foi por conta disso que nasceu o movimento humanista dando maior atenção às penas privativas de liberdade. (SIRVINSKAS, 2003, p. 30)

O Iluminismo foi o período no qual se deu a modernização do direito penal. Vislumbrou-se uma maior preocupação com a racionalização ao aplicar as penas: “O Iluminismo buscava a superação das contingências humanas que sobretudo até a Idade Média faziam o homem desconhecer a razão e apegar-se a fórmulas transcendentais, obscuras, de solução para os problemas terrenos” (BONFIM; CAPEZ, 2004, p. 111). O movimento pregava ideias de igualdade e liberdade, buscando o fim do terrorismo punitivo. A pena destina-se a prevenir delitos, e não apenas a reprimir o infrator.

O movimento liberal e humanista (séculos XVII e XVIII), iniciado com Montesquieu e, posteriormente, defendido por Voltaire e Rousseau, protegia os pilares da liberdade, da igualdade e da justiça. Cezar Roberto Bitencourt ensina em sua obra:

As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau seriam fiéis representantes, fazem severa crítica aos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar um ser sensível. A pena deve ser proporcional ao crime, devendo-se levar em consideração, quando imposta, as circunstâncias pessoais do delinqüente, seu grau de malícia e, sobretudo, produzir a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, sendo, ao mesmo tempo, a menos cruel para o corpo do delinqüente. (BITENCOURT, 2011, p. 52)

Contudo, o auge do referido movimento de ideias, que possuía como sentimento comum a modificação do sistema penal vigente, deu-se na Revolução Francesa. Cesare Bonesana, mais conhecido como Marquês de Beccaria, prestou sua contribuição à busca de caminhos racionais e humanitários para a aplicação da pena ao infrator com o clássico *Dos delitos e das penas*. Na obra, o escritor, ao apresentar os mais variados problemas existentes no sistema criminal da época, aponta soluções razoáveis para promover o bem-estar social. Para que uma pena tenha seu efeito, basta que seu mal exceda o bem promovido pelo crime. Toda a severidade acima desses limites é supérflua e, portanto, tirânica (BECCARIA, 2012, p. 77).

Guilherme de Souza Nucci salienta em sua obra:

O destino da pena, até então, era a intimidação pura, o que terminou saturando muitos filósofos e juristas, proporcionando, com a obra *Dos delitos e das penas*, de CESARE BONESANA, o nascimento da corrente de pensamento denominada escola clássica. Contrário à pena de morte e às penas cruéis, pregou o MARQUÊS DE BECCARIA o princípio da proporcionalidade e da pena à infração praticada, dando relevo ao dano que o crime havia causado à sociedade. O caráter humanitário presente em sua obra foi um marco para o Direito Penal, até porque se contrapôs ao arbítrio e à prepotência dos juízes, sustentando a fixação de penas pelas leis, não cabendo aos magistrados interpretá-las, mas somente aplicá-las tal como postas. Insurgiu-se contra a tortura como método de investigação criminal e pregou o princípio da responsabilidade pessoal, buscando evitar que as penas pudessem atingir os familiares do infrator, algo corriqueiro até então. A pena, segundo defendeu, além do caráter intimidativo, deveria sustentar-se na missão de regenerar o criminoso. (NUCCI, 2014, p. 61)

Na citada obra de Beccaria, podemos encontrar o que seriam os primeiros passos do direito penal mais humanista, pois o estudo traz questionamentos às penas repressivas e cruéis da época. Nela, vemos a defesa da recuperação do delinquente e da criação de leis claras. Dispõe-se que o método mais seguro de prevenir crimes é aperfeiçoar o sistema educacional, sendo que eles serão evitados na medida em que haja uma carga de conhecimento, estabelecendo, ainda, que somente a lei pode determinar os casos em que alguém será penalizado, devendo existir uma proporção entre os crimes e as penas. Como ensina o jurista italiano:

Não apenas é do interesse da humanidade que não se cometam crimes, mas que delitos de todos os tipos sejam menos frequentes, em função do mal que causam à sociedade. Portanto, tanto mais fortes devem ser os meios de prevenção utilizados, quanto maior for o estímulo para que o crime

seja cometido, na medida em que ele é contrário ao bem público. Assim, deve existir uma proporção entre crimes e penas. (BECCARIA, 2012, p. 22)

O autor prevê que somente a lei pode determinar a pena para as infrações e que as penas aplicadas aos nobres não devem ser diferentes das aplicadas aos membros de classes inferiores, buscando, pois, afastar qualquer forma de abuso dentro de uma sociedade. Sendo assim, a pena não deve ser um ato de violência de um ou de muitos contra um membro da sociedade. Ela deve ser pública, imediata e necessária, a menor possível para o caso, proporcional ao crime e determinada pelas leis (BECCARIA, 2012, p. 125).

Segundo o mesmo autor, há três consequências dos princípios da precedência. O primeiro estabelece que somente a lei pode determinar os casos nos quais um cidadão poderá ser penalizado, sendo que somente o legislador pode estabelecê-las.

A primeira consequência dos princípios da lei é que somente ela pode determinar a pena para crimes, e a autoridade para aplicar as leis penais só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade, unida por um pacto social. Nenhum magistrado (que é parte da sociedade) pode, com justiça, infligir a qualquer outro membro da mesma sociedade penas não estabelecidas por lei. Mas uma pena, além dos limites fixados pela lei, é a pena justa mais uma pena adicional; portanto, não pode um magistrado, sob qualquer pretexto de zelo ou de bem público, aumentar a pena estabelecida a um cidadão delinquente. (BECCARIA, 2012, p. 15)

Em seguida, estabelece que não cabe ao soberano julgar, ou seja, é necessário ter um terceiro (juiz) para analisar a veracidade dos fatos. Por fim, dispõe que a severidade nos castigos é inútil e injusta, sendo contrária aos benefícios almejados.

Ao tratar da interpretação das leis, Beccaria estabelece que para cada delito o magistrado deve utilizar-se do silogismo. A maior deve ser a lei geral; a menor, o comportamento permitido ou não pela legislação e, por fim, a conclusão, liberdade ou punição do cidadão. Para o autor, fazer uma consulta ao espírito da lei é algo perigoso, pois este é o resultado da boa ou má lógica do juiz. Para evitar que casos semelhantes sejam punidos de formas diferentes nos mesmos tribunais, é imprescindível manter o foco na letra da lei apenas.

Beccaria estabelece em sua obra que os delitos serão menos constantes se as leis forem facilmente compreendidas pelo cidadão. Quando nos deparamos com normas que possuem uma linguagem de difícil compreensão pelo povo, estas tendem a ser violadas com maior frequência, pois o indivíduo desconhece as consequências de suas ações.

Os crimes devem ser estimados pelo prejuízo que causam à sociedade. Uns a prejudicam, outros prejudicam quem a representa; alguns são ações contrárias do que é almejado pela lei. O autor dispõe que os crimes contra a vida e a liberdade da pessoa são os delitos de mais alto grau. O objetivo da pena é evitar que o delinquente cause um dano maior à sociedade e prevenir que outros crimes sejam cometidos.

A tortura, método usado em governos da época, tinha como objetivo fazer o acusado confessar o crime, explicar contradições, descobrir seus cúmplices ou descobrir outros crimes dos quais o indivíduo não estava sendo acusado. Se um cidadão é considerado culpado, ele deverá sofrer a pena imposta pela lei. Todavia, se for considerado inocente, a tortura terá sido inútil.

Uma muito estranha, mas real, consequência da tortura é que o inocente é posto em condições piores que a do culpado, uma vez que o primeiro, se confessa um crime que não cometeu, será condenado; ou, se suportar a tortura, será absolvido e terá sofrido uma punição que não merecia. Por outro lado, aquele que for realmente culpado tem o lado mais favorável da questão, pois se suportar a tortura com persistência e determinação será absolvido e sairá em vantagem, tendo trocado uma pena maior por outra menor. (BECCARIA, 2012, p. 54)

Os delitos são prevenidos na medida em que se tem a certeza de que uma pena será aplicada, e não por sua severidade. A pena é justa na medida em que possui apenas o grau de severidade considerado adequado para desestimular que outras pessoas venham a cometer os mesmos delitos. Segundo o autor, para que uma sanção produza efeito, é necessário que o mal da pena ultrapasse o bem promovido pelo crime. Toda brutalidade que exceda esse limite é considerada tirânica. Além dessas, podemos encontrar mais duas consequências das penas cruéis:

Há, ainda, duas outras consequências das penas cruéis, que contrariam o propósito de suas instituições, que é de prevenir os crimes. A primeira surge da impossibilidade de estabelecer uma proporção exata entre o crime e a pena, pois, embora a crueldade engenhosa tenha multiplicado a variedade de torturas, a estrutura humana só pode sofrer até certo grau, além do qual é impossível prosseguir, por pior que seja o crime. A segunda consequência é a impunidade. A natureza humana tem limites, tanto na maldade quanto na bondade, e um espetáculo excessivamente atroz não será mais do que um furor passageiro, e não será mais do que um sistema permanente, apoiado pelas leis. Assim, se as leis forem muito cruéis, devem ser modificadas ou a anarquia e a impunidade prevalecerão. (BECCARIA, 2012, p. 78)

O jurista italiano impulsionou o pensamento moderno, exercendo uma grande influência no direito penal brasileiro. Com a obra, muitos países começaram a lutar pelos direitos humanos na esfera penal. Beccaria estabeleceu diversos princípios que buscavam a garantia individual do cidadão, como, por exemplo, a legalidade, ampla defesa, o contraditório, pessoalidade e proporcionalidade da pena, publicidade, presunção de inocência, dentre outros.

O grande valor da obra de Beccaria é representado por uma mudança no sistema penal até então vigente. Seus efeitos podem ser observados nos dias atuais, sendo considerada de suma importância no que se refere à busca de caminhos racionais e humanitários para a aplicação da pena ao infrator, observando sempre os direitos constitucionais garantidos a ele. De acordo com os autores Martinelli e Bem, ao falar do clássico *Dos delitos e das penas*:

A obra está dividida em quarenta e sete capítulos, nos quais o jovem autor expôs suas ideias sobre a legitimidade de punir do Estado, a interpretação das leis, a proporcionalidade entre o crime e a sanção, a finalidade da pena, o julgamento justo, o fim das penas cruéis, a igualdade perante a aplicação da lei, o confisco de bens, entre outras. Beccaria rejeitava a excessiva severidade dos procedimentos criminais, que incluíam a tortura. Também proclamava por um julgamento justo, por um órgão diferente daquele que acusa, bem como por uma legislação penal justa e acessível a todos, com leis claras e anteriores à prática do delito. Enfim, percebe-se o teor humanista na pequena obra, na qual o acusado não é simples objeto de investigação e julgamento, e sim um sujeito de direitos e portador de dignidade, que deve ser sempre respeitada. Somente para demonstrar a importância de Beccaria, numa leitura atenta do art. 5º da Carta Máxima, prevendo os direitos fundamentais, encontramos diversos dispositivos de influência do pensador, como o direito à ampla defesa e ao contraditório. (MARTINELLI; BEM, 2016, p. 64)

O tratamento das penas e dos direitos constitucionais nos dias atuais será abordado no próximo tópico.

1.2. Princípios Constitucionais

O Estado utiliza diversos meios de controle social para disciplinar o comportamento dos indivíduos. As leis penais são uma forma de controle social que tem por finalidade a prevenção e a repressão de delitos. A CF determina, por meio dos princípios, modelos para a aplicação do direito penal, e estes devem conviver em harmonia sem que exista a superposição de um sobre outro. A extensão dos princípios penais deve ser vasta, pois

assim haverá uma maior consonância no sistema. O juiz, ao se deparar com uma dúvida, apoia-se nos princípios visando a que o direito seja aplicado de forma adequada ao caso concreto.

Os princípios são normas fundamentais de um sistema que estabelecem valores. Servem para criação de novas normas, interpretação das já existentes e, por definirem os valores fundamentais do Estado, servem para harmonizar o ordenamento jurídico.

1.2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Quando falamos em direito penal, temos como ponto inicial o princípio constitucional da dignidade humana, que serve como um limite do direito de punir e como fundamento constitucional da pena. É um valor guia de toda ordem jurídica, seja ela constitucional ou infraconstitucional.

A República Federativa do Brasil fixa como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III). Quando uma pessoa comete um crime, não lhe é retirada a dignidade. Não é admitido em um Estado Democrático de Direito, que possui como base a dignidade da pessoa humana, limitar a liberdade de uma pessoa sem que exista uma decisão fundamentada. Guilherme de Souza Nucci dispõe em sua obra:

A dignidade humana é uma das principais bases do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, CF), servindo de horizonte para todas as áreas do Direito. Caracteriza-se por duplo aspecto: objetivo e subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, centraliza-se na garantia do *mínimo existencial* ao ser humano, devendo-se atender às suas vitais necessidades, como reconhecido pelo art. 7.º, IV, da Constituição Federal, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Sob o prisma subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, presentes desde o nascimento, conduzindo à formação da personalidade e permitindo o desenvolvimento individual pleno e feliz. (NUCCI, 2014, p. 25)

Todavia, apesar do princípio da dignidade da pessoa humana ser de suma importância no sistema jurídico, nem sempre ele é aplicado de forma plena. Desde a fase policial até que se tenha uma decisão final, muitas vezes o princípio estudado não é observado, ocorrendo desigualdades na aplicação da legislação penal. A dignidade é um atributo essencial da pessoa humana e deve ser respeitada pelos semelhantes e pelo próprio Estado.

Além do princípio mencionado, há ainda uma correlação com outros princípios aplicáveis à pena.

1.2.2. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Nota-se que o objetivo visado pela referida norma é evitar que a sanção penal esteja em desacordo com o fixado pela legislação, impedindo que exista abuso ou, ainda, o exercício arbitrário de quem tem por prerrogativa a aplicação da pena ao infrator.

Podemos encontrar outros princípios que estão conectados ao da legalidade: taxatividade (é imprescindível que os tipos penais incriminadores estejam subordinados a uma lei que os limita), anterioridade (a figura típica não poderá ser criada após a prática do fato) e irretroatividade (não será possível aplicar as leis retroativamente) da lei penal.

1.2.3. Princípio da isonomia

No campo penal, o legislador deve criar tipos que valham para todas as pessoas. Diferenças podem existir no que se refere ao motivo pelo qual o ato foi praticado. Dessa forma, o crime de homicídio é considerado um delito para qualquer pessoa que decidir tirar a vida de outrem, exceto em caso de legítima defesa. Quando se fala no princípio da isonomia, deve-se observar que o legislador trata o ser humano de forma igual, ou seja, as normas possuem os mesmos destinatários. Entretanto, quando necessário, o aplicador do direito deverá tratar desigualmente os desiguais, amparado pelo princípio da isonomia.

1.2.4. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade serve como inspiração ao legislador no momento de elaboração das normas penais. Seria de extrema desproporcionalidade estipular penas elevadas para delitos de menor potencial ofensivo e prever penas mínimas para os que pretendem proteger os bens mais relevantes do nosso ordenamento jurídico.

1.2.5. Princípio da responsabilidade pessoal ou personalidade da pena

O art. 5º, inciso XLV, da CF, estabelece que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, evitando, assim, que a sanção atinja pessoas ligadas ao infrator. Pelo princípio da responsabilidade pessoal, temos consolidado que a pena é sempre pessoal, ou seja, ela não transcende a pessoa do infrator. A sanção só pode ser imposta ao autor do fato.

1.2.6. Princípio da culpabilidade

Deriva da responsabilidade pessoal o princípio da culpabilidade. Para que exista um crime, é necessário que se tenha o dolo ou a culpa. Essas características estão intimamente ligadas ao autor do fato criminoso.

1.2.7. Princípio da humanidade

A Carta Magna adotou, ainda, o princípio da humanidade, ou seja, o Estado busca o bem de todos. Os condenados não devem ser excluídos porque cometeram um crime, pois uma das funções da pena é a ressocialização do infrator.

A LEP, em seu art. 1º, determina que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O art. 5º, inciso XLVII, da CF, estabelece que não serão admitidas em nosso ordenamento jurídico penas de morte (salvo em caso de guerra declarada, nos moldes do art. 84, XIX); penas de caráter perpétuo; penas de trabalhos forçados; penas de banimento e, por fim, penas cruéis.

Há, no entanto, certas questões que acabam por mitigar o princípio da humanidade na atualidade, como, por exemplo, a condição do cárcere no Brasil. Temos como garantia constitucional que “ao preso é assegurado o respeito à integridade física e moral” (CF, art. 5º, XLIX). Porém, a ideia de um cárcere humanizado caminha lentamente em nosso país, tendo em vista que, para se tornar realidade, seria necessário um alto investimento estatal.

Em novembro de 2012, José Eduardo Cardozo, o então Ministro da Justiça, disse que “preferia morrer” a “ser preso” no Brasil. A BBC Brasil elencou cinco problemas crônicos das prisões brasileiras em artigo publicado no dia 09 de janeiro de 2017: superlotação, reincidência na prática de crimes, saúde precária, má administração e falta de apoio da sociedade na reintegração dos delinquentes.

O que ocorre é que “prendemos muito e prendemos mal”, conforme reportagem publicada na Revista Galileu no dia 03 de janeiro de 2017. O sistema prisional brasileiro

não cumpre com os direitos fundamentais que estão estabelecidos em nossa Constituição. Apesar de a Carta Magna prever o respeito à integridade física e moral dos detentos (CF, art. 5º, XLIX), é notório que isso não é uma realidade em nosso país.

A prisão não se mostra uma boa solução para a reabilitação do infrator, pois o cárcere acaba produzindo efeitos negativos na vida do indivíduo. A nossa realidade mostra que o infrator primário, ao entrar em contato com delinquentes de alta periculosidade, é contaminado pela cultura criminosa. Nesse sentido, a prisão, além de não diminuir a taxa de criminalidade, gera a reincidência. Aury Lopes Jr., ao se referir à expressão usada por Cezar Roberto Bitencourt, dispõe:

Ademais, na expressão de Bitencourt, a “falência da pena de prisão” é inegável. Não serve como elemento de prevenção, não reeduca e tampouco ressocializa. Como resposta ao crime, a prisão é um instrumento ineficiente e que serve apenas para estigmatizar e rotular o condenado, que, ao sair da cadeia, encontra-se em uma situação muito pior do que quando entrou. Dessarte, o direito penal deve ser mínimo e a pena de prisão reservada para os crimes realmente graves. (LOPES JR., 2017, p. 46)

Desse modo, com a finalidade de que haja uma recuperação do infrator, há uma privação de liberdade, visando a que este volte a conviver em sociedade de forma harmônica. Todavia, após cumprir a pena prevista, os infratores são obrigados a lidar com uma nova pena que é a estigmatização. Devolvemos para a sociedade um indivíduo rotulado de forma negativa. Essa pessoa, estigmatizada pela prisão, terá as mais diversas dificuldades em recomeçar sua vida de forma lícita, tendo ainda que lidar com a falta de apoio da sociedade.

Conforme aponta o sociólogo Sérgio Adorno, em entrevista à DW Brasil, há em parte da sociedade o desejo de vingança em face dos infratores. Nota-se que, no Brasil, grande parte das pessoas prefere vingança à aplicação de justiça. O sociólogo, coordenador do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (USP), expõe que, na América Latina, há uma cultura de que infratores devem “apodrecer na prisão”. Apesar de exaltar que as pessoas possuem um lado cordial e, em momento de crise se solidarizam com a dor do outro, no dia a dia, são pouco solidárias quando o assunto envolve o mundo do crime.

Embora o infrator possua diversas garantias constitucionais, o sistema penal deve ser usado como última medida para solucionar o conflito social. Como vimos, alguns direitos acabam sendo mitigados, e usar a via punitiva poderá gerar resultados mais danosos que

a própria violação do bem jurídico tutelado. Porém, ao instituir uma pena, além de observar os direitos constitucionais, o legislador deverá analisar os métodos específicos de individualização. O tema será mais bem abordado no próximo capítulo.

2. A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Antes de adentrarmos o assunto, faremos um breve resumo do conceito de crime, obviamente, sem a pretensão de esgotar o tema.

2.1. Crime

O direito penal pode ser traduzido como um conjunto de normas expressas em nosso ordenamento jurídico que retratam condutas consideradas graves e merecedoras de sanção. Visa a preservar a ordem social, usando como último recurso a coação de alguém. O poder de punição do Estado ocorre quando há um ataque a um bem tutelado. O direito penal tem como finalidade prevenir e reprimir condutas praticadas em face de direitos juridicamente relevantes.

Como vimos no capítulo anterior, o sistema penal deve ser traçado sob a ótica constitucional, observando sempre os direitos humanos, de modo que as penas sejam proporcionais à gravidade do crime praticado. A seguir, faremos uma breve análise do conceito de crime para abordarmos as fases da teoria da pena.

Frisa-se que o conceito de crime não é algo produzido pela natureza, sendo assim, é classificado como artificial. De acordo com Michel Foucault, “É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural” (FOUCAULT apud NUCCI, 2017, p. 114).

Podemos conceituar o crime sob três perspectivas: material, formal e analítica.

O conceito material está ligado à opinião da sociedade acerca do crime, ou seja, sobre o que deve ou não ser penalmente proibido. São os comportamentos que devem ser transformados em tipos penais incriminadores.

O conceito formal é a concepção do direito acerca do delito, sob advertência de aplicar determinada penalidade. Está relacionado com a conduta merecedora de sanção, tendo em vista que a mesma viola um bem jurídico protegido.

O conceito analítico é a visão científica do delito. Surge a partir da concepção formal e tem aspecto tripartido: o fato deve ser típico, ilícito/antijurídico e culpável.

Guilherme de Souza Nucci dispõe em sua obra:

Trata-se de uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade),

contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito. (NUCCI, 2017, p. 115)

A tipicidade é a adaptação do fato concreto ao tipo penal incriminador. É necessário que haja a ocorrência do dolo ou da culpa. Na ausência desses elementos, estaremos diante de um fato atípico. A antijuridicidade/ilicitude está relacionada com a contrariedade do fato com o ordenamento jurídico. Não podemos afirmar que, sempre que estivermos diante de uma conduta que cause algum dano a um bem jurídico, como consequência, estaremos diante de um crime. Para que determinado comportamento seja considerado ilícito, o legislador escolherá as condutas específicas para, depois, transformá-las em crime por meio da criação de um tipo penal. Não existindo excludentes de ilicitude, faz-se o juízo de antijuridicidade. Por fim, a culpabilidade é o juízo de reprovabilidade, que recai sobre a conduta e o infrator. É o juízo de censura que se volta em face do fato criminoso. Trata-se de um fundamento e de um limite na aplicação da lei penal.

Guilherme de Souza Nucci, citando Assis Toledo, diz o seguinte:

Se indagarmos aos inúmeros seguidores da corrente finalista o que é a culpabilidade e onde pode ela ser encontrada, receberemos esta resposta: 1.^a) culpabilidade é, sem dúvida, um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso; 2.^a) esse juízo só pode estar na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa. (NUCCI, 2014, p. 51)

2.2. Pena

Temos duas espécies de sanção penal: pena e medida de segurança, sendo que a segunda é aplicada aos inimputáveis. A pena é a punição aplicada pelo Estado, observando o devido processo legal, ao autor de uma infração penal. Ela é a consequência do fato típico, antijurídico e culpável. Conforme dispõe Inácio de Carvalho Neto:

Desde há muito o Estado avocou para si a prerrogativa de punir os cidadãos. E ele o faz prevendo, primeiramente, condutas consideradas criminosas. São as chamadas normas penais, que preveem, em abstrato, condutas tipificadas como crimes ou contravenções, estipulando penas para essas condutas. É o chamado *jus puniendi*, ou, como diz Frederico MARQUES, “o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável. (CARVALHO NETO, 2013, p. 33)

Nesse mesmo sentido, Cleber Masson ensina:

Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais de sua estrutura e, assim, é definida na lei como infração penal. Como reação contra o crime (ou contravenção penal) ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, a pena se vai disciplinando com o progresso das relações humanas, abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social. Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções. (MASSON, 2016, p. 275)

A sanção imposta terá como finalidade garantir que exista a retribuição proporcional ao delito praticado e a prevenção de novos crimes. A retribuição e a prevenção estão previstas de forma expressa em nossa legislação:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A pena necessária e suficiente implica no quesito da qualidade e quantidade da pena, bem como no modo como será a sua execução. Dessa forma, o juiz escolherá a pena cabível, graduando a quantidade e fixando o regime prisional.

Guilherme de Souza Nucci dispõe que há seis fundamentos para que subsista a pena:

Inicialmente, em visão abrangente, há seis fundamentos para a existência da pena: a) denúncia: fazer com que a sociedade desaprove a prática do crime; b) dissuasão: desaconselhar as pessoas de um modo geral e, particularmente, o próprio criminoso à prática delitiva; c) incapacitação:

proteger a sociedade do criminoso, retirando-o de circulação; d) reabilitação: reeducar o ofensor da lei penal; e) reparação: trazer alguma recompensa à vítima; f) retribuição: aplicar ao condenado uma pena proporcional ao delito cometido. (NUCCI, 2014, p. 57)

Por esse prisma, nota-se que a pena tem por objetivo reiterar os valores estabelecidos pelas regras que estão em vigência, tranquilizando, assim, a vítima para que esta não se rebele contra o infrator e engrandecendo a justa punição aos delitos praticados.

A nossa legislação penal prevê as penas privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa, das quais trataremos agora.

Enio Luiz Rossetto (2014) leciona, na sua obra *Teoria e Aplicação da Pena*, que a pena privativa de liberdade é a mais rigorosa, pois atinge o homem em sua totalidade, ou seja, ao privar a liberdade de alguém, sua honra, patrimônio, liberdade e posteriores oportunidades no seio social também serão atingidos. Vimos no capítulo anterior os diversos problemas do cárcere no Brasil. A pena privativa de liberdade, apesar de ser considerada a mais severa de nosso ordenamento jurídico, mostra-se incapaz de reeducar e intimidar o infrator. O gênero pena privativa de liberdade possui como espécie a reclusão e a detenção. O autor supracitado explica as diferenças entre as espécies de penas privativas de liberdade:

A primeira diferença entre ambas ocorre na fase de execução. A pena de reclusão pode ser cumprida nos três regimes: fechado, semiaberto e aberto, enquanto a pena de detenção é executada no regime semiaberto e aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, caput, CP). Os crimes mais graves são punidos com reclusão. A segunda diferença reside no local de execução da pena, uma vez que o apenado de reclusão cumprirá pena em regime fechado em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, a, CP), mas o apenado de detenção que cumpre pena em regime semiaberto ou aberto é recolhido em colônia, agrícola, industrial ou estabelecimento similar ou em regime aberto em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, b e c, CP). (ROSSETTO, 2014, p. 119)

No mesmo sentido, ensina Bitencourt:

A reforma penal de 1984 adotou penas privativas de liberdade, como gênero, e manteve a reclusão e a detenção como espécies, sucumbindo à divisão histórica do direito pátrio. A reclusão destina-se aos crimes mais graves, e somente esta pode iniciar em regime fechado. A detenção está reservada para os crimes de menor gravidade e jamais poderá iniciar seu cumprimento em regime fechado (art. 33, caput, do CP). (BITENCOURT, 2015, p. 226).

A pena restritiva de direitos, por sua vez, é considerada uma pena alternativa ou substitutiva, tendo em vista que a mesma retira ou diminui certos direitos do infrator. Ela visa a evitar o encarceramento em massa de pessoas que não oferecem riscos à sociedade. O magistrado, observando o art. 43 do CP, aplica, conforme necessário, a pena restritiva de direitos. Segundo o texto legal, as penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (Vedado); IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

Rossetto ensina que a pena restritiva de direitos não é sinônimo de impunidade e não se trata de um indevido benefício ao infrator. O referido autor elenca as vantagens e a desvantagem da pena em análise:

As vantagens das penas restritivas de direitos são manifestas: a diminuição do custo do sistema repressivo; permitem ao juiz adequar a reprimenda penal à gravidade objetiva do fato e às condições pessoais do condenado; evitam o encarceramento do condenado nas infrações penais de menor potencial ofensivo; afastam o condenado do convívio com outros delinquentes, logo, reduzem a reincidência; o condenado não deixa a família ou comunidade, não abandona suas responsabilidades ou perde seu emprego. A desvantagem, por assim dizer, é a ausência de poder intimidativo das penas e das medidas alternativas à pena de prisão. (ROSSETTO, 2014, p. 197)

Por fim, a pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Conforme define o art. 49 do CP, ela será no mínimo de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. Possui caráter retributivo justamente por importar em uma diminuição do patrimônio do réu, que terá que pagar determinado valor em dinheiro. A pena de multa pode ser aplicada isoladamente ou pode ser cumulada à pena privativa de liberdade.

A vantagem da pena de multa se dá pelo fato de o infrator não ser privado de sua liberdade e por não gerar para o Estado o dispêndio do encarceramento. A desvantagem é que, se quitada por outra pessoa que não o infrator, os fins da retribuição e da prevenção ficam comprometidos.

2.3. Aplicação e relevância da individualização legislativa da pena

Quando um indivíduo viola uma norma prevista em nossa legislação penal, nasce para o Estado o direito de aplicação da pena. O magistrado, objetivando a reprovação da

infração praticada e a precaução de novos delitos, estabelecerá a pena oportuna, dentro dos limites traçados na lei penal. Assim sendo, o juiz, servindo-se do seu livre convencimento, elegerá o *quantum* ideal, dentro do mínimo e máximo fixados para a pena. Ao magistrado é atribuído livre discricionariedade na fixação da pena, no entanto sua decisão deve ser devidamente fundamentada, conforme dispõe o art. 93, inciso IX, da CF.

Ao aplicar a sanção penal a um infrator, é necessário que haja a devida individualização. Individualizar constitui no ato de singularizar uma determinada situação, evitando, assim, a padronização das penas, pois cada caso possui a sua particularidade, e não podemos tratar as pessoas como se elas fossem iguais e possuíssem atitudes idênticas. A individualização da pena é um princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Carta Magna. Sua importância se dá por assegurar instrumentos hábeis e eficazes para que cada infrator receba a adequada punição pelo delito cometido, particularizando algo que até então era genérico, e impedir abusos por parte do aplicador do direito.

Temos três momentos para a individualização da pena: o legislativo, o judiciário e a execução penal. No primeiro momento, o juiz elege o mínimo e o máximo em abstrato previsto para o delito, assim como escolhe o regime cabível, analisando, ainda, a possibilidade de eventuais benefícios previstos ao réu. No segundo momento, serão aplicados, de forma sólida, os instrumentos para converter a pena abstrata em material. Por fim, deverá observar a exceção penal, ou seja, a pena fixada na sentença condenatória, com trânsito em julgado, é passível de modificações, conforme o progresso alcançado pelo sentenciado no decorrer do cumprimento da pena.

2.4. Métodos bifásico e trifásico

O critério acolhido pelo CP segue o método trifásico, ou seja, a pena será estabelecida em três fases distintas.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

É costumeiro vincularmos o critério trifásico a Nelson Hungria. Para ele, o juiz ao fixar a pena deverá observar três fases distintas. Em primeiro lugar, o magistrado deverá levar em conta as circunstâncias judiciais (CP, art. 59). Em seguida, serão apreciadas as circunstâncias legais, ou seja, as agravantes e atenuantes (CP, artigos 61 a 66). Por fim,

serão ponderadas as causas de aumento e diminuição da pena (encontradas na Parte Geral e na Parte Especial).

O critério bifásico é associado a Roberto Lyra. Para ele, as circunstâncias legais (CP, artigos 61 a 66) devem ser examinadas concomitantemente às circunstâncias judiciais (CP, art. 59) para se chegar à pena-base. Em seguida, o magistrado aplica as causas de aumento e de diminuição da pena. O critério bifásico tem como alicerce a semelhança das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo, portanto, motivo para afastá-las.

Carvalho Neto, ao tratar das etapas para a fixação da pena, dispõe sobre a discussão em torno das teorias sobre seu cálculo:

Conhecida é a discussão que se travou entre as teorias encabeçadas por Nelson HUNGRIA e Roberto LYRA, que divergiam sobre a forma de proceder ao cálculo da pena, afirmando o primeiro que a operação era trifásica, ao passo que este último afirmava ser a operação bifásica. Ou seja, para Roberto LYRA, numa primeira fase o Juiz fixava a pena-base, analisando tanto as circunstâncias judiciais como as legais, incidindo sobre ela, na segunda fase, as causas de aumento ou diminuição. (CARVALHO NETO, 2013, p. 44)

O critério oferecido por Nelson Hungria foi o adotado pelo nosso ordenamento jurídico. Nele, as partes conhecem de maneira pontual o raciocínio do juiz ao aplicar a pena, pois este é o mais detalhado.

Alguns ainda falam da existência de uma quarta fase, conforme Guilherme de Souza Nucci leciona em seu livro:

Há quem argumente haver, ainda, uma quarta fase: a da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa, com o que não se pode concordar, pois o art. 68, caput, do Código Penal trata, unicamente, da fixação do quantum relativo à pena privativa de liberdade ou da multa (penas previstas, em abstrato, no preceito secundário dos tipos penais incriminadores), e não dos benefícios legais que poderão advir, tal como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a concessão de sursis ou qualquer outro. Até mesmo a pena restritiva de direitos depende da fixação da pena privativa de liberdade, utilizando, para esta, o critério do art. 68. (NUCCI, 2014, p. 151)

A análise de cada uma das fases será feita no decorrer do capítulo.

2.5. Pena-base

O juiz, ao proferir a sentença condenatória, deverá fixar a pena-base de acordo com as circunstâncias judiciais encontradas no art. 59, caput, do CP. O referido dispositivo determina que o magistrado deve observar os seguintes critérios: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, assim como o comportamento da vítima.

Rossetto ensina que a pena-base é a quantidade de pena fixada na primeira fase da dosimetria penal. Como ponto de partida, sobre ela incidirão circunstâncias agravantes e atenuantes da segunda fase ou as causas de aumento e de diminuição da terceira fase.

Faremos uma análise dos critérios encontrados no art. 59 do CP.

2.5.1. Culpabilidade

Começaremos a tratar da culpabilidade citando Rossetto (2014), que, por sua vez, apoia-se em Bacigalupo:

A “culpabilidade como pressuposto de pena e a culpabilidade como fundamento da quantitativa da pena aplicável diferem em seu conteúdo de uma maneira muito clara. Enquanto na primeira tem a missão de constar os elementos que fundamentam a reprovabilidade do autor, na segunda tem que estabelecer os critérios de aferição da gravidade da reprovação”. É preciso reconhecer se, no caso concreto, a conduta se reveste ou não de intensa reprovabilidade criminal. (ROSSETTO, 2014, p. 121)

A culpabilidade é aplicável sobre o fato e sobre o agente. No exame da culpabilidade é necessário apreciar em qual medida o infrator merece repreensão. A culpabilidade prevista no art. 59 do CP está relacionada com as circunstâncias subjetivas, tendo em vista que se referem ao autor da infração penal.

Vale fazer certas observações sobre o assunto: em primeiro lugar, o dolo do agente não pode ser utilizado na culpabilidade para elevar a pena-base, tendo em vista que o dolo é um conceito jurídico inerente à própria norma penal incriminadora, não podendo ser objeto de valoração; em segundo lugar, a culpabilidade diferencia-se da periculosidade, pois esta é requisito para que se aplique a medida de segurança enquanto aquela é requisito para a aplicação de pena.

2.5.2. Antecedentes

Os antecedentes são os fatos anteriormente praticados pelo autor do fato, ou seja, é a sua vida pregressa. Serão analisados os antecedentes para apurar se o sentenciado já esteve envolvido com outros fatos criminosos, verificando, assim, se o mesmo é criminoso habitual. Para isso, será examinado se o agente já foi preso, processado ou condenado anteriormente.

Os antecedentes, sejam bons ou maus, devem ser devidamente comprovados nos autos. O magistrado não pode dizer de forma genérica que o agente é portador de maus antecedentes, ou seja, é necessário que haja a indicação de quais fatos mencionados no processo incidem na circunstância judicial desfavorável. Os fatos posteriores ao crime não podem ser considerados como antecedentes. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “(...) não há considerar-se como maus antecedentes, a ensejar agravamento da pena, ocorrências que inexistam à época dos fatos que geraram a condenação” (CARVALHO NETO, 2013, p. 55).

A doutrina e a jurisprudência discordam se os inquéritos e processos em andamento podem ou não ser considerados maus antecedentes. Isso porque, ao se admitir que se leve em conta as referidas ações penais, estar-se-ia agredindo o princípio da presunção de inocência. O art. 5º, inciso LVII, da CF, garante que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Rossetto cita Bitencourt em sua obra:

Na opinião de Cezar R. Bitencourt inquéritos e processos em andamento podem ser considerados maus antecedentes porque não encerram um novo juízo de censura, isto é, não implicam em condenação. Frisa ser injustificável que indivíduos com larguíssima folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais e processo em curso, não sejam considerados portadores de maus antecedentes, porque ainda não houve condenação definitiva. (ROSSETTO, 2014, p. 124)

Já a súmula 444 do STJ estabelece que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Doutrinadores como Carvalho Neto, entretanto, discordam da súmula, pois não se tem como objetivo considerar o agente culpado por fatos cujo processo não possui uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, mas analisar o envolvimento do réu em outros processos judiciais.

Nota-se que a reincidência não pode ser considerada como antecedente, pois constitui uma causa agravante. Sua aplicação na fixação da pena-base acarretaria no *bis*

in idem. O STJ já sumulou a questão: “A reincidência não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”.

Carvalho Neto doutrina que, caso a mesma circunstância seja comum a mais de uma fase, deverá ser aplicada uma vez e na última etapa:

Quando a mesma circunstância for comum a mais de uma fase da dosimetria, deverá ser utilizada uma só vez, e na última fase em que couber. Assim, em se tratando de réu reincidente, esta circunstância não poderá incidir a título de antecedentes, da primeira fase da dosimetria, mas tão somente como circunstância legal da segunda fase – art. 61, I, do CP. (CARVALHO NETO, 2013, p. 57)

2.5.3. Conduta social

A conduta social está relacionada com o papel do réu na comunidade, ou seja, é o papel do sentenciado, em sua vida pregressa, nas relações familiares, escolar, no seu ambiente de trabalho, dentre outros. A conduta social deve ser interpretada como o conjunto de comportamentos do réu em seu meio social.

Carvalho Neto cita Paulo José da Costa Júnior:

Por conduta social deverá entender-se o papel que o acusado teve, em sua vida pregressa, na comunidade em que se houver integrado. Se foi um homem voltado ao trabalho, probo, caridoso, ou se ao revés transcorreu os seus dias ociosamente, ou exercendo atividades parasitárias ou antissociais. Será igualmente considerado o comportamento do agente no seio da família, o modo pelo qual desempenhou-se como pai e como marido ou companheiro. Será igualmente considerada sua conduta no ambiente de trabalho, de lazer ou escolar. Se se mostrava o agente sociável, cordial, educado, prestativo, ou introvertido, ríspido, egocêntrico, egoísta, agressivo para com seus colegas de trabalho, ou de escola, ou para com seus companheiros de clube. (COSTA JÚNIOR apud CARVALHO NETO, 2013, p. 65-66)

2.5.4. Personalidade do agente

São as qualidades morais do réu, como, por exemplo, sua boa/má índole, calma/agressividade e temperamento. A personalidade é o modo pelo qual o réu age constantemente, sendo o conjunto de atributos inerentes a ele.

Guilherme de Souza Nucci traz outros exemplos relativos à personalidade do agente:

São exemplos de elementos da personalidade, que se pode [sic] buscar na análise do modo de ser do autor da infração penal: a) aspectos positivos: bondade, alegria, persistência, responsabilidade nos afazeres, franqueza, honestidade, coragem, calma, paciência, amabilidade, maturidade, sensibilidade, bom-humor, compreensão, simpatia; tolerância, especialmente à liberdade de ação, expressão e opinião alheias; b) aspectos negativos: agressividade, preguiça, frieza emocional, insensibilidade acentuada, emotividade desequilibrada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, distração, inquietude, esnobismo, ambição desenfreada, insinceridade, covardia, desonestidade, imaturidade, impaciência, individualismo exagerado, hostilidade no trato, soberba, inveja, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade. (NUCCI, 2014, p. 173)

A personalidade deve ser devidamente fundamentada, não cabendo aqui termos vagos.

2.5.5. *Motivos*

Todo crime tem um motivo. Este pode ser mais ou menos desprezível. Sendo assim, podemos dizer que os motivos são desencadeamentos de situações psíquicas que levam o sujeito a agir de forma criminosa. O magistrado deve procurar as causas de ser do comportamento do réu, bem como o que ele objetiva alcançar com o delito. Após essa análise, o juiz verificará a maior ou menor reprovação do réu.

Nucci cita Roberto Lyra para demonstrar as diferenças entre o motivo encontrado no art. 59 do CP e o dolo:

Na lição de ROBERTO LYRA, “o motivo, cuja forma dinâmica é o móvel, varia de indivíduo a indivíduo, de caso a caso, segundo o interesse ou o sentimento. Tanto o dolo como a culpa se ligam à figura do crime em abstrato, ao passo que o móvel muda incessantemente dentro de cada figura concreta de crime, sem afetar a existência legal da infração. Assim, o homicídio pode ser praticado por motivos opostos, como a perversidade e a piedade (eutanásia), porém a todo homicídio corresponde o mesmo dolo (a consciência e a vontade de produzir morte)”. (NUCCI, 2014, p. 184)

Nota-se que, quando o delito possui como característica um fim específico de agir, ou seja, nos casos em que o motivo é causa especial de aumento ou, ainda, um elemento que qualifica a pena, o magistrado não poderá usá-lo como circunstância desfavorável na primeira fase da dosimetria da pena, pois acarretaria no *bis in idem*.

2.5.6. *Circunstâncias do crime*

As circunstâncias do fato criminoso são os elementos secundários que influem em sua gravidade, apesar de não integrarem o crime. Quando a circunstância não for fixada como uma qualificadora ou causa de aumento do crime, o magistrado poderá, ao analisar o caso concreto, utilizá-la como uma circunstância judicial desfavorável. Carvalho Neto menciona Fragoso: “entende-se por circunstâncias os elementos acidentais do delito, ou seja, aqueles que não são elementos constitutivos do tipo, afetando apenas a gravidade do crime (*quantitas delicti*)” (FRAGOSO apud CARVALHO NETO, 2013, p. 76).

2.5.7. Consequências do crime

A consequência do crime está relacionada com o mal produzido pelo mesmo. Nota-se que os efeitos produzidos pelo delito, para justificar a elevação da pena-base, deverão ultrapassar o resultado previsto no próprio tipo penal. Rossetto leciona que são exemplos de consequências do crime a morte do chefe de família que deixa numerosa prole desamparada e os efeitos psicológicos que suporta a vítima de estupro.

2.5.8. Comportamento da vítima

São os casos em que o comportamento do ofendido, ainda que não fundamente a ação do réu, o estimula a cometer a infração. O comportamento da vítima torna mais ou menos reprovável o comportamento do réu.

A vitimologia é a ciência que estuda o comportamento do ofendido. Rossetto dispõe os que estudos revelam que muitas vezes o ofendido contribui na realização do delito, como verdadeiro fator criminógeno, sem, contudo, justificar o crime ou isentar o réu de pena. Segundo o autor, a vitimologia classifica as vítimas em inocente, menos culpada, tão culpada como o réu e totalmente culpada. O autor completa citando o criminalista Juarez Cirino dos Santos:

A “contribuição da vítima para o crime pode ser nenhuma, no caso de vítimas inocentes; pode ser parcial, no caso de vítimas ingênuas (em crimes sexuais), ou de vítimas descuidadas (em crimes patrimoniais); pode ser equivalente à contribuição do autor, no caso de provocação em crimes violentos; e pode, finalmente, ser total ou absoluta, no caso da situação de justificante de legítima defesa”. (SANTOS apud ROSSETTO, 2014, p. 132)

2.5.9. Fixação da pena-base

Após analisar as oito circunstâncias judiciais acima estudadas, o magistrado deverá reconhecer se o réu ostenta circunstâncias favoráveis ou desfavoráveis e atribuirá o peso merecido a cada uma delas. Vale observar que as circunstâncias terão um aumento fixo.

O juiz, atentando à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do ato criminoso, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá a pena-base conforme seja *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. (CP, art. 59).

Frisa-se que toda decisão deve ser devidamente fundamentada, ou seja, o juiz deverá embasar o que o levou a considerar determinada circunstância como desfavorável e, ainda, o critério usado para dosar a pena.

As circunstâncias encontradas no art. 59 do CP são criticadas justamente pela falta de regras que orientem o magistrado a dosar cada uma das circunstâncias encontradas. Majoritário é o entendimento entre a doutrina e a jurisprudência de que o magistrado deve partir do patamar mínimo previsto na lei e, a partir dele, arrolar as circunstâncias judiciais que considerar desfavoráveis ao infrator.

A discricionariedade judicial na dosimetria da pena é matéria subjetiva. O CP não colocou regras matemáticas para a fixação da pena-base. O juiz, ao analisar o caso concreto, fixa a pena.

2.5.10. Limites da pena-base

O julgador, ao fixar a pena-base, não poderá fazê-lo em patamar inferior ao do tipo penal, ou seja, não poderá, sob qualquer pretexto, estabelecê-la em limite menor do que o mínimo previsto no tipo. A mesma regra vale quando o juiz for aumentar a pena-base. Esta nunca poderá ultrapassar o máximo legal. Neste sentido, a precisa lição de Carvalho Neto ao tratar do respeito aos limites mínimo e máximo:

De imediato já se deve observar que a pena-base será fixada sempre dentro dos limites previstos no tipo penal. Assim, a pena-base sempre e sempre se situará entre o mínimo e o máximo abstratamente cominado, em hipótese alguma podendo ser inferior ao mínimo ou superior ao máximo. (CARVALHO NETO, 2013, p. 102)

2.6. Pena provisória

A segunda fase da dosimetria da pena consiste na consideração de atenuantes e agravantes. Nota-se que o CP não estabelece a quantidade a ser agravada ou atenuada. Assim, é necessário respeitar certa proporcionalidade em relação ao que foi fixado na pena-base. Carvalho Neto, ao tratar dos limites do tipo, cita Damásio E. de Jesus:

Em face da circunstância agravante ou atenuante, nem sempre a aplicação de seu efeito é obrigatória. Isso porque, tratando-se de circunstâncias legais genéricas, a pena não pode ser fixada aquém do mínimo ou além do máximo. Suponha-se que o juiz, atendendo ao art. 59, caput, fixe a pena no mínimo (pena-base). Na segunda operação, encontra uma atenuante. A pena não pode ser inferior ao mínimo legal. Suponha-se que o juiz aplique a pena-base no máximo. Se encontra uma circunstância qualificativa dos arts. 61 e 62, a pena não pode ultrapassar o máximo. (JESUS apud CARVALHO NETO, 2013, p. 130)

Nesse mesmo sentido, a súmula 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

2.6.1. Circunstâncias agravantes

Estão previstas no art. 61 do CP, constituindo um rol taxativo. Possuem natureza objetiva, quando dizem respeito ao modo e ao meio de realização do crime, bem como natureza subjetiva, quando dizem respeito ao réu. O art. 61 do CP determina as circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime. Quando uma determinada circunstância for elementar do tipo, a pena não poderá ser agravada, pois acarretaria no *bis in idem*, ou seja, uma mesma circunstância duplamente avaliada.

2.6.2. Espécies de agravantes

Reincidência	Verifica-se quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Não seria proporcional equiparar o réu primário ao reincidente.
Motivo fútil ou torpe	O motivo fútil é aquele desproporcional à gravidade do fato praticado. Já o motivo torpe

	é aquele repugnante, abjeto, vil e que fere o sentimento ético.
Para facilitar ou assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime	Observação: Há conexão entre os crimes.
Traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido	Estão relacionados aos recursos que prejudicam ou impossibilitam a defesa do ofendido.
Com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum	São os casos em que o delito é praticado por meio insidioso, cruel e que pode gerar perigo comum.
Contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge	A pena será agravada tendo em vista que o agente fere o dever de apoio recíproco entre parentes e familiares.
Com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica	A justificativa para a punição mais severa é a quebra da confiança. Trata-se de abuso de autoridade na esfera do direito privado.
Com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão	Nesse caso, o abuso é de função pública. O réu ultrapassa os limites do seu poder no momento de realizar o delito.
Contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida	A pena é agravada tendo em vista que as referidas pessoas possuem uma maior dificuldade em se defender da prática criminosa. Deve, entretanto, ter um nexo de causalidade entre a infração e a situação da vítima.
Quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade	Fundamenta-se no desrespeito com a autoridade, ou seja, ao praticar o crime o agente desafia a autoridade estatal.
Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido	Fundamenta-se na desconsideração com sentimentos fraternos e solidários. O agente aproveita-se de uma situação trágica para cometer o delito.
Em estado de embriaguez preordenada	São os casos em que o réu se embriaga para praticar o delito. Visa a combater casos em que o réu se coloque, de forma consciente, em estado de embriaguez com o objetivo de praticar um crime e valer-se da inimputabilidade.

--	--

2.6.3. *Agravantes no concurso de pessoas*

O art. 62 do CP estabelece que a pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; II - coage ou induz outrem à execução material do crime; III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal; IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa. Trata-se de uma agravante especial no caso de concurso de agentes.

2.6.4. *Circunstâncias atenuantes*

São circunstâncias que suavizam a culpabilidade e justificam uma menor reprovação. O rol do art. 65 do CP não é taxativo, tendo em vista que o artigo posterior prevê as atenuantes inominadas.

O art. 66 do CP estabelece que a pena poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. O artigo refere-se às atenuantes inominadas. Detaca-se que tal situação foi prevista apenas para as circunstâncias que atenuam a pena do réu. Sendo assim, podemos afirmar que as agravantes são apenas as previstas expressamente por lei.

Carvalho Neto (2013, p. 136) explica que há casos em que uma circunstância atenuante constitui em uma causa de diminuição de pena. Nesse caso, não poderá ser aplicada a atenuante, tendo em vista que acarretaria no *bis in idem*.

2.6.5. *Concurso de agravantes e atenuantes*

O art. 67 do CP dispõe que, no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. As agravantes e atenuantes estão previstas na Parte Geral do CP e podem ser usadas em qualquer delito. Anota Guilherme de Souza Nucci:

Por não fazerem parte do tipo, desnecessário incluí-las na peça acusatória, pois o acusado não se defende de sua eventual incidência. Elas podem ser aplicadas de ofício pelo magistrado na sentença condenatória; as partes as conhecem e delas podem fazer uso, conforme a coleta de provas nos autos, diretamente em suas alegações finais, pleiteando ao julgador a sua fixação. (NUCCI, 2014, p. 247)

2.6.6. Espécies de atenuantes

Ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença	Justifica-se na falta de maturidade do menor que está com o seu desenvolvimento psíquico em curso. Atenua-se, ainda, se o agente é maior de 70 anos, pois este pode fazê-lo devido a um abalo psíquico trazido pela idade avançada.
O desconhecimento da lei	É a possibilidade de a pena ser atenuada devido a menor extensão de culpabilidade do agente.
Ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral	O motivo relevante é aquele que se veste de uma importância expressiva. O valor social se refere ao valor coletivo, ao passo que o valor moral se refere ao caráter pessoal do autor. Não é necessário que exista uma potente carga emocional que leve o infrator a cometer o delito, por esse motivo se difere de outras atenuantes previstas em nossa legislação.
Ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano	Caracteriza-se pelo arrependimento do autor ao executar o delito. Deve, contudo, ser em seguida à prática de seu ato e eficaz ou diminuir os danos provocados pelo crime. Frisa-se a exigência do aspecto subjetivo e objetivo.
Ter o agente cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima	Atenua-se a pena quando caracterizar de coação física ou moral resistível, ou seja, o sujeito sofre uma pressão da qual podia negar. Outra hipótese de aplicar a atenuante são os casos em que agente comete uma conduta ilícita, sob coação de superior hierárquico. Por fim, é cabível a atenuante em estudo quando o réu comete o crime sob influência de violenta emoção (elemento subjetivo), provocada por ato injusto da vítima (elemento objetivo).
Ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime	Caracteriza-se pelo ato de assumir a autoria do delito. Para ter eficácia a presente atenuante, esta deve ser voluntária, ou seja, sem qualquer tipo de pressão ou coação. A confissão deve ser feita perante a autoridade (policial ou judiciária).

Ter o agente cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou	Para que caracterize essa atenuante, o agente não pode ter provocado o tumulto, bem como aos que, aproveitando a desorganização, guiam a multidão.
---	--

2.7. Pena definitiva

Na terceira fase da dosimetria da pena, o magistrado observará as causas de aumento e de diminuição da pena. Estas são encontradas na Parte Geral ou na Parte Especial do CP, assim como em leis penais extravagantes. A determinação do *quantum* é estabelecida pela própria causa que aumenta ou diminui a pena. O emprego da causa de aumento ou diminuição deve ser devidamente fundamentada.

O cálculo das causas de aumento ou diminuição é feito sobre o resultado obtido na pena provisória. O critério usado para diminuir a pena consiste em uma análise atenta ao *iter criminis*, ou seja, o percurso do crime.

Carvalho Neto usa uma decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG – Ap. Crim. 121.395/8 – Rel. Des. Mercêdo Moreira – j. 10.11.1998 – LBJ 229/17 (ago./1999), verb. 19.182) para tratar da causa de diminuição da pena relativa à tentativa:

A quantidade de diminuição que a pena deve sofrer em razão da tentativa é determinada por critério estritamente objetivo. Deve-se, para tanto, avaliar tão somente o maior ou menor avanço do agente relativamente à execução do crime. Nessa redução, não podem interferir circunstâncias previstas no art. 59 ou no art. 65 do CP, de vez que elas já foram levadas em consideração para os efeitos do cálculo da pena-base ou para a diminuição desta. Do contrário, a mesma circunstância estaria a pesar duas vezes para a redução da pena. (CARVALHO NETO, 2013, p. 145)

Rossetto, ao tratar das diferenças entre causa de aumento ou diminuição e as agravantes ou atenuantes, dispõe:

Há diferenças entre causa de aumento/diminuição e agravante/atenuante: (1) causa de aumento/diminuição radicam na Parte Geral e Especial, agravante/atenuante apenas na Parte Geral; (2) aplicada a causa de aumento/diminuição a pena pode ultrapassar o máximo em abstrato ou ficar abaixo do mínimo, aplicada a agravante/atenuante a pena não pode extrapolar os limites máximo e mínimo; (3) causa de aumento/diminuição é aplicada na última fase do cálculo de pena sobre a pena provisória; a agravante/atenuante é aplicada na segunda fase. (ROSSETTO, 20014, p. 164)

2.7.1. Concurso de causas de aumento ou diminuição

O parágrafo único do art. 68 do CP estabelece que, no caso de concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. O referido artigo trata apenas do concurso de causas encontradas na Parte Especial. Tratando-se de concurso previsto na Parte Geral, estas serão aplicáveis de forma cumulada.

Após observar as três fases acima analisadas, o juiz aplicará uma pena ao infrator. A decisão deve ser extremamente fundamentada pelo magistrado. O julgador deverá, ainda, fazer a individualização executória da pena que concretizará a sentença condenatória, devendo o sentenciado cumpri-la em local apropriado para que se reabilite. O tema será mais bem abordado no próximo capítulo.

3. A INDIVIDUALIZAÇÃO EXECUTÓRIA DA PENA

3.1. Surgimento da Lei de Execução Penal

Antes de abordarmos especificamente o tema do terceiro capítulo, faremos uma breve contextualização de como surgiu a LEP.

Vale destacar no presente estudo que o Código Penitenciário da República de 1933 representou o primeiro passo na busca de criar um código que tratasse da execução da pena. No entanto, por apresentar divergência com o CP de 1940, acabou sendo esquecido. Nota-se, todavia, que a necessidade de uma codificação a respeito da execução penal não é um tema atual e ganhou destaque justamente por inexistirem no CP, bem como no CPP, regras que serviriam para regulamentar a execução das penas.

Em 1951, o Deputado Carvalho Neto elaborou um projeto que resultou na aprovação da Lei nº 3.274/57, que regulamentou as normas gerais de regime penitenciário. Contudo, consoante leciona Julio Fabbrini Mirabete: “Tal diploma legal (...) carecia de eficácia por não prever sanções para o descumprimento dos princípios e das regras contidas na lei, o que a tornou letra morta no ordenamento jurídico do país” (MIRABETE, 2000, p. 21).

Roberto Lyra, em 1963, elaborou um anteprojeto de Código de Execução Penal o qual não vingou por desinteresse de seu próprio instituidor, ocasionado pelo movimento político de 1964. Em 1970, um novo anteprojeto foi elaborado, agora por Benjamin Moraes Filho. O novo anteprojeto de Código de Execução Penal seria submetido a um grupo revisor formado por José Frederico Marques, José Salgado Martins e José Carlos Moreira Alves. No mesmo ano, o anteprojeto foi endereçado ao Ministro da Justiça, entretanto não foi aproveitado.

Mirabete explica:

Enfim, em 1981, uma comissão instituída pelo Ministro da Justiça e composta pelos professores Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Laurua Tucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto apresentou o anteprojeto da nova Lei de Execução Penal. Foi ele publicado pela Portaria nº 429, de 22-7-1981, para receber sugestões e entregue, com estas, à comissão revisora constituída por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci, que contaram com a colaboração dos professores Everardo da Cunha Luna e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. O trabalho da comissão revisora foi apresentado em 1982 ao Ministro da Justiça. Em 29-6-1983, pela mensagem nº 242, o Presidente da República João Figueiredo encaminhou

o projeto ao Congresso Nacional. Sem qualquer alteração de vulto, foi aprovada a Lei de Execução Penal, que levou o nº 7.210, promulgada em 11-7-1984 e publicada no dia 13 seguinte, para entrar em vigor concomitantemente com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, o que ocorreu em 13-1-1985. (MIRABETE, 2000, p. 22)

Como vimos, não é de hoje que o tema vem sendo discutido em nosso país, diante da necessidade de uma lei que tratasse dos direitos e dos deveres do preso. Passaremos, então, a analisar alguns tópicos da Lei nº 7.210/1984, observando seu objetivo e as regras no que tange à individualização executória da pena.

3.2. Análise da Lei de Execução Penal

O objetivo da LEP está previsto de forma expressa no art. 1º: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Mirabete, ao tratar do objetivo da Execução Penal, dispõe:

Contém o art. 1º da Lei de Execução Penal duas ordens de finalidades. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir delitos. Ao determinar que a execução penal “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal”, o dispositivo registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões. A segunda é a de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social. (MIRABETE, 2000, p. 26)

Para os fins da execução, deverão ser igualmente respeitadas as garantias asseguradas nas primeiras fases da aplicação da pena, ou seja, a LEP assegura ao sentenciado, no cumprimento da pena, a extensão dos direitos constitucionais, bem como dos direitos previstos em leis e regulamentos ordinários. Estes são considerados direitos implícitos, pois, embora não estejam expressamente previstos na Lei 7.210/84, pela própria sistemática do nosso ordenamento jurídico, sabemos que são regras invioláveis.

Podemos citar como princípios norteadores da execução penal a legalidade, a igualdade, a jurisdicionalidade, a individualização da pena, além de outros dispositivos constitucionais relevantes na aplicação da LEP, tais como: o direito à vida, à integridade

física e moral, à liberdade de consciência e de convicção religiosa, ao ensino e à cultura, à assistência judiciária, dentre outros.

Nota-se que o princípio da legalidade é frequentemente mencionado na LEP. O art. 2º do referido diploma prevê: “a jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do CPP”. Vale destacar que as normas previstas no CPP serão aplicadas sempre que houver lacunas na Lei 7.210/84.

O art. 3º também anuncia o princípio da legalidade na execução penal: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Mirabete ensina que tal garantia está ligada com a humanização da execução penal:

A humanização da execução inicia-se pela regra da não-privação dos direitos do preso que não forem atingidos pela decisão judicial ou pela lei e deriva diretamente do sistema jurídico institucional de países civilizados. O condenado continua sendo uma pessoa, cujo status é de condenado, em uma situação reconhecida pelo direito objetivo da qual decorrem direitos e deveres. A relação que une o condenado com a Administração penitenciária é uma *relação jurídica* em que, aos direitos e deveres de uma das partes, contrapõem-se os correspondentes deveres e direitos de outra. O condenado conserva todos os direitos reconhecidos aos cidadãos pelas normas jurídicas vigentes, com exceção, naturalmente, daqueles cujas privação ou limitação constituem precisamente o conteúdo da pena imposta. (MIRABETE, 2000, p. 38)

O referido autor ainda dispõe:

Eliminados alguns direitos e deveres do preso nos limites exatos dos termos da condenação, deve executar-se a pena privativa de liberdade de locomoção, atingidos tão-somente aqueles aspectos inerentes a essa liberdade, permanecendo intactos outros tantos direitos. A inobservância desses direitos significaria a imposição de uma pena *suplementar* não prevista em lei. (MIRABETE, 2000, p. 39)

O princípio da igualdade está previsto no art. 3º, parágrafo único, da LEP. Nota-se que tal diploma constitui uma garantia de que na execução da pena “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa e política”, evitando, assim, que existam privilégios em relação a certas pessoas em detrimento de outras.

O princípio da jurisdicionalidade prevê que o procedimento de execução será dirigido e é de competência do juízo da execução, conforme dispõe o art. 194 da LEP: “o

procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o juízo da execução”.

No que tange ao princípio da individualização da pena, o art. 5º da LEP dispõe que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

A individualização é uma garantia constitucional, sendo aplicada na esfera legislativa, judicial e executória. A pena é individualizada, em regra, conforme a personalidade, antecedentes e de acordo com o crime praticado pelo infrator. Consoante ensina Mirabete:

É norma constitucional, no Direito brasileiro, que “a lei regulará a individualização da pena” (art. 5º, XLVI, 1ª parte, da CF). A individualização é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e disciplinam-se as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização *in abstracto*), no plano judicial, consagrada no emprego do prudente arbítrio e discricção do juiz, e no momento *executório*, processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional etc. (MIRABETE, 2000, p. 46)

Nunca haverá uma forma de execução padronizada, por esse motivo torna-se imprescindível a individualização no que se refere à execução da pena, pois esta dependerá do comportamento individual de cada sentenciado. Conforme ensina Guilherme de Souza Nucci:

A pena estabelecida, com trânsito em julgado, não é um título definitivo. Sujeita-se ao comportamento do sentenciado ao longo de seu desenvolvimento. Ingressando no sistema carcerário, submete-se o condenado ao exame de classificação, primeiro estágio para definir onde e como deverá cumprir sua pena. Após, constituindo o trabalho como obrigação, desenvolvendo-o, conforme suas aptidões, terá direito à remição (três dias trabalhados são compensados por um dia de pena). Com isso, sua pena diminui e ele poderá atingir, mais rapidamente, a liberdade. (NUCCI, 2014, p. 338)

A classificação à qual o condenado estará sujeito está expressamente prevista no art. 6º da LEP. O referido artigo dispõe que: “a classificação será feita por CTC que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”. O professor Rogério Sanches Cunha explica em sua obra:

Os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal (art. 5º da LEP). Essa classificação deve ser feita por uma Comissão Técnica de Classificação (CTC), incumbida de elaborar o programa individualizador adequado ao reeducando, levando-se em consideração seus antecedentes e personalidade. Para tanto, contará com a ajuda do Centro de Observação Criminológica, que realizará os exames necessários para que a CTC tenha subsídios suficientes para construir seu estudo de execução da pena com foco na reinserção social do apenado. (CUNHA, 2012, p. 16)

Cada estabelecimento possuirá uma CTC, sendo que o art. 7º trata da sua composição:

(...) a Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

O parágrafo único do artigo mencionado acima, estabelece que, nos demais casos, a Comissão atuará junto ao juízo da execução e será integrada por fiscais do serviço social. Assim, observa-se que a composição da CTC varia de acordo com o tipo de pena que será executada.

Conforme dispõe o art. 8º da Lei nº 7.210/84: “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”.

O parágrafo único do artigo supracitado traz a seguinte redação: “ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto”.

O exame criminológico, realizado, geralmente, para individualizar os crimes mais bárbaros, bem como aqueles em que o réu é taxado como mais perigoso, exerce papel importante na individualização executória. Seu objetivo é conferir o merecimento do sentenciado em progredir de regime ou que a ele seja concedido o livramento condicional. Assim, o juiz terá a possibilidade de avaliar a verdadeira evolução do réu, proporcionando a ele a adequada individualização.

Consoante explica Cunha:

Antes da Lei 10.792/03, o exame criminológico era considerado obrigatório na execução da pena no regime fechado, e facultativo na pena cumprida no

regime semiaberto, em especial quando se tratava de condenação por crime doloso praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. (CUNHA, 2012, p. 18)

Não obstante, atualmente, o exame criminológico é considerado facultativo, sendo que, quando o magistrado opta por realizá-lo, é necessário justificar sua necessidade avaliando as particularidades do caso em apreciação.

A Súmula Vinculante 26 foi editada visando a tratar do tema:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

No mesmo sentido, a Súmula 439 do STJ: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Os integrantes da CTC poderão conseguir os dados da personalidade do agente entrevistando pessoas, requisitando informações a respeito do condenado em repartições e estabelecimentos privados, bem como realizando diligências e exames que julgarem necessários (art. 9º da LEP).

A expansão das formas pelas quais os membros da CTC poderão atingir as informações necessárias ocorreu pelo fato de o sentenciado ser, em tese, um desconhecido dos peritos que realizarão o exame.

Além dos direitos implícitos que mencionamos, existem direitos explícitos na própria LEP. São exemplos: direito à assistência ao egresso (parágrafo único do art. 10 e art. 25 da LEP), assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (art. 11 da LEP), respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (art. 40 da LEP), dentre outros.

O capítulo III da LEP trata do trabalho do sentenciado. Preceitua o art. 28 da referida lei: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Apesar de consistir em um dever do réu exercer uma ocupação, a LEP estimula a prática do encargo, autorizando a remição da pena, conforme ensina Cleber Masson:

O trabalho do preso, além de remunerado, é obrigatório. Sua negativa injustificada caracteriza falta grave (art. 51, III, c/c o art. 39, V, ambos da

LEP), e impede a progressão de regime prisional e o livramento condicional. Revelase [sic] como uma das principais formas de ressocialização do condenado, retirando-lhe do ócio e motivando-o à reinserção social mediante atividade honesta. O fato de ser obrigatório, todavia, não equivale a dizer que o trabalho é forçado. Trabalho forçado, terminantemente proibido pelo art. 5º, XLVII, “c”, da CF é o não remunerado e obtido do preso com o uso de castigos físicos. (MASSON, 2016, p. 338)

A remição consiste no abatimento de parte da pena privativa de liberdade, seja por estudo ou trabalho. Frisa-se que, quanto mais o sentenciado estudar ou praticar uma atividade laborativa, maior será sua remição.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Conforme ensina Cunha:

O trabalho penitenciário é encarado na LEP como um dever social e condição de dignidade humana, tendo finalidade educativa e produtiva. É um misto de **dever** (art. 39, V) e **direito** (art. 41, II) do preso. **Dever**, pois sua recusa injustificada configura falta grave (art. 50, VI, da LEP), podendo gerar, inclusive, prejuízos na difícil conquista de alguns benefícios na execução. **Direito**, porque a labuta, além de essencial para sua ressocialização, garante ao preso remuneração (art. 29 da LEP), podendo descontar 1 dia de pena para cada 3 dias trabalhados (art. 126 da LEP). O presidiário, contudo, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. (CUNHA, 2012, p. 31)

A Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que: “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

No entanto, a redação dada pela Lei 12.433/2011 modificou o art. 127 da LEP. Anteriormente, o referido artigo previa que o condenado punido por falta grave perderia o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar. A perda era integral. Com a edição da Lei, o art. 127 passou a ter a seguinte redação: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”. Como

vimos, há um limite para que ocorra essa revogação, sendo que a decisão deve ser devidamente fundamentada pelo juiz para que não existam nulidades.

No que tange às tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, o art. 30 da LEP estabelece que estas não serão remuneradas, sendo assim, também não há um vínculo de emprego com o Estado nesse caso.

Conforme disciplinam os artigos 31 e 32 da Lei nº 7.210/84, o condenado à pena privativa de liberdade, de acordo com sua habilidade, condição pessoal e necessidades futuras, está obrigado ao trabalho. No que se refere ao preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento (art. 31, parágrafo único, da LEP). Como vimos, existe a faculdade de trabalho para aquele que está executando de forma provisória a pena. Porém, caso o réu escolha iniciar seu trabalho, esse período será aproveitado para postular uma posterior remição. O condenado se submete tanto às obrigações legais inerentes ao seu estado como às normas de execução penal (art. 38 da LEP).

Ainda segundo Cunha:

Essa nova etapa na vida do condenado está repleta de direitos e deveres mútuos (Estado e acusado), sendo importante lembrar que o *jus executionis* não é absoluto, incondicionado ou ilimitado. Encontra limites traçados na própria sentença condenatória (privar de liberdade o condenado pelo tempo nela expressamente determinado) e na Lei de Execução Penal (LEP), que cria para o prisioneiro alguns direitos (invioláveis, imprescritíveis e irrenunciáveis) não atingidos pelo internamento prisional (art. 3º da LEP). Busca-se, assim, evitar a hipertrofia da punição, que viola não só o princípio constitucional da proporcionalidade, mas transforma-se em poderoso fator de reincidência. (CUNHA, 2012, p. 40)

A Lei nº 7.210/84, nos artigos de 38 a 43, estabelece ao preso, seja ele definitivo ou provisório, deveres e direitos, objetivando uma coexistência harmônica entre as partes que se sujeitaram ao longo caminho percorrido pelo processo, da mesma forma que entre aqueles que habitam as prisões.

A competência do juiz de execuções começa a partir do trânsito em julgado da sentença que condenou o réu. O art. 65 da LEP estabelece que “a execução penal competirá ao juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença”.

O artigo seguinte da lei traz um rol de competências do juízo de execução, tais como aplicar aos casos julgados lei posterior que beneficie o condenado, declarar extinta a punibilidade, bem como decidir sobre a progressão ou regressão nos regimes; detração e

remição da pena; suspensão condicional da pena; livramento condicional, incidentes da execução; autorizar saídas temporárias, dentre outros.

A Súmula 611 do STF estabelece que “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”. Observa-se no primeiro inciso do art. 66 da LEP a importância do juízo de execução.

O próximo inciso ainda dispõe que, havendo alguma causa que leve à extinção da punibilidade, mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória, será de competência do juízo executório declarar extinta a punibilidade estatal.

Tanto a LEP quanto a Lei dos Crimes Hediondos dispõem sobre a transição de regime. Assim, o sentenciado que começar a executar a pena em regime fechado poderá reivindicar a passagem para o regime semiaberto, desde que tenha cumprido o percentual estabelecido pelas leis acima citadas.

Fixado o regime inicial pelo juiz que proferiu a sentença condenatória,

(...) a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (art. 112 da Lei de Execução Penal)

Já redação dada pelo art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90 estabelece que nos casos de crimes hediondos e equiparados “a progressão de regime dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

O art. 118 da Lei nº 7.210/84 estabelece que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave ou sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Entretanto, vale dizer que não há progressão em saltos:

Prevalece o entendimento de que não existe progressão em saltos (regime fechado para o aberto). A Exposição de Motivos da LEP, no item 120, afirma que se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Reconhece-se, porém, que, comprovada a culpa do Estado na demora na transferência do reeducando, a progressão por saltos é cabível, forma de sanção para uma Administração inerte e/ou ineficiente. (CUNHA, 2012, p. 120)

A remição, como já mencionamos, é a possibilidade do condenado de reduzir a pena, empenhando-se em atividades laborativas e/ou no estudo, de acordo com os artigos 126/128 da LEP.

A figura da detração está prevista no art. 42 do CP e nada mais é do que o desconto do período de prisão cautelar que o sentenciado já cumpriu, objetivando, assim, evitar o *bis in idem* no juízo de execução. O referido diploma dispõe: “computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”. Conforme dispõe Cleber Masson:

Detração penal é o **desconto** na pena privativa de liberdade ou na medida de segurança, do tempo de prisão provisória ou de internação já cumprido pelo condenado. Evita-se o *bis in idem* na execução da pena privativa de liberdade. Na expressão “prisão provisória” compreende-se toda e qualquer prisão cautelar e processual (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva), ou seja, não decorrente de pena, consistente na privação de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação. (MASSON, 2016, p. 349)

Nota-se que é admissível a aplicação da detração penal nas penas restritivas de direitos, tendo em vista que estas são cabíveis como forma de substituição das penas privativas de liberdade. Entretanto, não é aplicável a detração penal no que se refere à pena de multa, pois esta possui objetivos diversos e não poderá ser revertida em pena privativa de liberdade, não havendo um padrão definido por lei e que seja apto a retratar em dias-multa o tempo de prisão cautelar.

No que tange à suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade, Cleber Masson leciona:

Não tem cabimento a detração penal no período de prova do *sursis*, que em regra varia de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Assim, se a pena privativa de liberdade de 2 (dois) foi suspensa condicionalmente por outros 2 (dois) anos, a circunstância de ter o condenado permanecido preso provisoriamente por 1 (um) ano, por exemplo, em nada interferirá no período de prova, que subsistirá pelo tempo de 2 (dois) anos. (MASSON, 2016, p. 350)

O juiz competente para declarar a detração é aquele que proferiu a sentença. Porém, se este não tomar a referida providência, o juízo de execução poderá reconhecer o desconto a que o réu faz jus. Da mesma forma, observa-se que o juízo competente para fixar a suspensão condicional é aquele que proferiu a sentença condenatória. Não obstante,

o juiz executório poderá conceder o referido benefício quando o juiz competente não observar ou não se pronunciar sobre o assunto.

Cabe ao juízo da execução conceder o livramento condicional (art. 131 da LEP), analisando se os requisitos do art. 83 do CP estão presentes, assim como após ouvir o Ministério Público e o Conselho Penitenciário. Constitui um direito subjetivo do condenado quando presentes os requisitos legais.

Os incidentes de execução (artigos 180 a 193 da LEP) dispõem sobre os casos em que poderá ocorrer a conversão da pena, sendo necessário analisar os requisitos legais para tanto.

A saída temporária (artigos 122 a 125 da LEP) será concedida por ato devidamente motivado do juízo executório, após ouvir o membro do Ministério Público e depois da administração penitenciária atestar bom comportamento do sentenciado. Todavia, conforme a redação dada pelo art. 125 da LEP, “o benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender às condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso”.

Percebe-se que são várias as causas pelas quais os sentenciados possuem formas distintas de individualização na fase executória da pena. Ao tratar dos estabelecimentos penais, a LEP prezou, ainda, pelas características individuais dos presos. A referida lei estabelece que mulheres e as pessoas que possuem mais de 60 anos serão recolhidas em locais próprios e de acordo com a sua condição pessoal. A LEP estabelece, ainda, em seu art. 84, que o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

Pelo que foi dito, podemos perceber que a individualização executória não será idêntica para todos os sentenciados. Vale dizer que nem a execução será inalterável ao longo do seu estágio de cumprimento. No período executório, cada preso terá a chance e os recursos essenciais para alcançar sua ressocialização, sendo que cada um terá um projeto de execução apropriado, de acordo com suas condições pessoais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou demonstrar, após apresentar algumas fases históricas do sistema penalizador, que o jus puniendi pertence ao ramo do direito público. Sendo assim, a prerrogativa de punir cabe única e exclusivamente ao Estado.

Vale destacar que a criminalidade é um fato social que nunca deixará de existir e, por esse motivo, torna-se essencial a presença do Direito Penal, que assume um papel de extrema importância na aplicação da pena. As leis penais são uma forma de controle social que tem por finalidade a prevenção e a repressão de delitos. Todavia, a aplicação de uma sanção não deve ser vista como solução para os problemas sociais e criminais.

O magistrado deve zelar pela aplicação da pena justa ao réu, observando a individualização necessária e evitando, assim, que exista uma padronização. Para que essa difícil tarefa se concretize, faz-se necessário observar as fases referentes à aplicação da pena, observando sempre os princípios constitucionais que servem para harmonizar o nosso ordenamento jurídico.

O Estado deve estar atento à recuperação do infrator, a fim de que este não venha a cometer novos delitos, bem como desestimular aqueles que queiram agir de tal forma. A sanção aplicada deve ser, acima de tudo, apta a reeducar e ressocializar o infrator. A intervenção do poder punitivo do Estado deve respeitar a dignidade da pessoa humana e a humanidade da pena. Nota-se que tais prerrogativas são direitos fundamentais garantidos ao infrator e estão previstos em nossa CF.

Destaque-se, ainda, outro ponto de suma importância: o magistrado deve fundamentar suas decisões para não incorrer em nulidades, conforme prevê o art. 93, inciso IX, da Carta Magna. A aplicação de um preceito sancionador sem a devida fundamentação vai contra o Estado Democrático de Direito no qual vivemos e, como mencionado, gera nulidades por ferir nossa legislação constitucional.

O intento fundamental deste trabalho foi comprovar que a individualização da pena, além de ser uma norma constitucional, vale como forma de efetivação da justiça, pois tem como objetivo fixar a cada infrator a sanção justa de acordo com o caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

Fontes impressas:

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hunter Books, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Aplicação da pena*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Execução Penal para concursos*. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Teoria geral da parte especial do direito penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da Pena*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROSSETTO, Enio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*. São Paulo: Atlas, 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Introdução ao estudo do direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Endereços eletrônicos:

<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/05/29/o-carcere-e-seus-efeitos-devastadores-no-individuo/>

<http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/01/prendemos-muito-e-prendemos-mal-o-problema-das-prisoas-no-brasil.html>

<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789>

<http://www.dw.com/pt-br/no-brasil-muitos-preferem-vingan%C3%A7a-%C3%A0-aplica%C3%A7%C3%A3o-de-justi%C3%A7a/a-37064186>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm