

**O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A
INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Penal e Criminologia do Curso de Pós-Graduação do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC.

Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos Santos

CURITIBA

2007

Este trabalho é dedicado aos meus pais João Baldino Garcia e Francisca Luzia Muniz Garcia, os quais foram os responsáveis pela minha formação moral, religiosa e intelectual.

À minha esposa Tatiana Vieira Perly, alegria da minha vida, que com paciência e dedicação dispensou, à todo tempo, encorajamento e apoio indispensável ao alcance do meu objetivo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus orientadores, Professor Dr. Juarez Cirino dos Santos e Professor Adel El Tasse, pela contínua e sabia colaboração, sobretudo, pelo respeito e amizade, na condução deste trabalho.

“Juristas e criminólogos críticos também sabem que a única resposta para o problema da criminalidade é a *democracia real*, porque nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, de salário digno, de moradia, de saúde e, especialmente, de escolarização em massa da população, a única riqueza do Estado, como organização política do poder soberano do povo”.

Professor Dr. Juarez Cirino dos Santos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 DEFINIÇÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	10
2.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....	14
2.2 TEORIA RETRIBUTIVA DA PENA	15
2.3 TEORIA PREVENTIVA DA PENA.....	18
2.4 TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL DA PENA.....	19
2.5 TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL DA PENA.....	22
2.6 TEORIA UNIFICADORA DA PENA.....	25
3 INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA	30
3.1 REGIME CARCERÁRIO DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	38
3.2 . REGIME CARCERÁRIO DE EXECUÇÃO DA PENA NOS CRIMES HEDIONDOS.....	43
3.3 EXECUÇÃO DA PENA INDIVIDUAL	46
4 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A lei penal não é igual para todos, o status de criminoso aplica-se de modo desigual aos sujeitos, independentemente do dano social de suas ações e da gravidade das infrações à lei penal realizada por eles.

Alessandro Baratta

As origens mais remotas de um regime rigoroso para presos incomuns são apontadas ainda na Antigüidade, embora fossem empregadas denominações diversas. No Brasil, há referências ao instituto no período imperial de nossa história. Em fase mais recente, já vinham sendo discutidas propostas de implantação de medidas nesse sentido até que, em 15 de março de 2003, a sociedade foi surpreendida com o trágico homicídio que vitimou o então Juiz-Corregedor da Vara de Execuções Penais de Presidente Prudente, São Paulo, o Dr. Antônio José Machado Dias, vindo posteriormente a se descobrir ter sido esta mais uma obra de uma facção criminosa insatisfeita com a atuação honesta e exemplar do referido magistrado no trato de presos de reconhecida periculosidade.

A partir de então, foram incrementados os esforços no sentido do endurecimento das regras prisionais em face de indivíduos cujo comportamento no cárcere punha em risco a sociedade e as próprias autoridades estatais que atuavam na repressão criminal. De início tentou-se implementar instrumentos de custódia eficaz por meio de simples atos administrativos, o que foi alvo de merecidas críticas, sobretudo, ante a realidade de que, em nosso ordenamento jurídico, somente lei em sentido formal estrito constitui veículo constitucionalmente legítimo para dispor sobre tópico que, necessariamente, envolve justificadas restrições a direitos fundamentais.

As normas de execução penal e condições gerais de custódia de presos provisórios estão submetidas ao princípio da reserva legal, sendo matéria de

competência legislativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição da República.

O Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) foi disciplinado pela Lei nº 10.792/2003 e inserido na Lei nº 7.210/84 - Lei de Execuções Penais, estabelecendo que a

prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual; visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas e direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Também por força da referida lei, o RDD “poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade”, bem como “o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosas, quadrilha ou bando”. O que fere o princípio da legalidade e considerada inconstitucional.

Em síntese, pode-se definir o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) como sendo um conjunto de regras rígidas que orienta o cumprimento da pena privativa de liberdade quanto ao réu já condenado ou a custódia do preso provisório. Assim, de acordo com o caso concreto, o instituto pode assumir duas feições, quais sejam: o RDD “*punitivo*” do art. 52, *caput* e incisos, da Lei nº 7.210/84 e o RDD “*cautelar*” do art. 52, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.210/84.

O fundamento para a decretação do RDD pode consistir na: *prática de falta grave* (arts. 50, I a VI, da Lei nº 7.210/84) devidamente comprovada em procedimento próprio, com observância de ampla defesa, e na: *existência de fundado risco para a ordem e segurança do estabelecimento penal ou da sociedade* ou, ainda, na: *fundada suspeita de envolvimento ou participação do custodiado, a qualquer título, em*

organizações criminosas, quadrilha ou bando, sendo que essas duas últimas hipóteses encontram-se previstas nos parágrafos do art. 52 da Lei nº 7.210/84.

A inclusão no RDD será determinada por “prévio e fundamentado despacho do juiz competente”, a partir de “requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa”, sendo imprescindível a “manifestação do Ministério Público e da defesa”, devendo ser “prolatada no prazo máximo de quinze dias”. Portanto, cotejando o texto legal e o constitucional, concluímos com absoluta tranqüilidade ser tais dispositivos flagrantemente inconstitucionais, pois no Brasil não poderão ser instituídas penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”, CF/88), assegurando-se aos presos sem qualquer distinção, o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLI, CF/88) e garantindo-se, ainda, que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CF/88). Deve ser considerado inconstitucional manter um homem em uma cela solitária durante 360 ou 720 dias, ou até mesmo por um sexto da pena, pois nosso sistema carcerário é absolutamente degradante, e não permite a ressocialização do condenado, além do mais, submetido a essas condições¹.

O RDD afronta a Constituição da República, no seu art. 5º, XLVI, CF/88, que trata da individualização da pena, sua aplicação e sua execução. O art. 59 do Código Penal que estabelece as balizas para a aplicação da pena prevê expressamente que o Juiz sentenciante deve prescrever: “*o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade*”, o que indica que o regime de cumprimento da pena é parte integrante do conceito “*individualização da pena*”. Assim, não podemos admitir que alguém seja condenado a cumprir a sua pena em regime integralmente fechado, vedando-o absolutamente qualquer possibilidade de progressão, ferindo, inclusive, as finalidades da pena: “*prevenção*” e a “*repressão*”.

¹ Norberto Bobbio afirmava que os direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico; sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais. Por outro lado, continua o filósofo italiano: “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Ainda que o nosso sistema penal privilegie o encarceramento, acreditando, ainda, na função dissuasória da prisão, o certo é que a tendência mundial é no sentido de alternativizar este modelo clássico, pois a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes. A idéia disseminada a partir do século 19 segundo a qual a prisão seria a principal resposta penológica na prevenção e repressão ao crime perdeu espaço. Há necessidade de que encontremos uma solução intermediária que não privilegie o cárcere e nem espalhe a idéia da impunidade. Poderia se espelhar nas penas alternativas. É indubitável que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante, os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia mais presos, sem que tenha a mínima estrutura para recebê-los. Hoje, o homem que cumpre uma pena é estigmatizado, e quando deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do mesmo, do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não a reincidência e o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem e, em verdade, um ser destinado ao retorno à fome; ao crime e ao cárcere.

2 DEFINIÇÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Apesar do dissenso em torno da definição do bem jurídico-penal, em razão do conteúdo dinâmico que não pode ser estabelecido com precisa segurança², este pode ser conceituado como: “Conjunto de determinados valores éticos-sociais protegidos pelo direito, com a finalidade de assegurar a paz social, evitando que esses valores sejam expostos a lesões ou perigo”. Numa perspectiva objetivista, o bem jurídico pode ser definido como: “bem essencial da comunidade ou do indivíduo, que em razão da importância social deve receber proteção jurídica”³. Sob essa óptica, os bens jurídicos não seriam dimensões atomizadas, mas a própria ordem social, por conseguinte, a significação de um bem jurídico não deve ser apreciada isoladamente em relação a si próprio, mas em conexão com todo o ordenamento social. O bem jurídico pode se apresentar como um objeto psicofísico (vida) ou espiritual-ideal (honra), um estado real (tranquilidade do lar), uma relação vital (matrimônio), uma relação jurídica (propriedade) ou como a conduta de um terceiro (dever de fidelidade de servidor público, bem protegido - corrupção). O mérito desta perspectiva objetivista foi ter assinalado com clareza que seria necessário ir além do bem jurídico para dar-lhe um conteúdo e que a pena somente é possível no caso de inobservância efetiva, teorização que possibilitou a definição concreta de bem jurídico⁴. Inegável que, em todas as normas jurídico-penais, subsistem juízos de valor positivo sobre bens vitais indispensáveis à convivência humana em sociedade, por isso, devem ser protegidos

² Apoiando-se na Teoria de Habermas, segundo CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, que o conceito de bem jurídico é dinâmico e depende da percepção social para se concretizar como objeto e proteção, cf. Culpabilidade e reprovação. Sobre a questão também cf. PELARIN, Evandro. **Bem-jurídico penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemã: parte general**. 11. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica, 1997, cf.. PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal: política criminal e injusto, política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado**. Santiago de Chile: Conosur, 1994. Segundo esse autor um dos méritos principais de H. Welzel foi ter apresentado uma definição concreta de bem jurídico.

pelo poder coativo do Estado por meio da sanção pública⁵. Estes valores seriam, por exemplo, a vida humana, a integridade física e moral, a liberdade pessoal de ação e movimentos, a propriedade, o patrimônio, etc. A concepção funcionalista, que rejeita teorizações cuja aplicabilidade não são efetivas, e que se preocupa somente com os resultados práticos da atuação do sistema de justiça penal, a avaliação do delito deve ser realizada por meio da danosidade social do comportamento delitivo, sem qualquer intermediação de um bem jurídico. O Direito Penal consiste na tutela de bens jurídicos, no fortalecimento dos valores ético-sociais da ação ou estabelecimento da vigência e do reconhecimento da norma, e se utiliza do critério do bem jurídico, porque o Direito Penal somente poderá perseguir suas metas dentro dos limites traçados pela Constituição e pela idéia de Estado Democrático de Direito⁶.

O conceito de bem jurídico assume importância sistemática e, caracterizando-se como um conceito limite, a sua formulação é o ponto de partida para o legislador exprimir, não apenas o limite referencial daquilo que deve ser considerado como crime, mas diante da utilidade social ou individual de determinado bem, justificar o merecimento da sua proteção pelo ordenamento jurídico constitucional-penal⁷. A noção de bem jurídico depende de uma investigação histórica, que sustente um conteúdo mutável e historicamente variável, assim como a própria noção jurídica do que é considerado crime, pois, existiram legisladores que consideravam a negação uma violação ao exercício de um direito elementar de qualquer homem – a liberdade de ação do indivíduo protegido constitucionalmente. A Constituição da República seria um parâmetro legítimo para a estreita composição de conceitos do bem jurídico penal, importando na delimitação do poder punitivo do Estado. É fundamental estabelecer uma conexão de ordem axiológica entre a noção de um bem jurídico constitucionalmente individualizado e o objeto da tutela penal, porquanto, mais penetrante a influência da Constituição no sistema penal, e antes de tudo, na política criminal do ordenamento, e nesse sentido, na atualidade, tem sido maior o interesse dos

⁵JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho penal**: parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

⁶Id. *ibid.*

⁷NAVARRETE, Polaino. **Derecho penal**: parte general: fundamentos científicos do direito penal, aspectos formal e material em las básicas estructuras del sistema penal. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1996.

estudiosos, quanto à influência dos valores constitucionais sobre o conteúdo do Direito Penal e sua dogmática⁸. Os bens suscetíveis de proteção penal e os valores e direitos inseridos no contexto do Estado de Direito Democrático e Social, são critérios basilares a partir dos quais seria possível deduzir um quadro valorativo, especialmente aqueles fornecidos pelos princípios constitucionais (art. 5º, 1º, 2º, 3º, *caput*, CF/88), reconhecidos como fundamentos da ordem política e social. Mediante busca temática nas principais Constituições contemporâneas, percebe-se que valores como liberdade, justiça, igualdade e dignidade humana, e outros, correspondem idealmente aos valores que ninguém poderia questionar, porquanto, são universais, e radicam na viabilidade ética de seus postulados. Possível defender-se que os direitos e garantias individuais previstos na Constituição da República não estejam sujeitos à hierarquização de valores, mas, sim, à análise do real conteúdo de cada inciso, do artigo 5º da Constituição da República. No *caput* do artigo 5º, seriam indicados como bens jurídicos à vida, a liberdade, a segurança e, nos respectivos incisos, encontram-se as formas de garantias desses bens, afastadas, logicamente, todas aquelas que violentam a dignidade humana, como por exemplo, à tortura. Na delimitação dos bens que merecem proteção jurídica, os legisladores ordinário e constitucional estariam vinculados às diretrizes constitucionais, e aos valores e direitos fundamentais consagrados. Os bens jurídicos, representados na Constituição da República indicam um núcleo básico criminalizante, do qual não se poderia afastar o legislador constitucional e ordinário, especialmente no momento da criação das chamadas obrigações de criminalização ou prioridades criminais, exemplarmente previstas no artigo 5º, incisos XXXII, XLII, XLIII, 7º, X e 225, § 3º da CF/88. O inciso XLII, do artigo 5º, CF/88 tipifica o crime de racismo como delito inafiançável e imprescritível, definindo as Leis 7.716/89, 8.081/90 e o § 3º, do artigo 140 do CP e Lei 9.459/97, as infrações relativas ao preconceito ou discriminação contra raça, cor etnia. Na hipótese da tortura, a sua tipificação e a limitação das penas estão previstas nos incisos III e XLIII, artigo 5º, CF/88 – ninguém será submetido à tortura ou tratamento desumano ou degradante, bem como em diversas outras passagens do mencionado dispositivo, que

⁸ PALAZZO, C. Francesco. **Valores constitucionais e Direito penal**. Porto Alegre: SA Fabris, 1989.

podem ser invocadas para confirmar a necessidade de proteção constitucional-penal específica de bens jurídicos como: vida, integridade física, liberdade, abuso de autoridade, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, crimes hediondos e equiparados, código de defesa do consumidor, sistema nacional de defesa do consumidor, crimes ambientais, e outros. O inciso II, do artigo 5º da CF/88, - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, legitimaria a criminalização do delito de constrangimento ilegal ou outras formas de coação sem permissão legal, como os delitos de estupro, de atentado violento ao pudor, assédio sexual, possuindo estes tipos, elementar de constranger, mesmo que a finalidade do constrangimento seja a obtenção de favorecimento sexual não consentido pela vítima, os objetos tutelados derivam também da proteção da liberdade como bem jurídico-constitucional.

Sem estrita vinculação à teoria constitucional de caráter geral, de maior penetração na doutrina alemã atual, que considera a Constituição um marco de referência e informativo vinculante com princípios genéricos, e que o Estado de Direito é informado pelos princípios do pluralismo e tolerância, de acordo com a teoria constitucional de caráter estrito, que pretende delimitar concretamente o poder criminalizador, aproveitando-se das diretrizes da primeira vertente teórica, o princípio da individualização impõe ao legislador infraconstitucional o dever de criminalizar somente a violação de bens com reflexo em valores constitucionais, circunscrevendo-se esta concepção teórica à relevância do bem jurídico digno de proteção e a referência constitucional expressa desse bem ou valor. Além do reconhecimento constitucional de um bem, na concepção ampla do Estado Democrático de Direito, a tutela penal não deve vir desvinculada do pressuposto do bem jurídico, considerada legítima sob a óptica constitucional só quando socialmente necessária. Ainda que o bem jurídico não possa efetivamente cumprir todas as funções que lhe são atribuídas como garantia ou limite do direito de punir do Estado, critério individualizador da medição da pena com base na gravidade da lesão ao bem, elemento de classificação na formação dos grupos de tipos na Parte Especial do Código Penal (função sistemática) e critério diferenciador na teoria do erro jurídico-penal, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos

penais ainda é uma constante, apesar de não contar com uma ampla divulgação teórica e prática no ordenamento jurídico penal brasileiro. Nesse sentido a atividade legal individualizadora caracteriza-se pela tarefa indeclinável do legislador em reconhecer que a conduta humana somente poder ser considerada um injusto punível, quando lesiona um bem jurídico, devendo o legislador penal medir suas decisões com critérios justos e claros, ao mesmo tempo, utilizando sua justificação e crítica, para excluir do âmbito do Direito Penal tudo o que não diga respeito à proteção desses bens⁹. É preciso que o bem jurídico não bastem outros meios menos lesivos de tutela, isto é, intervenções administrativas ou a civil. Desse modo, o Direito Penal serviria subsidiariamente à proteção de bens jurídicos, justificando sua existência somente quando a convivência pacífica dos cidadãos possa ser garantida com o recurso último da pena para a conduta socialmente lesiva, ideal que deriva da própria finalidade do Estado, cujo poder está fundamentado na vontade popular manifestada nas urnas, consolidando o Direito Penal como *ultima ratio* de qualquer sistema. Apesar da falta de um consenso doutrinário de quantos e quais seriam os princípios fundamentais de Direito Penal, inegável que toda legislação positiva pressuponha certos Princípios Gerais de Direito. Ainda que reconhecidos ou assimilados pelo Direito Penal, por meio de normas expressas ou pelo conteúdo de normas a eles adequadas, esses princípios possuem um sentido programático e formam a plataforma mínima sobre a qual se elabora o Direito Penal num Estado Democrático de Direito.

2.1 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Do ponto de vista retributivo, a individualização pode conceituar-se como: retribuição do mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso. É comum definir-se a individualização como um mecanismo utilizado para tornar alguma coisa diferente de outra, com traços próprios e definidos, considerando e particularizando um a um, em separado, visando à aplicação da pena conforme o indivíduo que praticou o delito, com a passagem da pena abstrata

⁹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal**: Derecho penal y realidad. Barcelona: Bosch, 1984.

para sua concretização na sentença. A individualização caracteriza-se por ajustar a pena cominada, considerando dados objetivos e subjetivos da infração penal, não somente no momento da aplicação da pena no caso concreto, mas no momento da sua efetiva execução. Um outro conceito pode ser extraído da concepção de que a individualização da pena seria algo mais que a mera quantificação, indicando também qual é a quantidade de bens jurídicos de que o condenado pode ser privado¹⁰. Portanto, a individualização mostraria a medida dessa privação, o tratamento ressocializador que deve sofrer o condenado, e a razão concreta em se fazer do delinqüente um objeto dessa privação; portanto, a individualização abarcaria a quantificação, a seleção e a execução da pena. Entretanto, os conceitos assinalados parecem não esgotar a extensão e o objetivo pretendido pelo princípio constitucional da individualização, considerando o Estado Democrático de Direito como aquele onde o ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo à sociedade, assegurando direitos individuais, liberdades públicas, legalidade e igualdade formal, e sendo a individualização um direito fundamental do cidadão posicionado frente ao poder repressivo do Estado, pode esta ser analisada com uma amplitude positiva e negativa. A função negativa do princípio da individualização, considerando que este permite uma divisão de tarefas entre o legislador constitucional e ordinário (função positiva), com a vinculação deste às diretrizes traçadas pelo primeiro, permitiria um equilíbrio entre a intervenção forçada do Direito Penal e o ideal de garantia de liberdade do cidadão, evitando que o Estado ultrapassasse os limites necessários do “*jus puniendi*” (cominação e execução da pena) ou na proteção penal de bens ou valores que nada tem a ver com o primado constitucional.

2.2 TEORIA RETRIBUTIVA DA PENA

As teorias retributivas são absolutas, porque não se vinculam a nenhum fim, concebendo a pena como um fundamento em si mesmo, isto é, como castigo,

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editar, 1998.

compensação, reação ou retribuição ao delito, justificada por seu valor axiológico intrínseco, portanto, não é um meio, mas um dever ser metajurídico.

Na concepção de que o objetivo político do Estado assenta-se na teoria do contrato social, a atividade em matéria penal ficaria reduzida à obrigação de evitar a luta entre indivíduos agrupados pelo consenso social, onde o indivíduo que contraria esse pacto qualifica-se como traidor, porque deixou de cumprir o compromisso de conservar a organização social, produto da liberdade natural e originária, importando na sua desconsideração como parte da sociedade, um rebelde, cuja culpabilidade pode ser retribuída com a pena.

No esquema retribucionista, a imposição da pena tem a exclusiva tarefa de realizar justiça, devendo a culpabilidade do autor ser compensada com a imposição de um mal proporcional, a pena, como consequência jurídico-penal do delito, encontrando fundamento no livre arbítrio como capacidade do homem de decidir entre o justo e o injusto. O crime é negado e expiado pelo sofrimento da pena que compensa a culpa, voltando-se para o passado, pois seria justo devolver um mal com outro mal. A pena retributiva é comum a todos os ordenamentos primitivos, como vingança de sangue, na forma de preceito divino da tradição hebraica, e que apesar do perdão de tradição cristã, encontrou defesa, por exemplo, em São Paulo, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e no Papa Pio XII, com fundamento em três idéias de caráter religioso: vingança, expiação e o reequilíbrio entre pena e delito. Para a antiga ética cristã a teoria da pena fundamentada na retribuição do fato (pecado), e no castigo como expiação, se identifica melhor com as argumentações religiosas. Tradicionalmente, a doutrina costuma apontar F. Carrara, K. Binding e Hans Welzel como defensores da tese retributiva. Para Welzel, a pena é um mal imposto ao autor de um fato culpável, presidida pelo postulado da retribuição justa, porque cada um deve sofrer o que o seus atos valem. Em sentido semelhante, F. Carnelutti concebia que a pena é um castigo, contudo, compatível com o amor, pois, segundo a Bíblia o pai que não usa a vara não ama seu filho, e assim como o pai castiga o filho com amor e com o coração sangrando, o amor ao condenado também não exclui a severidade da pena, não existindo neste aspecto nenhuma antinomia quanto aos fins da pena.

No Brasil, a tese retributiva é aceita, por exemplo, por René Ariel Dotti¹¹, Nelson Hungria¹², Paulo José da Costa Júnior¹³, todavia, tanto este último autor como F. Carrara não acolheram incondicionalmente a retribuição como o fim único da pena. Paulo José da Costa Júnior aceita a teoria mista ou eclética da pena, pois, ainda que reconheça a retribuição como essência da pena, o ideal seria que esta também regenerasse e emendasse o condenado, enquanto, nas concepções defendidas por F. Carrara, pode-se encontrar o substrato da teoria preventivo-geral negativa. Destacaram-se como principais defensores dessa teoria G. F. Hegel e E. Kant¹⁴⁻¹⁵. Na fundamentação kantiana retribucionista, de ordem ética, segundo o qual a lei é um imperativo categórico, tem-se a pena destituída de qualquer função utilitária, aplicada somente pelo fato de a lei ter sido violada, visando a fazer justiça, pois, se esta é desconhecida, os homens não teriam razão de ser sobre a terra. Consoante E. Kant, se o homem não é uma coisa ou objeto que pode ser usado como um mero instrumento, devendo ser considerado em todas as suas ações como um fim em si mesmo, não seria eticamente permitido castigar o delinqüente por supostas razões de utilidade social. E. Kant considerava a pena de morte boa compensadora das culpas, exemplificando que, se uma sociedade civil viesse a se dissolver por consenso dos seus membros, o último assassino deveria ser executado antes da dissolução, para que cada um sofresse a pena de seu crime e o homicídio não recaísse sobre o povo que não aplicasse o castigo, considerados cúmplices dessa pura violação da justiça. A teorização de kantiana sobre a pena relaciona-se com o método de determinação da pena chamado de criticismo talional. Consoante a doutrina hegeliana de ordem jurídica, a retribuição encontra

¹¹DOTTI, René Ariel. **A reforma penal e penitenciária**. Curitiba: Lítero-técnica, 1980. Em última instância, a pena deve retribuir, juridicamente, a culpabilidade do agente, e todas as manifestações extremadas do neodefensismo não poderiam eliminar a exigência da retribuição, que é a alma de todas as penas e do Direito penal de todos os tempos.

¹²HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1955. Conceito de individualização da pena.

¹³COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁴ARÉCHIGA, M. V. **Las teorías de la pena: investigaciones jurídicas**. Guanajuato: Universidad Guanajuato, Facultad Direito, 1997. p. 79-180. A individualização da pena.

¹⁵FERRAJOLI, Luigi. **Crisi della legalità e diritto penale mínimo: Diritto Penale mínimo**. Roma: Donzelli editore, 2002. Impossível negar que a concepção retribucionista tenha sido teorizada apenas por Kant e Hegel, mas, antes deles, também por Campanella, Selden, Leibniz e Genovesi.

fundamento na necessidade de reparar-se o Direito, por meio de uma violência contrária que restabelecesse o ordenamento legal violado, onde a pena pode ser considerada a negação do Direito. A pena encontraria justificação na necessidade de estabelecer a vigência da vontade geral representada na ordem jurídica, e que foi negada pela vontade do delinqüente, devendo esta ser negada por meio do castigo penal, para que renasça a afirmação da vontade geral e se restabeleça o Direito, sendo que, conforme o grau de intensidade da negação ao direito, também será o quantum ou intensidade da negação representada pela pena. Esta formulação teórica relaciona-se com o método de aplicação da pena do denominado idealismo dialético, encontrando-se filosoficamente, ligada à idéia da existência de um sujeito que, somente atua quando o faz livremente e, estando a comunidade jurídica integrada por pessoas que atuam dessa forma a pena torna-se a consequência necessária da violação do Direito, que deve ser reparado, portanto, espécie de reafirmação talional do Direito¹⁶. Em síntese, para a teoria retributiva, a pena assume aspecto de castigo talionalmente vinculado com a magnitude do injusto e reprovação da culpabilidade do delinqüente, retribuindo a culpa do homem que atuou livremente, (inimputáveis), ao contrário das medidas aplicadas contra aqueles que não agiram livremente, (inimputáveis), que não podem ser reprovados.

2.3 TEORIA PREVENTIVA DA PENA

A doutrina costuma atribuir a L. A. Sêneca (nascido em Córdoba, Espanha, ano 4 a.C) a formulação mais antiga das teorias relativas, segundo o qual: nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas para que não volte a pecar. De acordo

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991. Do ponto de visto do idealismo dialético, aqueles que não são livres não realizam condutas e não merecem a pena, porque não lesionam o Direito, e não seriam parte da comunidade jurídica. Nesta categoria, não entram apenas os inimputáveis, mas aqueles que não compartilham os valores sociais da comunidade, podendo incluir-se, nesta categoria, desde os indígenas até o inimigo político, para ao quais seriam aplicáveis medidas que corresponderiam às situações perigosas em razão do direito de polícia do Estado. Outro método de determinação da pena é o ético aristotélico, pelo qual a sanção penal é retribuição da repreensão do ato, mas em relação à personalidade, pois, o autor inclinado para o delito iria formando sua personalidade de modo reprovável. A medida da pena seria a retribuição do aspecto reprovável da inclinação da personalidade do autor para o delito.

com as teorias preventivas da pena, diferentemente da teoria retributiva que visa basicamente, retribuir o fato criminoso e realizar a justiça, a pena serviria como um meio de prevenção da prática do delito, inibindo tanto quanto possível à prática de novos crimes, sentido preventivo que projeta seus efeitos para o futuro. Com A. V. Feuerbach, a concepção preventiva tomou duas direções distintas e determinadas, ou seja, a prevenção geral e a prevenção especial.

2.4 TEORIA DA PREVENÇÃO GERAL DA PENA

A teoria preventivo-geral pode ser investigada sob o aspecto negativo e positivo. Entre os defensores da teoria preventivo-geral negativa destacaram-se: A. Feurbach, A. Schopenhauer, Filangieri, Carmignani, F. M. Pagan G. Romagnosi, C. Beccaria¹⁷ e J. Bentham. J. Bentham afirmava que o castigo em que o réu padece é um painel onde qualquer homem pode ver o retrato do que lhe teria acontecido caso praticasse o mesmo delito. No entanto, em segundo plano, o referido autor mencionava a prevenção especial, para cumprir a exemplaridade da pena e reformar o homem, calculada de maneira a enfraquecer os motivos enganosos e reforçar os motivos tutelares, vez que para J. Bentham, a pena em si mesma não tem valia, e o perigo imediato vem do criminoso, este é o primeiro objeto, a que se deve acudir, restando o perigo de que qualquer outro, com os mesmos motivos e facilidades façam o mesmo.

A. Feurbach, considerado o fundador da moderna ciência penal alemã, e principal defensor dessa teoria, sustentou, com base na sua teoria da coação psicológica, a possibilidade de resolver o problema da criminalidade por meio da ameaça da cominação penal, advertindo os membros da sociedade sobre as ações injustas e as merecedoras de reação penal, deixando manifesto com a aplicação da

¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. Para Ferrajoli, na ilustração, a função utilitarista da pena se converteu na base comum de todo pensamento penal reformador, associando-se, expressamente, à doutrina de separação entre Direito e Moral. Os sofrimentos penais, como falavam Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Blackstone, Filangieri, Pagano, Hume, Benthan e Von Humboldt, seriam necessários para impedir males maiores, e não homenagens gratuitas à ética, à religião ou ao sentimento de vingança. A idéia preventivo-geral negativa teve origem na Escola Clássica, onde se registraram várias divergências com diferenciação das teorias relativas, entre os clássicos do primeiro período ou período filosófico, como Beccaria e o segundo período ou período jurídico como F. Carrara.

pena, a disposição de cumprir a ameaça penal prometida¹⁸. Nesse sentido, a pena é a ameaça da lei contra os cidadãos para que se abstenham de cometer crimes, uma coação psicológica que pretende evitar o fenômeno delitivo, pois diante da ameaça pena e, ponderando a racionalidade do indivíduo, pode este ser persuadido a pensar que não vale a pena praticar o crime porque poderá ser castigado. Esta concepção encontra-se centrada na idéia de intimidação coletiva por meio da cominação abstrata da pena, que produziria uma contra-motivação aos comportamentos ilegais. Este esquema encontra respaldo na intimidação por meio da gravidade da cominação penal abstrata, na condenação criminal e intensidade da persecução criminal, visando à aplicação da pena. Com base na prevenção geral negativa o legislador aumenta ou comina sanções severas, acreditando possível reduzir a criminalidade, e é com a mesma intenção, que o juiz imporá penas exemplares, desvinculadas da culpabilidade ou de qualquer garantia. Diante do alegado fracasso das teorias ecléticas da pena, surgiu a teoria preventivo-geral positiva que teve início na Escola Funcionalista com E. Durkheim¹⁹. Para este autor, a pena serviria de razão muito secundária para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores, e, mesmo diante deste duplo ponto de vista, sua eficácia revelar-se-ia duvidosa e medíocre, pois, se o fenômeno criminal ultrapassa a barreira da normalidade social, atingindo níveis patológicos, a pena teria a função de manter intacta a solidariedade, a coesão social e a vitalidade da consciência social, devendo proporcionalmente, e com vigor, ser reafirmada a solidariedade social contrariada, por meio de uma dor infligida (expição) ao agente, como arma de defesa social. Esta teoria centra-se, basicamente, na idéia de afirmação simbólica da validade das normas pela pena, ou realização da eficácia estabilizadora da norma por meio da sua aplicação, que favoreceria o processo de integração social, restabelecendo a confiança institucional quebrada pelo desvio, porquanto, se a violação das leis penais provoca abalo na consciência jurídica dos indivíduos, esta cessaria com a reafirmação da validade da norma infringida, por meio da aplicação e execução da pena. A prevenção geral positiva expressaria um ideal retributivo modificado, considerando

¹⁸ Citando A. Feurbach cf. ARÉCHIGA, M. V. *Las teorías...*; BUSTOS RAMÍREZ, J. B. *Introducción...*; ROXIN, C. *Problemas fundamentales...*

¹⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*. México: Siglo Veintiuno, 1992

que se fundamenta na afirmação da validade das normas, obtida por meio de uma justa punição ao delinqüente, conclusão que pode ser extraída do conceito formulado por H.H. Jescheck, segundo o qual, a pena serviria para: “neutralizar o efeito do delito como exemplo negativo para a comunidade, contribuindo para o fortalecimento da consciência jurídica da comunidade, à medida que se procura satisfazer o sentimento de justiça do mundo que está em torno do delinqüente”²⁰. A teoria da prevenção geral negativa subdivide-se em fundamentadora e limitadora; aquela, defendida por Hans Welzel e G. Jakobs. Para G. Jakobs, a pena visaria à reafirmação da vigência da norma, equiparando se a tal efeito vigência e o reconhecimento normativo, pois, caso se infrinja a norma, a pena fará com que a norma continue sendo modelo de orientação idôneo na coletividade, garantindo fidelidade aos mandamentos do Direito, no entanto, negando este autor, que com isso se queira proteger determinados valores da ação e bens jurídicos, aspecto esse, que não coincidiria com a posição defendida por Welzel²¹. Nesse sentido, enquanto o delito é negativo, por violar a norma, fraudando as suas expectativas, a pena é positiva, pois reafirmaria a vigência da norma ao negar sua violação. Para a teoria preventivo-geral positiva limitadora, a pena seria a reação estatal perante fatos puníveis, para proteger a consciência social da norma²². Segundo W. Hassemer, defensor dessa concepção teórica, a referida proteção consistiria na ajuda prestada ao delinqüente na medida do possível, bem como, na limitação desta ajuda, imposta por meio dos critérios da proporcionalidade e de consideração à vítima, espécie de prevenção geral que somente poderá ser alcançada se o Direito Penal conseguir a formalização do controle social. Portanto, a essência dessa teoria também repousa na confirmação da vigência da norma e dos valores nela contidos mediante a

²⁰ JESCHECK, H.-H. *Tratado de...*, op. cit.

²¹ Sobre a questão: cf, ARÉCHIGA, M. V. *Las teorías...*, op. cit. Neste ponto, a concepção preventivo-geral positiva fundamentadora da pena defendida por G. Jakobs, se diferencia da concepção sustentada por Hans Welzel. Segundo L. Ferrajoli, partindo do conceito de Direito formulado por N. Luhmann, para Jakobs, a missão da pena não é proteger bens jurídicos de lesões, mas a manutenção da norma como modelo de orientação para os contatos sociais, e o conteúdo da pena é uma réplica que tem à custa do infrator frente ao questionamento da norma. No plano sociológico a teoria sistêmica de Jakobs nada acrescentaria a teoria da desviação de E. Kurkheim, que concebeu a pena como fator de estabilização social, atuando sobre pessoas honestas, reafirmando seus sentimentos coletivos e solidariedade contra os desviantes, cf. *Direito e Razão*.

²² HASSEMER, Winfried. *Introducción a la criminología y ao derecho penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 1989. A prevenção consistiria na afirmação pública e no assecuramento das normas, como prevenção eficaz do crime e sua elaboração formalizada.

pena estatal, porém, o Direito Penal deve considerar-se somente mais um meio de controle social. Nesse sentido, a pena submete-se a determinados pressupostos e limitações, aos quais não se subordinam outras sanções, dependendo sua aplicação de procedimento cercado de garantias jurídico-constitucionais, e limitação próprias dos princípios da intervenção mínima (*ultima ratio*), da proporcionalidade, da ressocialização e da culpabilidade, visando impedir que o direito de punir no Estado Democrático de Direito ultrapasse os mencionados limites, tornando-se um poder arbitrário que impõe coativamente padrões éticos.

2.5 TEORIA DA PREVENÇÃO ESPECIAL DA PENA

Com a teoria preventivo-especial, pretende-se também evitar a prática de delitos, contudo, esta se direciona ao delinqüente em particular, objetivando que este não volte a praticar novos crimes, pois, o Estado de Direito, voltado à livre realização do ser, seria incompatível com o dever moral ou metafísico de punir ou com a expiação do delito como finalidade de reação penal. Nesse sentido, o fim da pena passa a ser utilitário, voltando-se também para o futuro do delinqüente, devendo a política criminal que informa o sistema penal buscar limite e fundamento nos princípios constitucionais, visando promover o bem estar dos cidadãos, fundamentando um Direito Penal garantista e mínimo. Na teoria penal dos séculos 17 e 18, a idéia de utilidade da pena foi reconhecida na etapa tardia do Estado de Polícia, por penalistas como K. Grolman, Stübel e Kleinschrod, mas o idealismo alemão acabou rompendo com as idéias de prevenção especial, renascidas com F. Von Liszt, penetrando novamente no século passado como reação à doutrina retribucionista, que foi incapaz de frear a criminalidade e contra os excessos da teoria da prevenção geral. Conquanto as doutrinas que pretendem justificar o fim preventivo-especial da pena remontem às origens do pensamento filosófico penal, tiveram forte desenvolvimento a partir da segunda metade do século 19, defendidas na França por M. Ancel – Movimento da Defesa Social, na Itália pela Escola Positivista, na Espanha pela Escola Correccionalista

de inspiração Krausista²³⁻²⁴. Na Alemanha, a reforma do Direito Penal foi influenciada, na sua última fase, pelo Projeto Alternativo do Código Penal de 1966 (*Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*), que se filiando às idéias de V. Liszt (Escola Sociológica), destacava a prevenção especial em prejuízo da retribuição em função da culpa e da prevenção geral²⁵. Apesar de o citado projeto remontar a V. Liszt (1851-1919), apenas cinquenta anos após a sua morte, seu Programa de Marburgo alcançou a meta optada, destacando-se como momento crucial aquele onde Eberhard Schmidt, a quem Von Liszt havia transmitido sua obra, declarou-se partidário da prevenção especial do referido Projeto Alternativo²⁶. No geral, o Projeto Alternativo do Código Penal alemão de 1966 seguiu a doutrina de V. Liszt, surgindo comentários de alguns penalistas sobre um retorno de Von Liszt, ou segunda olhada, na prevenção especial, visto que a influência mais poderosa a favor da mencionada tese se deve a este autor, cujo ecletismo, ao respeitar a pena e não banir a noção de culpabilidade, pôde exercer impacto decisivo sobre as teorias penais e as reformas político criminais. O programa de Von Liszt representou uma revolução, porquanto, trouxe a marcante idéia de fim no Direito Penal, a eliminação da retribuição e a priorização da prevenção especial sobre a prevenção geral, destacando que se deveria mensurar a pena de acordo com critérios preventivo-especiais, visando alcançar a ressocialização e a reeducação do delinqüente (corrigir o corrigível), associado à referida finalidade à necessidade de individualização da pena de acordo com o delito praticado²⁷. A proposta de Von Liszt,

²³ FERRAJOLI, Luisi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. As escolas inspiradas na prevenção especial são: 1) Correcionalismo; 2) Escola Positivista Italiana; 3) Escola Sociológica Alemã; 4) Movimento da Defesa Social.

²⁴ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Derecho penal: introducción**. 2. ed. Madrid: Publicaciones de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000

²⁵ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Universidade Direito e Ciência Jurídica Veja, 1998.

²⁶ Id. Ibid. Embora reconheça a influência marcante no PA, seria necessário o reexame das intenções político-criminais de V. Liszt e, partindo dos seus fundamentos, compará-los com o atual estágio da discussão, pois, somente por meio da análise daquilo que está vivo e morto no programa de Liszt, seria possível demonstrar as contribuições que este pode dar na atualidade.

²⁷ Cf. ROXIN, Claus, **Problemas fundamentais....**; Para Ferrajoli, esta orientação correcionalista remonta a K. Grolman (final do séc. 18), que concebeu a pena como intimidação, devendo adequar-se, judicialmente, à personalidade concreta do réu. Não associou fins corretivos à idéia de individualização da pena, o que foi desenvolvido por Liszt ao elaborar um modelo de Direito Penal como instrumento flexível e multifuncional de ressocialização, neutralização ou intimidação, conforme tipos adaptáveis, inadaptáveis, ocasionais de

também se destinava à intimidação daqueles que não necessitavam de ressocialização (intimidando quem é intimidável), bem como a neutralização dos incorrigíveis, tornando inofensivos por meio da pena privativa (pena-defesa), aqueles que não eram corrigíveis ou intimidáveis e inocuidade do delinqüente. Os defensores dessa teoria preferem falar em medidas, não em penas, pois, partindo do conceito geral de igualdade, a pena interfere na liberdade e capacidade de raciocínio do indivíduo, enquanto a medida supõe que o delinqüente seja um sujeito perigoso ou diferente de um sujeito normal, devendo ser tratado de acordo com a sua periculosidade. A teoria preventivo-especial permite seguir dois caminhos, a prevenção especial positiva, representada pelo intento ressocializador, a reeducação e a correção do delinqüente, visando com a aplicação da pena, a readaptar o sujeito à vida social, e a prevenção especial negativa que pretende com a aplicação da pena, a intimidação do delinqüente, sua inocuidade, para que este não volte a cometer novos crimes.

A prevenção especial negativa surgiu na Escola Positiva italiana no séc. 19, com R. Garófalo, que radicalizou sua postura em relação ao delinqüente, defendendo a sua eliminação. Segundo R. Garófalo, os aspectos da prevenção geral negativa, especialmente sustentadas por A. Feuerbach e G. Romagnosi, seriam desmentidas pela experiência porque os seus efeitos não poderiam ser calculados, considerando que contra os assassinos a única ameaça contundente seria a pena de morte, e contra delinqüentes habituais não haveria ameaça capaz de constrangê-los a abandonar suas carreiras criminosas, para os quais deveriam ser adotados meios de eliminação. Outros dois autores defenderam parcialmente esta concepção preventiva. C. Lombroso, que em defesa do aumento da segurança social, reclamava a prisão perpétua para criminosos natos e loucos, embora aceitasse métodos preventivos comuns para criminosos ocasionais. E. Ferri, que considerando o ser humano como um ser condicionado e determinado, não dotado de livre-arbítrio para orientar seu comportamento (idéia oposta à concepção central da Escola Clássica Italiana), defendia a prisão perpétua para criminosos irrecuperáveis, no entanto, a pena deveria

ajustar-se ao delinqüente, visando quando possível, a recuperá-lo para a sociedade (ressocialização), característica central da tese preventivo-especial positiva. E. Ferri e C. Lombroso defendiam concepções ecléticas da pena, pois aceitavam a prevenção especial positiva e a negativa.

Na atualidade, por exemplo, a prevenção especial negativa é sustentada nos Estados Unidos da América, nas formas complementares e alternativas de: 1) neutralização do delinqüente (*incapacitation*), transformando-o, temporariamente ou em definitivo, num ser incapaz de cometer outros delitos, por meio da sua destruição física ou psíquica, da prisão de segurança máxima, de intervenções cirúrgicas ou utilização de instrumentos de controle eletrônico em liberdade; 2) aplicando intimidação específica ao infrator (*specife deterrence*), produzindo por meio de tratamento severo uma contra-motivação para praticar outras infrações.

2.6 TEORIA UNIFICADORA DA PENA

A teoria unificadora da pena (*Vereinigungstheorien*) foi desenvolvida por Adolf Merkel, sendo a doutrina predominante na atualidade²⁸. Esta concepção recolhe os aspectos principais das teorias absolutas e relativas, agrupando como fins da pena a retribuição, a prevenção geral e a especial²⁹.

Dentre as soluções mistas, as mais simples são aquelas que, a partir de Von Liszt, trataram de combinar critérios retributivos com preventivos especiais em determinados casos, ou combinar a retribuição com a prevenção geral, que foi a intenção de A. Merkel, e uma terceira opção ocupar-se-ia de concentrar o fim da pena

²⁸ARÉCHIGA, M. V. **Las teorías ...**, op. cit.

²⁹BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases críticas...**, op. cit. Segundo esse autor um dos méritos principais de H. Welzel foi ter apresentado uma definição concreta de bem jurídico.

nos critérios de prevenção geral (predominante) e especial³⁰⁻³¹, combinações que deram origem ao sentido eclético ou misto da pena³².

A teoria mista permitira orientar, sucessivamente, os fins da pena estatal para a proteção da sociedade, fidelidade ao Direito, retribuição da pena como um mal moral em resposta à violação do preceito normativo, proteção de bens jurídicos, intimidação dos potenciais infratores, bem como a ressocialização do delinqüente. Esta concepção aceita a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção penal e da sanção jurídico-penal, onde a punição não deve ultrapassar a responsabilidade pelo fato criminoso, devendo-se também alcançar os fins preventivos especiais e gerais.

Em face da importância do tema, visando obrigatoriamente introduzir a concepção dos fins da pena na atividade judicial de individualização da pena ou na fixação desta no caso concreto, a teoria unificadora dialética foi desenvolvida por Claus Roxin. Segundo este autor, nenhuma das teorias monistas (retributivas e preventivas) sobre os fins da pena escapam às críticas ou alcançaram resultados satisfatórios, sendo que o § 46, do Código Penal alemão (STGB), que autoriza o juiz a determinar a pena com base na culpabilidade e prevenção, não resolveria a antinomia dos fins de pena estatal³³. Esta teoria visaria a evitar exageros unilaterais e dirigir os diversos fins da pena por caminhos socialmente construtivos, permitindo o equilíbrio de todos os princípios, por meio de restrições recíprocas e uma dialética (oposição que se resolve em unidades) composição harmônica, daquilo que existe de aceitável em cada uma das teorias unilaterais³⁴.

³⁰ LOMBROSO, César. **O homem delinqüente**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

³¹ FERRI, Enrico, **Os criminosos na arte e na literatura**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

³² Nesse sentido, cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción al Derecho penal**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994. Segundo este autor, seria inaceitável combinar retribuição com ressocialização, porquanto, isto importaria agrupar sentidos completamente diferentes do Direito Penal e do próprio conteúdo da teoria do delito.

³³ Cf. ARÉCHIGA, M. V. **Las teorías ...**, op. cit., BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Introducción...**, op. cit., PABLO MOLINA, A. G. **Derecho penal...** op. cit., ALBERGARIA, Jason, **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

³⁴ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais...**, op. cit.

Levando em consideração o argumento de que o Direito Penal enfrenta o indivíduo ameaçando, impondo e executando penas, cada uma destas etapas necessita de justificação em separado, porque os diferentes estágios de realização do Direito Penal estruturam-se uns sobre os outros, devendo cada etapa, acolher os princípios da fase precedente, que em conjunto, esgotariam o sentido e a missão do Direito Penal³⁵.

Na primeira etapa da realização do Direito Penal, ou seja, na cominação legislativa, a finalidade da pena seria a prevenção geral, justificada com base na dupla restrição contida no princípio da proteção subsidiária de prestações estatais e de bens jurídicos, considerando que somente podem ser castigadas as condutas lesivas aos bens jurídicos. Segundo Claus Roxin, não é correto reduzir o conceito de prevenção geral a mera ameaça ou intimidação, pois, no interesse da prevenção geral, seria necessário informações sobre o âmbito do proibido e sobre quem não necessita de intimidação; daí porque as cominações penais sempre encontrariam justificação na necessária proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos e prestações³⁶.

No segundo estágio da reação penal, isto é, a graduação ou aplicação da pena, eliminando a retribuição, seria indicado introduzir a concepção preventivo-geral, porquanto as cominações penais abstratas ficariam reduzidas a nada, se não houvesse realidade por de trás delas, portanto, sendo necessário a intimidação dos cidadãos por meio da lei, já que sem a aplicação desta, a ameaça apresentar-se-ia ineficaz³⁷. Neste aspecto Claus Roxin parece concordar com a concepção hegeliana de que a pena negando o crime, restabeleceria o direito, exemplificando os delitos usuais como aqueles que necessitariam deste tipo reafirmação, para que a prevenção geral atenda à proteção do ordenamento social como um todo e conserve a sua validade. Nesta etapa, a aplicação da pena também visaria à proteção subsidiária e preventiva, geral e individual, de bens jurídicos e prestações estatais, sendo que na maioria dos casos,

³⁵ALBERGARIA, Jason. **Das penas...**, op. cit. Trata da antinomia dos fins da pena como disfuncionalidade do Direito Penal, com base na teoria dos sistemas de N. Luhmann, para o qual o Direito Penal é composto por diversos sistemas parciais, isto é, estágios ou fases de um processo.

³⁶ROXIN, Claus, **Problemas fundamentais...**, op. cit..

³⁷Citando A. Feuerbach, cf ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais...**, op. cit. Defendendo também a idéia da eliminação da retribuição: SHECAIRA, Sérgio Salomão. A lei e o outro. **Boletim IBCrim**, São Paulo, n. 99, fev. 2001; CORRÊA JUNIOR, Alceu, **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros, estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

pode ser incluída a concepção preventivo-especial, para intimidar o delinqüente quanto a possível reincidência, mantendo a sociedade segura pelo menos durante a execução da pena, verificando-se, entretanto, que esse componente preventivo-especial da sentença, também contém um fim último representado pela prevenção geral.

Sob este prima, antes mesmo dos esforços na execução da pena para a ressocialização do delinqüente, a condenação já efetivaria a restrição da sua liberdade no interesse da comunidade, por conseguinte, servindo aos outros e não ao delinqüente, antes reconhecendo que o fim da pena é salvaguardar a ordem da comunidade e, depois, verificar se a aplicação da pena se justifica. Para alcançar esse objetivo, necessário que a idéia de culpabilidade individual se entendesse somente, como limite do poder estatal e não como fundamento, cujo efeito estaria vinculado à anacrônica idéia de retribuição. Por sua vez, o estágio da execução da pena somente legitimar-se-ia, diante da reintegração do delinqüente na comunidade, na medida do possível, por conseguinte, uma execução ressocializadora. O fato de a educação social por intermédio da execução da pena, ser de imediato tão convincente, derivaria da prévia e ampla coincidência entre direitos e deveres da coletividade e do particular, enquanto que, na cominação e na aplicação da sanção, estes se harmonizariam apenas mediante complicado sistema de limitações recíprocas. Desse modo, após o cumprimento da pena, o interesse da comunidade em recuperar o delinqüente como um membro apto para a vida e fiel ao direito, corresponderia ao verdadeiro bem do condenado e à idéia de desenvolvimento da personalidade, finalidade que consoante Claus Roxin encontra respaldo, no artigo 2º, I, da Lei Fundamental da república alemã³⁸, fundamento que também serve de importante ponto de referência para o nosso sistema jurídico, em razão do ideal contido no preâmbulo e no artigo 1º, III, da Constituição da República de 1988. Contudo, o ideal ressocializador não bastaria para justificar o Direito Penal, permitindo a desatenção com relação às etapas anteriores (legislativa e judicial), que podem não ser eficazes, pois não seria lícito ressocializar por meio da pena, indivíduos

³⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito**: elementos del delito em base a la política criminal. Barcelona: PPU, 1992. O mencionado dispositivo prevê: cada um tem direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade contanto que não vulnere os direitos do outro e não atente à ordem constitucional (*Verfassungsmassige Ordnung*) ou à lei mora (*Sittengesetz*).

que não cometeram agressões graves contra bens jurídicos, ainda que degenerados ou inadaptados, mas ao contrário, estar-se-ia sob a ameaça de uma associação coletivista, opressora do livre desenvolvimento da personalidade. Em resumo, conforme Claus Roxin, a determinação da pena visaria à proteção subsidiária, preventiva geral e individual de bens jurídicos e prestações estatais, mediante um processo que resguarde a autonomia da culpa, somente com a função de militar a pena, impedindo que ultrapasse, na sua gravidade, o grau de culpabilidade do delinqüente, mas, podendo, ser inferior a este grau, assegurando na medida do possível a prevenção especial (positiva), onde a intensidade da pena aplicada seja suficiente para alcançar a ressocialização do delinqüente e também a proteção da comunidade. Sob este enfoque, notar-se-ia que a prevenção geral ficaria preservada e reduzida às exigências do Estado de Direito, considerando que a cominação penal deve ter um mínimo de eficácia intimidativa, subordinando-se também, à finalidade de ressocialização, pois a pena aplicada exerceria sobre a comunidade um efeito intimidativo, que não provém somente da gravidade da pena, mas da intensidade da persecução penal ou da própria execução da pena. Esta teoria exhibe méritos suficientes, pois busca a integração das funções preventivo geral e especial, analisando os três diferentes estágios da pena, tratando-se da consideração individualizada da cominação, imposição e execução da pena, que possibilita a justificação da prevenção geral e especial, tanto em conjunto como separadamente.

3 INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL DA PENA

Partindo da regra de que os indivíduos não são iguais, não seria correto dispensar tratamento igualitário para pessoas que em si mesmas, são sumamente diferentes. Mesmo os fatos objetivamente semelhantes não são perfeitamente idênticos, requerendo, portanto, valoração única, individual e distinta, situação que concorre para dificultar a atividade judicial de individualização da pena. Um outro elemento negativo para consecução do referido objetivo pode ser encontrado na decisão judicial, que contém um componente individual inacessível ao controle, ou seja, a difícil tarefa da justa transmutação da intensidade do injusto e da culpabilidade em magnitudes penais, razão pela qual os princípios que regem a determinação dos elementos legais do tipo³⁹. Reconhecer que a sanção penal deve ser individualizada, e que o juiz é quem valora as particularidades do autor e do fato criminoso, não significa que é o senhor absoluto da decisão, por ser o único capaz de conhecer o caso específico, refletindo-o na gravidade da pena, porque, na sua íntima convicção, não basta que tenha ponderado as razões que justificam a decisão⁴⁰. Sobre o juiz recai o dever de explicitar todas as circunstâncias e elementos, pois a individualização da pena não reflete um menor dever de motivação jurídica, mas sempre um maior. Nesse sentido, se de um lado a lei conferiu ao julgador certo arbítrio para analisar as condições pessoais do autor e todas as circunstâncias que envolvem o fato criminoso em julgamento e aplicar a pena, de outro, impõe que tal poder não é livre, traçando uma linha divisória para exercê-lo, ou seja, o dever motivar as razões do seu convencimento, conforme o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz (art. 93, IX, CF/88, art. 157, 381, 387, CPP).

³⁹JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de...*, op. cit.

⁴⁰ZIFFER, Patricia S. *Lineamentos de la determinación de la pena*, Buenos Aires: Ad-hoc, 1996. O problema da determinação da pena pelo juiz identifica-se em grande parte com o espaço de discricionariedade nomeado na função judicial, e a história de suas soluções se confunde com o próprio princípio da legalidade das penas – *nulla poena sine lege*.

Deve o julgador ponderar todas as circunstâncias e pautar seu espaço de discricionariedade nos princípios da legalidade e da proibição do excesso. Por estas razões, conforme mencionado, comum à afirmação doutrinária de que a determinação da pena dentro dos limites dos marcos penais abstratos constitui ato de discricionariedade juridicamente vinculada. Na tentativa de obter uma individualização judicial não perfeita, mas clara e proporcionalmente racional, capaz de limitar a intervenção punitiva, atendendo ao ideal do Estado Democrático de Direito, incumbe ao julgador indicar na decisão, quais as finalidades pretendidas com a aplicação da pena (art. 59, CP), verificando a concreta necessidade da pena ou a possibilidade da sua dispensa, como por exemplo, no caso do perdão judicial (art. 121, § 5º, CP), aplicando o que considera suficiente e necessário para reprovação e prevenção do delito. Aliás, o princípio da necessidade da pena pode ser extraído da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *“a lei só deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias”*. Nesse sentido, o julgador deve avaliar dados concretos da infração penal, vinculando-se às circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas do (art. 59, CP), porquanto, são diretrizes gerais para aplicação da pena-base⁴¹, que se referem ao agente, ao fato criminoso e à vítima, ou seja, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima.

As referidas circunstâncias, bem como aquelas previstas nos artigos 61,62,65,66 (circunstâncias legais genéricas), e as causas de aumento e diminuição da pena previstas na Parte Geral e Especial do Código Penal, que são dados ou fatos que se encontram ao redor do delito, colocam à disposição do juiz variadas opções, possibilitando o agravamento da responsabilidades do autor do delito, devendo tais circunstâncias ser apreciadas pelo juiz no caso concreto, orientando-o na execução da difícil tarefa individualizadora da pena. Aliás o que se pode chamar de teoria das circunstâncias, presente em vários códigos contemporâneos (ex: alemão, espanhol, português, argentino), surgiu em razão da desconfiança no arbítrio judicial como meio

⁴¹ Cf. STJ, HC nº 28122-MS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 22.09.03, p. 350 (HC nº 26401-RJ, 5ª Turma).

de realizar a lei, que só pode ser feito de modo imperfeito⁴², já advertindo J. Bentham que não se deverá impor a mesma pena para todos os réus pelo mesmo delito, sendo necessário reparar nas circunstâncias que influem na sensibilidade.

Por conseguinte, importante a análise dogmática das circunstâncias legais e judiciais, a valoração de cada circunstância em conjunto ou isoladamente na determinação do marco concreto da pena, consideração exaustiva⁴³, e aplicação por meio da demonstração fática e fundamentada da sua existência, tendo em vista que interferem de maneira significativa na individualização judicial da pena⁴⁴.

O art. 59, CP refere-se à culpabilidade como circunstância judicial, cujo conceito está próximo do tradicional, ou seja, como critério central, fundamento e o limite da medição judicial da pena, tratando-se de um elemento essencial para a fixação da pena, semelhantemente ao adotado no Código Penal alemão (§ 46, I, StGB)⁴⁵ e português (art. 71, I)⁴⁶. A base da idéia de culpabilidade como um juízo de reprovação ou de censura contra o autor do delito, que serve de fundamento para a dosimetria da pena, foi extraída da teoria finalista de Hans Welzel, adotando a Reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei 7209/84), o conceito normativo de culpabilidade.

⁴²Cf. ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Sudamericana, 1990.

⁴³Decidiu o STJ no RESP relatado pelo Min. Vicente Leal que: “*ao proceder a individualização da pena, o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente e de natureza objetiva – circunstâncias e conseqüências do crime – fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas em quantidade suficiente para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade*”, cf. RT 732/605. Todavia, predomina entendimento de que não é necessário análise exaustiva das circunstâncias judiciais para a fixação da pena, cf. (STF, HC nº 70.362-3, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 12.04.96, p. 11.072 (HC nº 69.990. (HC nº 67.063, Rel. Min. Octávio Galoti, RT 641/397).

⁴⁴ Nesse sentido cf. STF, HC nº 68.751, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 1º.11.91., p. 15.569. Conforme considerou corretamente o Des. Luis Pantaleão: “*nenhuma circunstância judicial pode ser tomada como elemento da exasperação das penas, se não demonstrada a ocorrência efetiva do fato que o faça ultrapassar o conteúdo da resposta pena cominada*”, cf. (TJSP, EI, RT 705/311).

⁴⁵Dispõe o § 46, I do StGB: “*a culpabilidade do autor será o fundamento da medição da pena*”. Sobre a culpabilidade e a determinação da pena no Código Penal alemão, cf. MAURACH, Reinhardt. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Astrea, 1995; JESCHECK, Hnas-Heirich. **Tratado de...**, op. cit.

⁴⁶Cf. BRAGA, Armando. **Código penal**. Porto: Porto Editora, 1995. A determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção. Não apenas a culpa, mas também a prevenção, são os dois termos do binômio nos quais se assenta o modelo da medida da pena ou sua determinação concreta.

Desse modo, a pena-base deve ser dosada, proporcionalmente, ao grau de culpabilidade do autor, porquanto, se a censura é graduável, seu maior ou menor índice será refletido na quantidade e no limite da pena aplicada. A referida concepção representa desdobramento do princípio geral e fundamental da culpabilidade, que estrutura o Direito Penal com base na culpa do autor, *nulla poena sine culpa*. A reprovabilidade deve ser investigada sob o aspecto das condições pessoais do autor do delito, da situação fática e concreta em que este ocorreu, levando em conta o comportamento exigido no caso real e outros elementos, como o grau de instrução, condição social, vida familiar e *anteacta*, cultura e meio social onde vive ou viveu o agente. Porém, a culpabilidade como juízo de reprovação, não basta para justificar a pena, porque esta não visa apenas a retribuir ou reprovando a conduta culpável do autor, mas, igualmente, deve atender à prevenção geral e especial positiva do delito. A noção de culpabilidade adotada pela nova Parte Geral do Código Penal (Lei 7209/84) impede a determinação da pena-base com fundamento na intensidade do dolo do autor, porquanto, trata-se de consideração vazia e, normativamente inadequada⁴⁷. Por conseguinte, a culpabilidade em conjunto com as demais circunstâncias judiciais (art. 59, CP), deve influir diretamente na medida da pena-base, tratando-se de elementos indicativos da necessidade de uma maior ou menor intensidade de reprovação da conduta do autor, proporcionalmente interferindo no *quantum* de pena aplicável nos limites indicados pelos marcos penais abstratos.

No geral os antecedentes como circunstância judicial, representam tudo aquilo que existiu ou aconteceu com o agente antes da prática do delito, isto é, seu comportamento anterior ao crime. Com a reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei 7209/84), os episódios da vida *anteacta* do autor sofreram restrições, com a introdução da conduta social como circunstância judicial independente na determinação da pena-base. Desse modo, a noção de antecedentes sofreu sensível esvaziamento, não mais

⁴⁷CF. STF, HC nº 9584-RJ, 6ª Turma, j. 09.07.99, Min. Luiz V. Cernicchiaro – Determinando a anulação de Acórdão por majoração da pena-base em razão da intensidade do dolo. Decidiu o STF que a referência à intensidade do dolo será fórmula vazia só quando não relacionadas às circunstâncias concretas da determinação. Também entendeu o STF que não é nula a aplicação da pena acima do mínimo com base na culpabilidade, que inclui o conceito de intensidade do dolo. Cf. RHC, Rel. Min. Carlos Madeira, RT 628/370 – Admitindo o dolo intenso do autor como fundamento da pena.

expressando um quadro referencial abrangente (inclinação para o trabalho, comportamento social ou comunitário, relacionamento familiar, etc), atualmente, referindo-se apenas à existência ou não de antecedentes judiciais no momento da comunicação do delito. O conceito de antecedentes antes do advento da Constituição da República de 1988, ainda que não unânime, dizia respeito à vinculação daquele que era submetido a um juízo penal, como (ex: fatos policiais e judiciais anteriores), mas atualmente, os maus antecedentes devem ser valorados em função do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88). Por conseguinte, em face da referida garantia não podem ser levados em conta para aferição de maus antecedentes: 1) inquéritos policiais ou ações penais em andamento, arquivadas ou pendentes de recurso, ou sobre as quais incidiu a prescrição da pretensão punitiva e suas modalidades (retroativa, subsequente, art. 110, §§ 1º, 2º, CP). 2) Causas de extinção de punibilidade ocorridas antes do trânsito da ação penal (art. 107, V, CP). 3) Decisões absolutórias. 4) Ações penais concernentes a fatos posteriores à infração penal judicialmente apreciada, logicamente, porque, os antecedentes referem-se à vida *anteacta* do agente. Ademais, o comportamento do autor posterior ao delito, sem ligação com esse é estranho ao fato que está em julgamento.

Quanto à conduta social, esta circunstância judicial não era prevista no Código Penal de 1940, *ab-rogado* (art. 42), porque abrangida pelo conceito de antecedentes. Sem maior dificuldade conceitual, genericamente a conduta social diz respeito aos diversos papéis desempenhados pelo autor junto à comunidade, tais como o trabalho, a vida familiar e seu relacionamento no meio onde vive. Ao contrário dos antecedentes, pelos quais se analisa a vida anterior do autor do delito, para a avaliação de sua conduta social, deve-se ter em conta o presente do cotidiano, sua vida e o seu comportamento na comunidade social, que não podem ser avaliados por meras conjecturas, dependendo sempre de uma constatação fática. Os antecedentes e a conduta social, em si mesmos possuem conteúdos diferentes, não devem ser considerados pelo juiz dentro de um único conceito, para a medida da pena-base, ou derivar do mesmo fato gerador, sob pena de proibida dupla valoração.

A personalidade do autor como circunstância judicial, entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo, um todo complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano, sendo que na análise da personalidade, deve-se verificar a boa ou má índole do agente, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de desvios de caráter, a fim de identificar se o delito constitui um episódio isolado na vida do acusado. Não basta que o juiz indique sem qualquer base fática, que o agente possui personalidade voltada para o delito⁴⁸, porque são considerações superficiais e acientíficas, derivadas de mera dedução carentes de um método de investigação mais aprofundado, que não se coadunam com a concepção de individualização da pena no Estado Democrático de Direito. A personalidade não é um conceito jurídico, mas matéria investigada por outros ramos do saber, em especial pela Psicologia, Psiquiatria e Antropologia. Apesar de essa circunstância não poder prescindir de um exame cauteloso por parte do juiz, em concurso com especialistas, isso não vem sendo realizado a contento no âmbito restrito do processo, o juiz não é formado e preparado para o exame aprofundado das características psíquicas do homem, e lhe permitir apenas exame superficial, para examinar e ponderar conseqüência tão grave como a perda da liberdade, seria uma leviandade inaceitável em um ordenamento jurídico democrático⁴⁹. A personalidade do réu revela-se como um dado essencial para a individualização penal, tanto da perspectiva da culpabilidade como da prevenção, mas deve ser levada em conta apenas quando guardar relação com o fato em julgamento. A investigação científica da personalidade do acusado pode contribuir para a individualização da pena, realizada após a comprovação da

⁴⁸ Nesse sentido, TACRIM-SP, AC – Rel. Geraldo Pinheiro, entendeu pela aplicação da pena-base acima do mínimo legal. Para G. de S. Nucci, há decisões mencionando que a personalidade do réu é deturpada ou voltada ao crime, critério que não necessitaria ser eliminado, bastando que seja aperfeiçoado, dedicando-se o julgador a buscar maiores elementos de apoio para chegar ao seu veredicto.

⁴⁹ TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004. Mesmo não cabendo uma investigação profunda nessa área, a personalidade não se acomoda à idéia de algo fixo, imutável, e não se subordina às condições cambiantes do meio ambiente. A consideração da personalidade do criminoso impõe a de seu meio circundante, das condições em que se formou e em que vive, encontrando, aí, muitos elementos para discerni-la e explicá-la. A personalidade não é figura definida, mas um processo contínuo, e, sobre o herdado, se vai enxertando, para completá-lo ou modificá-lo, ou adquirido através do curso da existência. O exame da personalidade permite verificar em que medida o comportamento do autor é reflexo dela, tornando-o mais ou menos reprovável.

responsabilidade criminal, para que não haja violação do princípio constitucional de presunção de inocência.

As circunstâncias mencionadas pelo (art. 59, CP) não são as agravantes e atenuantes legais genéricas (art. 61,62,65,66, CP), mas outros elementos acidentais que também cercam a prática do delito, que podem ser relevantes no caso concreto, como por exemplo, a forma e a natureza da conduta criminosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, ocasião, modo ou forma de execução e outros semelhantes, a atitude do agente durante ou após a conduta delituosa (insensibilidade, indiferença ou arrependimento). As conseqüências do crime representam os efeitos decorrentes da conduta do agente (fato típico), a maior ou menor gravidade do dano ou risco de dano para a vítima ou para a coletividade, inclusive aquelas indiretamente derivadas do crime, como por exemplo, o drama ou trauma (físico ou psicológico) da vítima no crime de estupro (art. 213, CP). O resultado não é uma conseqüência do delito, mas da conduta, é parte integrante do crime, e não seu efeito, sendo equivocado afirmar, por exemplo, que no crime de homicídio as conseqüências foram graves porque a vítima morreu, pois a morte da vítima é o resultado natural do homicídio. A consideração de qualquer conseqüência tipificadora do ilícito praticado, para efeito de aplicação da pena-base acima do marco penal mínimo, constitui violação do *princípio non bis in idem*. Este princípio proíbe também a consideração das citadas circunstâncias judiciais, quando constituírem as qualificadoras, causas de aumento de pena ou circunstâncias legais genéricas.

Os motivos do delito dizem respeito àquilo que motivou a atitude interna ou a determinação do sujeito em cometer o crime, elemento considerado essencial na medida da pena, que realçam a necessidade de efetuar um perfil psíquico de delinqüente e da causa do delito para uma correta imposição de pena. Todavia, não deve ser considerado como elemento integrante da culpabilidade, tampouco, como grau de culpa ou intensidade do dolo. É necessário atentar para a maior ou menor reprovação desses motivos, ou seja, o sentido reprovador ou enobrecedor. Por exemplo, quando o pai não hesita em matar o namorado da única filha, porque a difamou na presença de amigos ou familiares, ou num restaurante, onde se encontrava

a filha, propositalmente, este desfilava em companhia de outra mulher rival, deixando sua filha profundamente magoada. No caso, a motivação do pai diante do sofrimento da única filha, não pode ser considerada fútil, insignificante, torpe, ou de relevante valor moral ou social, daí que, se tal motivo não qualifica nem privilegia o delito praticado, não configura as agravantes ou atenuantes legais, deverá ser levado em consideração como circunstância judicial, influenciando na medida da pena-base.

O comportamento da vítima como circunstância judicial, vêm sendo praticado unanimamente pela doutrina brasileira, motivada pela demonstração da vitimologia, que em certos casos, as vítimas podem contribuir decisivamente na consecução do ilícito penal. Embora a atitude da vítima não justifique o delito, nem isente o réu da pena, pode minorar a censurabilidade da sua conduta. No Código Penal existem indicações sobre a atuação concausal da vítima, relevantes na análise do comportamento do autor do delito, como por exemplo, a injusta provocação da vítima do homicida (art. 121, § 1º, CP), ou do agressor (art. 129, § 4º, CP), ou quando o ofendido de forma reprovável provoca a injúria (art. 140, § 1º, I, CP). Desse modo, estudos de vitimologia demonstram que as vítimas podem colaborar com o comportamento criminoso, falando-se até em vítimas natas (personalidades insuportáveis), criadoras de casos, antipáticas, pessoas muito sarcásticas, irritantes, e outras. A questão do comportamento da vítima na teoria jurídica do delito, e diferentes aspectos apregoados pela vitimologia dogmática⁵⁰, onde a vítima é colocada para fora da ação, lembrada somente para amenizar a pena aplicada ao autor, e face à Nova Vitimologia, segundo a qual a culpabilização da vítima representaria uma inversão de papéis entre partes envolvidas no fato criminoso.

Se de um lado, afastarmos a eficácia e a importância da contribuição do comportamento da vítima na resolução criminosa do autor, com a intenção de amenizar a sua responsabilidade ou excluí-la, impossível refutar a indesejável consequência de estarmos sobrecarregando penalmente o autor, a quem não caberia atribuir o fato

⁵⁰LANDOVE DÍAZ, Geraldo. *La moderna victimologia*. Valência: Tirant lo Blanch, 1998. Na doutrina alemã a *Kiktimodogmatik*, pretende abordar uma análise dogmática, orientada para a atuação comportamento da vítima, com especial incidência na teoria do delito. A vitimologia-dogmática, parte da inteligência de que algumas vítimas contribuem, dolosa ou imprudentemente, para a própria vitimização, o que poderá influir na responsabilidade criminal do delinqüente, até mesmo ao ponto de erradicá-la.

criminoso por completo, resultando a aplicação da pena com violação dos princípios da proporcionalidade, fragmentalidade na proteção de bens jurídicos e da intervenção pena mínima. Por outro lado, descarregar a responsabilidade do autor na vítima, atribuindo-lhe co-responsabilidade na lesão do bem jurídico do qual esta é titular, poderia gerar também fenômenos negativos, que em última instância, conforme mencionado, seria a absurda inversão de papéis entre delinqüente e vítima.

3.1 REGIME CARCERÁRIO DE EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Como princípio constitucional da fixação do quantum da pena, o regime prisional inicial também deve ser fundamentado, indicando o julgador os motivos concretos da escolha entre os três regimes carcerários previstos no (art. 33, CP), principalmente quando aplicado regime mais severo (art. 93, XI, CF/88, 59, III, CP, 110, LEP), sob pena de nulidade da decisão condenatória (art. 564, III, *m*, CPP). Neste aspecto, a jurisprudência não é uniforme, entendendo pela nulidade tópica, isto é, para que o Juízo ou tribunal complete a sentença, fixando o regime carcerário, não havendo nesta hipótese supressão de instância, ou que após o trânsito em julgado, desde que o condenado esteja cumprindo pena privativa de liberdade por condenação anterior, o regime carcerário seja fixado pelo Juiz da Execução na hipótese de soma ou unificação das penas (art. 111, LEP).

Contudo, em razão do evidente prejuízo para o condenado e violação dos princípios da individualização da pena, da motivação das decisões judiciais e das regras que disciplinam a matéria (art. 5º, XLVI, 93, IX, CF/88, 59, III, CP, 110, LEP), pode na omissão do regime carcerário inicial implicar nulidade absoluta da decisão, ademais, o (art. 381, III a V, CPP) determina que a sentença conterà os motivos que fundamentam a decisão e a indicação dos artigos de lei. Portanto, deixando o julgador de indicar o dispositivo legal da condenação ou do regime carcerário, a omissão dessas formalidades desfigura a sentença como ato jurisdicional básico, dificultando que condenado e Ministério Público impugnem o regime carcerário fixado. A fixação do

regime prisional inicial na sentença e especificação na guia de recolhimento (art. 106, LEP), possibilita a identificação do estabelecimento penal onde o condenado deverá ser recolhido e a verificação das condições da execução da pena (art. 33, CP, 82 ss, LEP), ao contrário, o condenado ficaria em situação carcerária incerta, criando embaraços para a autoridade incumbida da execução da pena (art. 107, § 1º, LEP), porque não poderá determinar com segurança o recolhimento do condenado no estabelecimento penal. O Código Penal prevê diferentes regimes carcerários para cumprimento da pena privativa de liberdade. A pena de reclusão pode ser executada nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, e a detenção no regime semi-aberto e aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado ou regressão (art. 33, *caput*, CP). A prisão simples também poderá ser cumprida nos regimes semi-aberto ou aberto, mas sem rigor carcerário (art. 6º, Dec-Lei 3.688/41). A pena e cada um dos regimes devem ser cumpridos em estabelecimentos penais distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do condenado (art. 5º, XLVIII, CF/88), e o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos penais com distinção diversa (fechado e semi-aberto), desde que isolados (art. 82, § 2º, LEP).

O regime fechado consiste na execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, CP), em penitenciárias, presídios ou casa de detenção (art. 87, LEP), onde o condenado se alojará em cela individual com área mínima de seis metros quadrados, com salubridade do ambiente, dormitório, lavatório e aparelho sanitário (art. 88, par. único, LEP), regra freqüentemente inobservada face à superpopulação. Neste regime, o recluso fica sujeito ao trabalho no período diurno, que será em comum dentro do estabelecimento carcerário, de acordo com as aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena, e a isolamento celular durante o repouso noturno, admitindo-se o trabalho externo em serviços e obras públicas, autorizado pela direção do estabelecimento penitenciário, quando cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos (art. 34, §§ 1º, 2º e 3º, CP 31, 36, 37, LEP).

O regime semi-aberto caracteriza-se pelo cumprimento da pena em Colônia Agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, *b*, CP, 91, LEP), onde o

condenado acomodar-se-á em compartimento coletivo, com as condições de salubridade do local, impondo-se a seleção adequada dos presos e observância do limite de capacidade máxima do estabelecimento, visando atender aos objetivos da individualização da pena (art. 88, 92, par. único, *a, b*, LEP). Porém o limite máximo como requisito básico desses estabelecimentos coletivos, também não vem sendo observado, porque, geralmente, a população carcerária está bem acima da capacidade permitida para o estabelecimento. Nesse regime o condenado ficará sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, admitindo-se o trabalho externo, visitas periódicas aos familiares, freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de ensino de segundo grau ou superior, e o exercício de atividades que concorram para o gradual retorno ao convívio social, que poderão ser efetivadas por meio de saídas temporárias (art. 35, §§ 1º, 2º, CP, 122, LEP).

Devido à falta de vagas no sistema penitenciário, o condenado ao regime semi-aberto ou beneficiado com esse regime por progressão, (art. 112, LEP), permanece por meses, ilegalmente, no regime fechado, aguardando transferência, situação que muitas vezes encontrou guarida no judiciário, sob o argumento de que o eventual constrangimento na demora da remoção para o regime semi-aberto é tributável apenas ao Poder Executivo, ou que o desconto da pena nesse regime não é direito líquido e certo do condenado, mas expectativa de direito, que depende da existência de vaga em estabelecimento apropriado. Tal situação é inaceitável, por mais que reclame o déficit penitenciário, censurável sob todos aspectos, porquanto despreza direitos mais elementares do recluso, assegurados constitucional e infraconstitucionalmente. O condenado, além de suportar o sacrifício da pena, não pode também arcar com a incúria e a negligência do Estado em estruturar o sistema prisional de forma adequada, como recomenda o (art. 203, LEP). Portanto, permanecendo o condenado em regime prisional mais severo do que o deferido judicialmente haverá excesso e desvio de execução (art. 185 ss, LEP), principalmente, por se negar eficácia às decisões judiciais e à coisa julgada, atentando contra a própria dignidade da justiça, incidente que deve ser resolvido pelo Juiz da Execução ou equivalente (art. 65,66, III, *f*, LEP).

Tal ilegalidade não se dissipa, mesmo com a determinação judicial junto ao órgão competente, para remoção do condenado ao regime carcerário de direito. A remoção do recluso para o regime prisional adequado requer urgência, sob pena de constrangimento ilegal sanável por via de *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF/88, 647, 648, CPP), com concessão de liminar inclusive, porquanto, em determinadas hipóteses, a demora no processamento da impetração poderá tornar inócua a decisão final, ou causar dano ao condenado, admitindo-se que a impetração contenha a mencionada nota da urgência prevista, por exemplo, nos Regimentos do STF (art. 191, IV, 21, V) e no STJ (art. 201, V, 34, V, VI).

Excepcionalmente, admite-se repetição do pedido de *habeas corpus* contra denegação de liminar da impetração anterior quando o ato da autoridade coatora apresentar manifesta ilegalidade com efeitos danosos irreparáveis, salvo se a denegação for do STJ, mesmo assim, o STF poderá conceder *habeas corpus* de ofício (art. 654, § 2º, CPP), se verificado de plano a existência de coação ilegal.

Visando impedir que o condenado aguarde a remoção em regime prisional mais severo, deve ser determinado a execução da pena no regime prisional aberto (art. 93, LEP, 33, § 1º, c, CP) ou prisão domiciliar, aplicando-se por analogia o (art. 117, LEP), denominada, de prisão albergue domiciliar. Se o Estado detém monopólio para imposição e execução das sanções, tem, portanto, o dever de providenciar estabelecimentos prisionais adequados e suficientes. Obviamente, se não há local para aprisionar, não prenda. Como ponderava Michel Foucault, o tamanho da população carcerária é consequência das decisões, e o controle do crime é uma máquina que produz dos para muitos e riqueza para alguns, e dentre as muitas críticas formuladas contra o sistema punitivo, uma delas é a de que este seria burocrata e insensível, pois a nenhum homem foi dado o poder de brincar de Deus, mas sim o dom da compaixão⁵¹.

A execução da pena privativa de liberdade no regime aberto será em casa do albergado ou estabelecimento adequado, destinado também ao cumprimento da pena restritiva de limitação de fim de semana (art. 33, § 1º, c, CP, 93, LEP). O prédio deverá situar-se em centro urbano separado dos demais estabelecimentos penais, sem

⁵¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

obstáculos físicos contra fuga, devendo conter aposentos destinados à acomodação dos presos, local adequado para realização de cursos e palestras, e instalações para serviços de fiscalização e orientação dos condenados (art. 94, 95, par. único, LEP). A execução da pena no regime prisional aberto depende da aceitação do seu programa e cumprimento das condições legais obrigatórias especiais ou judiciais (art. 113, 114, I, II, 115, I a IV, LEP). O regime baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, devendo trabalhar fora do estabelecimento, sem vigilância direta, freqüentar cursos ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido na casa de albergado durante o período noturno e nos dias de folga (art. 36, § 1º, CP). O condenado poderá perder o regime aberto (regressão) se praticar crime doloso ou falta grave, se for condenado por crime anterior, cuja pena somada ao restante em execução, tornar incabível o regime ou frustrar os fins da execução (art. 36, § 2º, CP, 118, I, II LEP).

Na determinação dos regimes carcerários (fechado, semi-aberto, aberto) atender-se-á ao (art. 33, CP) e, nos termos do código, o juiz deverá levar em consideração a quantidade da pena imposta, a reincidência (art. 33, § 2º, CP), a qualidade da pena (reclusão, detenção, prisão simples), e as circunstâncias judiciais referidas no (art. 59, CP, § 3º, art. 33, CP), sendo imprescindível, análise das condições objetivas e subjetivas ou pessoais do condenado. O (art. 33, § 2º, *a*, CP), impõe que o condenado à pena privativa de liberdade superior a oito anos deverá iniciar seu cumprimento no regime fechado. A pena privativa superior a quatro e igual há oito anos, poderá, inicialmente, ser cumprida no regime semi-aberto (art. 33, § 2º, *b*, CP), e a pena privativa igual ou inferior a quatro anos poderá ser cumprida inicialmente no regime aberto (art. 33, § 2º, *c*, CP).

Se na determinação da pena deve ser considerada a culpabilidade do autor, mesmo sob o aspecto de reprovação (retribuição) e exigências de prevenção (geral ou especial), na fixação do regime prisional o julgador deve orientar-se pelo mesmo critério, pois existe um elemento ligando os dois momentos: a fixação da pena e do regime carcerário inicial (art. 33, §§ 2º, 3º, 59, III, 68, CP, 110, LEP), desse modo, atendendo os fins pretendidos com a punição. Considerando que a determinação do

regime carcerário integra a atividade de individualização judicial, exige-se um juízo de ponderação entre o bem que foi lesionado ou posto em perigo e o bem do qual alguém pode ser privado, e este equilíbrio deverá ser buscado por meio de um juízo de adequabilidade entre a gravidade do preceito sancionatório espécie de pena, e a danosidade social da conduta incriminada sendo necessário que o bem jurídico tenha relevância para justificar, não somente a privação da liberdade, mas também a fixação do regime carcerário mais rigoroso (art. 33, § 2º, CP).

3.2 REGIME CARCERÁRIO DE EXECUÇÃO DA PENA NOS CRIMES HEDIONDOS

A Lei 8.072/90, instituiu os crimes hediondos e equiparados, acrescentada pela Lei 8.930/94 que incluiu o crime de homicídio qualificado ou cometido por grupo de extermínio, e pela Lei 9.677/98 o delito de falsificação de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Na sua base, esta lei disciplinou a indicação criminalizante do (art. 5º, XLIII, CF/88), impregnada de equívoco do legislador constituinte, quando elevou essa indicação constitucional criminalizante ao status de discutível cláusula pétreia. A pretensa necessidade de reprimir os crimes hediondos nasceu quando uma onda de seqüestros tornou-se notícia na mídia, nem tanto pela prática criminosa, mas pelas pessoas levadas aos cativeiros, daí, porque, na sua versão original incluíram na Lei 8.072/90, três delitos patrimoniais: latrocínio, seqüestro e extorsão qualificada pela morte. Isso produziu distorções no sistema penal e de execução penal, como a proibição do indulto, progressão de regime, no plano processual penal, proibiu a liberdade provisória, permitindo que do início ao fim da persecução criminal, no cárcere, o acusado passasse à condição de condenado, transformando cautela processual em pena, e o que é pior, deixando em branco os fins concretos da punição antecipada⁵².

⁵²CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. Incluiu no rol dos crimes hediondos o homicídio praticado por grupo de extermínio, ou por uma só pessoa e o qualificado, empregando simbolismo e o aspecto promocional do direito penal, em razão do caso que vitimou pessoa de notoriedade da época, funcionária de uma rede de comunicação, desencadeando a pretensa necessidade de

A cultura emergencial trazida pela Lei 8.072/90 pode ser sentida, na manutenção do fundamento da garantia da ordem pública como autorizador da instrução criminal e, depois de mais de uma década de vigência da Constituição, várias decisões, fiéis ao discurso de lei e ordem que motivaram essa legislação de emergência, mantêm-se atreladas à inconstitucionalidade desse lema. Isso favoreceu a absorção das idéias de presunção de periculosidade e utilização da prisão cautelar como juízo de hipótese da realização de outro crime, imersas em decisões que negam a liberdade provisória, ante a ameaça à ordem pública, ou clamor público do delito, diante da probabilidade de nova violação da lei penal. Entretanto, sensíveis à garantia da presunção de inocência e a todo o regramento do devido processo legal, alguns Tribunais vêm admitindo a liberdade provisória para crimes hediondos, sob o argumento de que a constrição provisória da liberdade, como exceção, depende da demonstração da efetiva necessidade, devidamente fundamentada em motivos fáticos concretos, sempre vinculada à existência dos pressupostos e requisitos da prisão preventiva, sendo que a mera qualificação do crime como hediondo autoriza a prisão cautelar. Essa divergência jurisprudencial acabou gerando incertezas para o acusado, gradualmente desconstituindo a estrutura geral da lei. A Lei de Crimes Hediondos opõem-se aos postulados da Nova Defesa Social, que entre outras recomendações, destaca que os Estados não deverão recorrer às leis emergenciais que importem terrorismo penal, e violem conquistas do Direito Penal Liberal, como o princípio da legalidade. É fruto de perigoso positivista, que tem por objetivo criar a falsa e frágil idéia de que a repressão severa ao delito pode resolver, de modo eficaz, o problema da criminalidade, tratando-se de um clássico exemplo de lei mal feita, contraditória e falha.

Para se ter uma idéia, derivada da nossa cultura jurídica retributiva, a situação carcerária brasileira indica que não há intimidação por meio dessa legislação penal mais severa, vez que não tem surtido efeitos na prática do combate à criminalidade, ao contrário, o encarceramento tem aumentado. Assim, verifica-se que a política criminal

restaurar a lei e a ordem, tendo como fundamento o caráter retributivo da pena, assumindo o bem jurídico vida destaque de hediondez por mero acaso. A Lei 9.677/98, foi editada após a descoberta pela mídia, de irregularidades na fiscalização de produtos medicinais, expondo a fragilidade da fiscalização neste setor.

de lei e ordem não serviu de contenção da criminalidade. Ana Lúcia Sabadell adverte que o fato de dois índices crescerem ao mesmo tempo não significa que um seja causa do outro, pois o controle de variáveis é tema complicado e exige cuidado, mesmo porque, nestes casos, não se pode averiguar empiricamente as *cifras obscuras*, ou seja, infrações que não chegaram ao conhecimento das autoridades⁵³. A Lei de Crimes Hediondos não levou em conta toda uma política penitenciária.

É impossível que legislação ordinária imponha regime carcerário inflexível para determinado delito, porque isso impede que o princípio da individualização da pena atinja eficácia completa, no sentido de distinguir e considerar individualmente, um a um, e em separado, cada condenado e a própria condenação, sendo este o sentido e o objetivo da norma constitucional. Embora a Constituição afirme que a lei regulará a individualização da pena, pressupondo que lei pode fixar parâmetros diferenciados para a atuação judicial, forçoso convir que esta não pode obstar a que se realize a individualização punitiva. O regime prisional inflexível rompe com o sistema progressivo, decorrência natural e o ponto de inserção em que se conectam os princípios da legalidade, individualização e da humanidade da pena, sistema adotado pelo Código Penal e pela Lei 7210/84, a qual, na sua Exposição de Motivos, ressalta: *O processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações. As mudanças de itinerários da execução consistem na transferência do condenado de regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, devendo a progressão ser uma conquista do condenado pelo seu mérito, pressupondo o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior.* O regime carcerário integralmente fechado viola o princípio da humanidade da pena, pois a pena executada em um único e uniforme regime significa pena desumana, inviabilizando tratamento penitenciário racional, e a falta de esperança de o detento obter gradualmente a liberdade o estimula a tramar, dia

⁵³SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociología jurídica**: introdução de uma leitura externa do direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Não é possível concluir que o aumento da criminalidade está ligado diretamente à construção de presídios, pois necessárias dados mais precisos, que indiquem aumento da execução de penas, que pode ser um indicio remoto do aumento da criminalidade. Sobre *cifra negra* e criminalidade oculta, o aumento do número de penitenciárias pode associar-se não ao crescimento da criminalidade, mas ao cumprimento parcial dos 300.000 mandados de prisão existentes, relativos a crimes praticados tempos antes. A construção de mais penitenciárias pode associar-se à necessidade de uma melhor distribuição da população carcerária e a transferência de presos recolhidos em cadeias públicas.

após dia, a fuga, prejudicando o intento preventivo-especial da sanção e qualquer influência psicológica positiva sobre ele, desamparando a própria sociedade, à medida que o detento é devolvido à vida social, depois de submetido a invertido e contínuo processo de dessocialização.

3.3 EXECUÇÃO DA PENA INDIVIDUAL

A atividade executiva é o derradeiro momento da atuação do princípio constitucional da individualização da pena, todavia, não é menos importante do que as atividades antecedentes, por tratar-se do último estágio da realização do Direito Penal. Neste estágio, as conseqüências jurídicas do delito materializam-se, ou seja, a advertência abstrata contida no comando secundário da norma penal se torna real, podendo ser sentida pelo condenado, que em regra deverá cumprir a pena ou medida de segurança fixada pelo juiz ou Tribunal na sentença penal condenatória definitiva. Desde o começo dos esforços de reforma na execução da pena, mais acentuados a partir do séc XIX, discute-se que esta não deva se constituir na realização sistemática e imutável da mesma execução, igual para todos os reclusos, porque são sumamente diferentes, ou do princípio ao fim igual para o detento individual, fatores que provocaram a introdução de diferenciações na configuração da atividade executiva da pena. Neste contexto, o conceito de individualização da pena na execução deve coincidir com os fins e os meios do Direito Penal, e com as conseqüências político-criminais estabelecidas para os valores constitucionais.

A individualização da execução deve voltar-se para o futuro do recluso, não se operando por meio de fórmula única e inflexível. Desse modo, institutos como progressão de regime carcerário, livramento condicional, indulto e comutação, remição da pena, saídas temporárias, são mecanismos valiosos que impedem a inércia da atividade executiva e o cumprimento integral da pena de uma única forma e em um único regime institucional. Conforme observou Michel Foucault a individualização surgiu como objetivo derradeiro, um código bem adaptado, porquanto a dupla classificação dos castigos e crimes não poderia resolver o problema de como se aplicar

leis fixas a indivíduos singulares. Nesse sentido, devem ser concedidas variadas oportunidades ao preso, para que, conforme seu mérito flexibilize a execução da pena, dando-lhe a potencial expectativa de readaptação social. Esta é a essência da atividade executiva de individualização, que aliada ao ideal preventivo-especial positivo impedem a execução da pena sob disciplina e vigilância sem tréguas, sem modificações ou esperanças de ressocialização, satisfeita com o comportamento passivo, servil e silencioso do recluso, como se fosse um simples objeto sem direitos ou garantias.

É impossível a readaptação forçada do detento, conquistada a ferro e fogo, comprada ou maquiada pela Administração, para servir somente como dado estatístico positivo da eficiência do cárcere ou das instituições que o controlam, nos quais quase ninguém acredita, que não se encaixa mais sequer nos retóricos discursos políticos, que muitas vezes preferem lemas da prisão e da repressão penal, como soluções miraculosas para problemas sociais crônicos, como crime, superpopulação carcerária, prisionização, aculturação do recluso e ineficácia do tratamento ressocializador.

Neste sentido, Juarez Cirino dos Santos, confirma que a Lei 7.210/84, LEP, também está submetida ao princípio constitucional da *lei penal mais favorável* ao réu, mesmo que a história do sistema penal indique o fracasso irreversível do projeto técnico-corretivo da prisão⁵⁴. Conclui Juarez Cirino dos Santos, que o discurso crítico da teoria criminológica da pena define o Direito Penal como sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da definição de crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da aplicação de penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder

⁵⁴SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Curitiba: ICPC, Lúmen Juris, 2006. O argumento de que a ressocialização do condenado prevalece sobre o princípio constitucional da lei penal mais favorável é moralizador, repressivo e anti-científico: ninguém pode ser ressocializado segundo critérios morais alheios, a prevenção especial negativa (repressão neutralizadora) é incompatível com a prevenção especial positiva (execução ressocializadora). Ao contrário, leis de execução penal são leis penais em sentido estrito, porque a execução da pena, como objetivo concreto da cominação e da aplicação da pena, é o centro nuclear do princípio da legalidade e seus incondicionais derivados constitucionais, como a lei penal mais favorável aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

político da formação social; c) ao nível da execução pena constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material⁵⁵.

⁵⁵Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal...**, op. cit., p. 485-486. Esse modo de ver mostra o significado de conservação e de reprodução social realizado pelo programa desigual e seletivo do Direito Penal, cujas sanções estigmatizantes realizam dupla função: de um lado, a função política de garantir e reproduzir a escala social vertical, como função real da ideologia penal; de outro lado, a função ideológica de encobrir/imunizar comportamentos danosos das elites de poder econômico e político da sociedade, como função ilusória da ideologia penal. Ver BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica...**, op. cit.

4 CONCLUSÃO

O RDD suprime direitos e garantias individuais, o que é vedado mesmo por Emendas à Constituição da República (art. 60, § 4º, IV). O RDD tenta situar-se no ordenamento jurídico como verdadeira “lei”, infringindo princípios básicos do Estado Democrático de Direito, como o da legalidade, da reserva legal e da anterioridade, intolerável mesmo em razão das intenções “*politicamente corretas*” da administração pública, pois o sistema da legalidade abrange todo o campo de atuação Estatal, inclusive a Execução Penal como aspecto dinâmico e concreto da atuação do Direito Penal.

A Lei nº 10.792/03 que introduziu modificações na Lei de Execuções Penais e normatizou o RDD, aplica-se quando: **a)** o preso praticar fato previsto como crime doloso que constitua falta disciplinar de natureza grave, e que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas do estabelecimento penitenciário; **b)** quando o recluso representar alto risco para a ordem e segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade, **c)** quando recaírem sobre o encarcerado fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. Em todo o caso, a inclusão do preso no RDD deve relacionar-se com atos praticados no interior do estabelecimento carcerário, cuja ordem e segurança pretende-se resguardar⁵⁶.

A inclusão no RDD condiciona-se à “*discricionabilidade judicial*”, gerando riscos para o preso, porquanto, se admitida por “*indícios ou suspeitas*” (art. 52, § 2º, LEP), o que impede sua decretação com base em suposições, conjecturas, preconceitos. Na prática, podem ocorrer excessos em razão da ampla possibilidade de interpretação

⁵⁶ Neste sentido – TRF, 1ª Região, 3ª Turma, HC nº 2004.01.001752-7 – MT – Rel. Olindo Menezes, j. 11.5.04.

da lei, subsunção do fato ou necessária reação severa contra delinquentes perigosos e desajustados ao sistema⁵⁷.

A inclusão definitiva ou provisória do recluso no RDD compete ao juiz, dependendo do requerimento circunstanciado do diretor do estabelecimento penal ou outra autoridade administrativa, como o Secretário da Segurança Pública ou Secretário da Administração Penitenciária (art. 54, § 1º, 60, LEP), não podendo esta ser decretada de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

Neste ponto, apesar de a Lei nº 10.792/03 possibilitar a superdimensionada atuação da administração, que permitia a inclusão do detento no RDD mediante simples ato discricionário da autoridade administrativa, não desprezou totalmente a garantia jurisdicional na atividade executiva da pena (art. 2º, LEP), condicionando qualquer dos motivos de inclusão no RDD (art. 52, §§, LEP) ao despacho fundamentado do juiz, precedido da manifestação do Ministério Público e da defesa no prazo de quinze dias (art. 54, § 2º, 60, 2ª parte, LEP).

Nos termos do (art. 52, I, LEP) o prazo máximo de inclusão definitiva no RDD como punição disciplinar (art. 53, V, LEP), será de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da punição em razão da prática de nova falta grave da mesma espécie até o limite de um sexto da pena aplicada. O prazo da primeira inclusão no RDD poderá ser duplicado, triplicado, se novamente for punido por falta grave, além do prazo fixado da primeira inclusão. Assim, dependendo da repetição das punições disciplinares da mesma espécie o encarcerado poderá cumprir, quase que a totalidade da pena privativa de liberdade nesse regime.

O (art. 52, I, LEP) autoriza a repetição da sanção disciplinar de inclusão no RDD, apenas em decorrência da punição por nova falta grave da mesma espécie, que ocasione a subversão da ordem e disciplina internas do estabelecimento prisional, não havendo menção expressa nos casos de internação previstos nos §§ 1º e 2º do citado dispositivo, sendo vedado em matéria de Execução Penal interpretação extensiva ou analogia *in malam partem* (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*).

⁵⁷ Nesse sentido MARCÃO, Renato Flávio. **Lei de execução penal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2001.

Da mesma forma que no sistema de determinação judicial da pena (arts. 59, 68, CP), a inclusão definitiva do detento no RDD, qualquer que seja o motivo, e a fixação do prazo (art. 52, §§ 1º, 2º, LEP), principalmente quando este for aplicado no máximo, a lei não prevê prazo mínimo (art. 52, I, LEP), requer motivação consistente, individualizada e proporcional (art. 93, IX, 5º, XLVI, CF/88), sob pena de nulidade da decisão que decretar a internação (art. 564, III, *m*, CPP). Deverá o julgador valorar as condições pessoais do recluso, tempo de prisão, motivos, circunstâncias e conseqüências do fato, primariedade e a reincidência (repetição e espaço de tempo), da falta praticada e da punição disciplinar (art. 57, LEP).

O prazo de inclusão no RDD conta-se pela regra do artigo 10 do Código Penal, porquanto, o (art. 52, I, LEP) constitui preceito de natureza penal (material), relacionando-se com a forma da privação da liberdade e da execução da pena, condicionam-se, aos princípios da reserva legal e da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XXXIX, XL, CF/88, 1º, CP).

A decretação da inclusão preventiva no RDD, se necessária no interesse da disciplina e averiguação do fato, depende de despacho do juiz competente (art. 60, *in fine*, 65, LEP). Não prevendo a Lei de Execução Penal prazo mínimo ou máximo para inclusão cautelar no RDD, esta não deverá exceder o prazo de dez dias, cominado para o isolamento preventivo do detento que comete falta grave, que não importe inclusão no RDD (art. 60, 1ª parte, 53, IV, LEP). No máximo, a inclusão preventiva não deverá exceder o prazo de quinze dias, previsto para o procedimento judicial de internação definitiva no regime disciplinar diferenciado, como punição disciplinar (art. 54, § 2º, 53, V, LEP).

Tratando-se a inclusão cautelar no RDD de uma medida acautelatória, encerrado o referido prazo, o recluso deve ser desinternado incontinenter, sob pena de excesso e desvio de execução (art. 185, LEP), e constrangimento ilegal passível da impetração de *habeas corpus* (art. 648, II, IV, CPP). É ilegal a decretação de nova inclusão preventiva no RDD ou sua prorrogação com base nos mesmos fatos. Contudo, na prática, temos observado inclusões preventivas no RDD ou sua prorrogação pelo período de dois, quatro, seis e até doze meses, como atitude arbitrária e ilegal. O tempo

de inclusão preventiva no RDD deve ser computado (detráído) no período de cumprimento da punição disciplinar definitiva de internação (art. 53, V, 60, *Parágrafo único*, LEP, 42, CP).

No RDD, o preso deve ser alojado em cela individual, a única vantagem desse regime em face do disposto no (art. 88, LEP), com direito a visitas semanais de duas pessoas sem contar crianças, com duração de duas horas; saída da cela por duas horas diárias para banho de sol (art. 52, incs., LEP).

Embora a internação no RDD seja legalmente uma sanção disciplinar (art. 53, V, LEP), regime de disciplina carcerária especial, devido à forma, local e tempo variável de inclusão de 360 dias ou mais, acaba se tornando um novo regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, executado com regras e restrições muito mais severas do que aquelas impostas para o cumprimento da pena no regime prisional fechado em estabelecimento carcerário comum, onde fora da cela, o encarcerado pode trabalhar ou executar outras atividades no período noturno, ficando sujeito a isolamento celular somente no período noturno (art. 34, §§, CP, 36, LEP).

Quanto aos benefícios carcerários, não existe vedação legal expressa do interno do RDD requerer, por exemplo, a progressão de regime prisional quando preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos, isto é, cumprimento de um sexto do total da pena e bom comportamento carcerário, comprovado por meio de atestado do diretor do estabelecimento penal (art. 112, *caput*, LEP), o mesmo ocorrendo na hipótese do livramento condicional (art. 83, CP, 131, LEP).

Em razão do excessivo prazo de isolamento celular, o preso fica impedido de exercer atividade laborativa, determinante para o processo de individualização da pena, e impossibilitado de adquirir a remição da pena que é um direito do preso, realista e prático, mecanismo de flexibilização e individualização da execução da pena privativa e de readaptação social, implicando violação de regras da Lei de Execução Penal (art. 28, 31, 41, II, V, VI, 126, LEP). A inclusão no RDD como punição disciplinar ou forma especial de execução da pena converte-se em medida cruel e desumana, por conseguinte, inconstitucional, porque dissonante do princípio da humanidade da pena que inspira o respeito à integridade física e moral do recluso e da proibição da tortura e

do tratamento infamante (art. 5º, III, XLVII, XLIX, CF/88, 5º, 1,2, CADH, 7º, 10º, PIDCP, 40,45, § 1º, LEP, 38, CP), ferindo o interno na sua dignidade humana, protegida por vários diplomas legais (art. 1º, III, CF/88, art. 10º, PIDCP, art. 5º, 2º, CADH), frustrando a finalidade idealizada pela lei de Execução Penal (art. 1º, LEP, 13, 14, EM/LEP, 5º, 6º, CADH) de proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado.

A prolongada inclusão no RDD pode provocar ou agravar o ódio, a loucura, a desesperança e o efeito dissocializador, tornando a pena e a prisão, ainda mais contraproducentes na sua função. A internação no RDD pode gerar efeito perverso, isto é, em vez de possibilitar a intimidação da população prisional, pode se transformar em espécie de pré-requisito para que o detento lidere ou participe de determinada facção criminosa, considerando-se que, depois da internação nesse regime, o recluso ostentará o *status* de bandido perigoso e destemido.

O sistema RDD está na contramão do caminho da reintegração social, que depende de contínuo processo de comunicação e integração entre o cárcere e a sociedade, onde os internos se identifiquem na sociedade externa e, esta, se identifique na prisão, considerando que os muros do cárcere representam uma violenta barreira que separa a sociedade de parte dos seus próprios problemas e conflitos⁵⁸. Portanto, eufemismo denominar estabelecimento penal que aplica o sistema RDD de Centro de Readaptação Penitenciária, onde é pálida a possibilidade de readaptação do interno, tratando-se de inconstitucional medida disciplinar que pretende substituir o ideal de consensualidade, que caracteriza e aprimora a execução da pena no Estado Democrático de Direito, pela falsa crença de se obter, coativamente, a reforma do caráter e do espírito, corpos dóceis e readaptados⁵⁹. A Constituição da república (art. 5º, XLVIII) recomenda a execução da pena em estabelecimentos penais distintos, conforme a natureza do delito, idade e sexo do apenado, todavia, não autoriza o encarceramento diferenciado, com anormais e excessivas regras de execução da pena

⁵⁸Nesse sentido: cf. BARATTA, Alessandro. **Ressocialización o control social**: por um concepto crítico de reintegración social del condenado. Sistema Penal para o Terceiro Milênio. Atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265.

⁵⁹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir...**, op. cit.

privativa de liberdade, para detentos suspeitamente integrantes de facções criminosas, perigosos ou que praticaram falta disciplinar subversiva a ordem e a disciplina prisional (art. 52, §§ 1º e 2º, LEP), como se fossem os únicos inimigos do Estado. Embora a lei recomende que a União Federal mantenha estabelecimentos prisionais de segurança máxima para encarcerados de alta periculosidade, cuja permanência em estabelecimentos estaduais coloque em risco a ordem ou incolumidade pública (art. 3º, Lei 8072/90, 86, § 1º, LEP), espectro das Penitenciárias Federais, não autoriza a criação e o mesmo erro, de uma *nova alcatraz*.

Assim a inconstitucionalidade do RDD, viola também o princípio da igualdade de tratamento (art. 5º, *caput*, I, CF/88), na medida que impõe regras diferentes de disciplina e cumprimento da pena privativa de liberdade para detentos que se encontram numa mesma posição jurídica, pois todos violaram a norma e foram punidos pelo comportamento contrário ao direito. Se o Estado exige de todo cidadão fidelidade e observância à norma, cominando abstratamente uma pena para quem transgrida determinado comando normativo, visando confirmar sua vigência, também é dever do Estado observar a constitucionalidade e a legalidade das normas que edita⁶⁰.

Em resumo, o RDD não se ajusta, minimamente, aos direitos e garantias individuais consolidados na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal ou no Código Penal, e se, hoje, se permite ou se omite, sobre essa espécie de regime prisional, ou qualquer outro instrumento de contenção ou de reação penal por meio de resoluções administrativas, medidas provisórias ou leis de constitucionalidade duvidosa, o próximo passo poderá ser a criação, reinvenção da violência de Estado, do terrorismo penal, conveniente flexibilização ou abdicação das garantias ou instituição da pena de morte.

Cumprido ao Poder Judiciário desfazer qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade que possa resultar inversão ou supressão dos direitos e garantias dos acusados e condenados, pois este, não está e nem deve estar subordinado às

⁶⁰ Dentre as várias teorias de justificação da pena, sob a ótica da Teoria da Prevenção Geral Positiva Fundamentadora, a missão da pena seria a reafirmação da vigência da norma, equiparando-se a tal efeito a vigência e o reconhecimento normativo. Portanto, infringida a norma, a pena possibilitaria que esta prossiga como um modelo de orientação idóneo. Cf. JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

determinações do Poder Executivo, condição necessária da separação dos poderes. Assim, compete ao Juiz da Execução interditar, no todo ou em parte, estabelecimentos penais que estiverem funcionando em condições inadequadas ou com infração à Lei de Execução Penal, devendo ser periodicamente fiscalizados pelo Ministério Público e pelo Conselho Penitenciário (art. 66, VII, 67, 68, *Parágrafo único*, 70, II, LEP).

Apesar da Lei nº 10.792/03 ter legalizado o sistema RDD, como cautela, a internação do recluso deveria ser alvo de estudo metuculoso, quanto aos possíveis efeitos sobre o estado físico, psíquico e psicológico do preso, para evitar seqüelas irreversíveis na sua personalidade, saúde física e mental.

O Estado tem o compromisso de viabilizar as fórmulas e os instrumentos necessários para efetivação da execução ressocializadora, mas não criar à margem da sociedade, amontoados de doentes mentais, como vem sendo praticado com a aplicação do inconstitucional Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

REFERÊNCIAS

ARÉCHIGA, M. V. **Las teorías de la pena: investigaciones jurídicas**. Guanajuato: Universidad Guanajuato, Faculdade de Direito, 1997.

ALBERGARIA, Jason. **Das penas e da execução penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Principios de derecho penal: La ley y el delito**. Buenos Aires: Sudamericana, 1990.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica y crítica Del derecho penal**. México: Siglo Veintiuno, 1992.

_____. **Ressocialización o control social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado**. Sistema Penal para o Terceiro Milênio. Atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRAGA, Armando. **Código penal**. Porto: Porto Ed., 1995.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal: política criminal e injusto, política criminal, bien jurídico, desvalor de acto y de resultado**, Santiago de Chile: Conosur, 1994.

_____. **Introducción al Derecho penal**. 2. ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1994.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CORRÊA JUNIOR, Alceu, **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros, estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOTTI, René Ariel. **A reforma penal e penitenciária.** Curitiba: Lítero-técnica, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. **Crisi della legalità e diritto penale mínimo:** Diritto Penale mínimo. Roma: Donzelli Editore, 2002.

_____. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na literatura.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A. **Derecho penal:** introducción. 2. ed. Madrid: Publicaciones de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del Derecho penal:** Derecho penal y realidad. Zapatero: Barcelona, Bosch, 1984.

_____. **Introducción a la criminología y ao Derecho penal.** Valência: Tirant lo Blanch, 1989.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** 3. ed.. São Paulo: Forense, 1955.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho penal:** parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal:** parte general. 2. ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

LANDOVE DÍAZ, Geraldo. **La moderna victimología.** Valência: Tirant lo Blanch, 1998.

LOMBROSO, César. **O homem delinqüente.** Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

MARCÃO, Renato Flávio. **Lei de Execução penal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2001.

MAURACH, Reinhardt. **Derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Astrea, 1995.

- NAVARRETE, Polaino. **Derecho penal: parte general: Fundamentos científicos do direito penal, aspectos formal e material em las básicas estructuras del sistema penal.** 3. ed. Barcelona: Bosch, 1996.
- PALAZZO, C. Francesco. **Valores constitucionais e Direito penal.** Porto Alegre: SA Fabris, 1989.
- PELARIN, Evandro. **Bem-Jurídico penal: um debate sobre a descriminalização.** São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ROXIN, Claus. **Política criminal y estructura del delito: elementos del delito em base a la política criminal.** Barcelona: PPU, 1992.
- _____. **Problemas fundamentais de Direito Penal.** 3. ed. Lisboa: Universidade Direito e Ciência Jurídica Veja, 1998.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica: introdução de uma leitura externa do Direito.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral.** Curitiba: ICPC, Lúmen Júris, 2006.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A lei e o outro. **Boletim IBCcrim,** São Paulo, n. 99, fev. 2001.
- TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte geral.** São Paulo: Atlas, 2004.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general.** 11. ed. Santiago do Chile: Editorial Jurídica, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Tratado de Derecho penal: parte general.** Buenos Aires. Editar, 1998.
- _____. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZIFFER, Patrícia S. **Lineamentos de la determinación de la pena.** Buenos Aires: Ad-hoc, 1996.