



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Repressão ou liberdade? A nova ordem penal

Rodrigo Moura de Menezes

Rio de Janeiro
2013

RODRIGO MOURA DE MENEZES

Repressão ou liberdade? A nova ordem penal

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fretzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2013

REPRESSÃO OU LIBERDADE? A NOVA ORDEM PENAL

Rodrigo Moura de Menezes

Graduado pela Faculdade Direito do
Centro Universitário Plínio Leite.
Advogado.

Resumo: O direito penal, contestado ao longo de décadas, é apontado como ineficaz na resposta da sociedade às condutas criminosas. Com a transformação do Brasil e o contínuo crescimento da criminalidade, ganha força importante questão acerca do caminho a ser seguido no combate ao crime. A essência do trabalho é abordar os aspectos mais relevantes na transição para uma nova ordem penal.

Palavras-chave: Penal. Crescimento. Criminalidade. Repressão. Liberdade. Novo Código Penal.

Sumário: Introdução. 1. A Repressão nos Dias de Hoje. 1.1 Proporcionalidade Entre as Penas. 1.2 As Penas nos Dias de Hoje. 1.3 Espécies de Penas. 1.4 Individualização das Penas. 1.5 Execução das Penas. 1.5.1 O Trabalho no Cárcere. 2. A Repressão na Nova Ordem Penal. 2.1 Um Novo Parâmetro de Proporcionalidade. 2.2 A Individualização das Penas na Nova Ordem Penal. 2.3 Uma Nova Execução Penal. 2.3.1 O Trabalho e o Estudo do Preso na Nova Ordem Penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda as discussões acerca da modernização do Direito Criminal Brasileiro e a possível reforma do Código Penal (partes geral e especial), ante à existência do Projeto de Lei do Senado n. 236/2012.

Chama a atenção à maneira com que a opinião pública acompanha a revisão do Código Penal, diploma que não pode ser apenas de senadores ou juristas, mas de toda a sociedade brasileira. Para tanto, há a necessidade da realização de Audiências Públicas para que o tema seja levado a amplo debate.

Com o avançar das discussões, surgem opiniões das mais variadas no que diz respeito ao caminho a ser seguido pela sociedade brasileira na resposta à crescente criminalidade, dando ensejo aos mais variados questionamentos com relação às ideias apresentadas até então.

Levantam-se vozes pela necessidade de um maior tempo para a análise das transformações que devem ser realizadas no Direito Penal brasileiro.

Com relação à modernização do Direito Criminal Brasileiro, alguns juristas entendem que a nova ordem respeita a dignidade da pessoa humana e o caráter ressocializador da pena, enquanto outros acreditam que o novo projeto abrande de forma exagerada algumas penas, não estando apto a responder aos anseios da sociedade.

Importante a adequação dos balizadores penais e o estabelecimento do equilíbrio nas penas mínimas e máximas a serem definidas, somada a urgente discussão com a proposta de um novo sistema de progressão de regime de cumprimento das penas, com o estabelecimento de regras mais eficazes para o instituto. A utopia acerca do caráter ressocializador da pena da maneira em que atualmente é concebida permanece forte no sistema atual.

Abordar-se-á tópico delicado acerca da comodista cultura da busca pela aplicação da pena mínima e o tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes, tendo em vista os elevados custos da construção e manutenção de estabelecimentos prisionais.

O presente estudo busca analisar o confronto de ideias sobre uma nova ordem penal, dentro de um contexto de crescente aumento da criminalidade, em um momento em que o país aos poucos se insere em uma nova ordem mundial, que vem modificando a relação de equilíbrio de poder entre os novos atores mundiais. Procura-se demonstrar uma nova visão para a política criminal brasileira com o desejo de conferir maior proteção aos cidadãos, sobretudo no que diz respeito aos crimes que despertam maior reprovabilidade no seio da sociedade brasileira.

Resta saber se com a continuação dos debates entre os juristas, o país finalmente será guiado por uma nova política criminal que esteja apta a responder aos anseios da sociedade, respeitada a dignidade da pessoa humana, e contribuindo para a formação de um país mais seguro e justo.

Por fim, serão analisados caminhos para proporcionar uma maior segurança à sociedade com resposta adequada às condutas criminosas, sobretudo àqueles crimes que trazem sentimento de repugnância ao povo.

1. A REPRESSÃO NOS DIAS DE HOJE

O direito penal, contestado ao longo de décadas, é apontado como ineficaz na resposta da sociedade às condutas criminosas. Não raras vezes alguém, leigo ou não, se mostra inconformado com as brandas penas dispostas em nosso Código Penal, situação agravada com a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, e ainda, quando não operada a substituição, o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade atual.

Exemplificando o acima dito, é válida a análise do crime de Maus-tratos, definido no artigo 136, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

§3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. (Incluído pela Lei nº 8.069, de 1990)

O tipo penal em análise se destina a proteger os bens jurídicos vida e saúde, sendo o sujeito passivo do delito quem quer que esteja sob autoridade, guarda ou vigilância do agente ativo. Aqui se enquadram pais, tutores, curadores, diretores de escola, carcereiros.

Levando em consideração que o dever do sujeito ativo é o de educar, ensinar, tratar ou custodiar, e não o de castigar com infligência de dano, chama a atenção a pena de apenas 2 (dois) meses de detenção definida pelo preceito secundário do tipo.

Observa-se que o Código Penal Brasileiro encara com maior rigor a mera subtração de um bem de pequeno valor, como um shampoo, do que os maus-tratos sofridos por um adolescente, no interior de seu próprio lar. Fácil chegar à conclusão com a análise do tipo penal de furto, descrito no artigo 155, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

§5º - A pena é de reclusão de três a oito anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

A situação se torna ainda mais assustadora no caso de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, quando é estabelecida a pena mínima de 2 (dois) anos de reclusão, ou seja, superando a pena máxima de 1 (um) ano de detenção estabelecida no artigo 136, do Código penal.

A situação se mantém no caso de os maus tratos ocasionarem lesão corporal de natureza grave na vítima, quando é definida pena mínima de 1 (um) ano de reclusão. Não se pode esquecer que se tratam de resultados preterdolosos ao crime de maus tratos, sendo

atribuíveis ao sujeito passivo apenas a título de culpa, mas de toda forma, não ameniza de forma integral a disparidade existente.

1.1. PROPORCIONALIDADE ENTRE PENAS

Os críticos apontam falhas, como falta de coerência entre os artigos do projeto do Novo Código Penal. O presidente da OAB, Ophir Cavalcante Junior, pediu atenção para o que chamou de desproporcionalidade das penas, lembrando que o texto do novo Código Penal prevê uma pena de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de prisão para quem modificar ninho de aves de espécies silvestres. A compra de certas espécies sujeita o comprador a até 6 (seis) anos de cadeia. No entanto, a pena para o crime de abandono de pessoa incapaz é de apenas 1 (um) a 4 (quatro) anos¹.

1.2. AS PENAS NOS DIAS DE HOJE

De acordo com o artigo 59, do Código Penal, as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime.

Para Rogério Greco², a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais. Para o autor, na reprovação, segundo a teoria absoluta, reside o caráter retributivo da pena, enquanto a teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção.

¹ SETTI, Ricardo. Periódicos eletrônicos: *proporcionalidade das penas*. Coluna do Ricardo Setti. Política e Cia. Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/proporcionalidade-das-penas/>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral. 8. ed. Niterói: Impetus, 2007.

Apesar de a sociedade brasileira primar pela aspecto retributivo da pena, deve ser considerado que o Código Penal adota uma teoria mista ou unificadora da pena, assim, no Brasil, a pena possui caráter retributivo-preventivo.

Vale, pois, a leitura do artigo 59, do Código Penal, dispositivo reitor da aplicação da pena:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1.3. ESPÉCIES DE PENAS

De acordo com o artigo 32, do Código Penal, as penas são divididas em:

- a) De multa;
- b) Restritivas de direitos;
- c) Privativas de liberdade.

A primeira consiste no pagamento ao fundo penitenciários da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, tudo na forma do artigo 49, do Código Penal.

Com relação às penas restritivas de direitos, são autônomas e substituem as privativas de liberdade quando por exemplo, for aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Já quanto às penas privativas de liberdade, estas podem ser de detenção, a ser cumprida em regime semiaberto, ou aberto, e de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, semi-aberto e aberto.

No que tange ao critério na escolha do regime de cumprimento das penas privativas de liberdade, devem ser observadas as regras estabelecidas pelo parágrafo 2º, do artigo 33, do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

(...)

Surge então uma questão polêmica a ser enfrentada pela reforma do Código Penal Brasileiro, a discussão sobre a redefinição das regras estabelecidas para a escolha inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade.

A opinião pública entende se tratar de regras por demais brandas, já que, por exemplo, o condenado pelo crime de homicídio (doloso), delito tipificado no artigo 121 do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, poderá iniciar o cumprimento da pena aplicada em regime de semi-liberdade, na forma da alínea “b”, do parágrafo 2º, do artigo 33, do Código Penal.

No entanto, pode ser reconhecido no mencionado regramento uma política do desencarceramento, já que o Brasil, como se sabe, não possui sistema penitenciário adequado à ressocialização dos detentos, se tornando verdadeiras “universidades do crime”, em que condenados por crimes sem maiores repercussões, passam a conviver com criminosos de alta

periculosidade, se consubstanciando ao menos em relação promíscua e atentadora à dignidade da pessoa humana. Relação amenizada com o afastamento do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

(...)

Não há que se falar no cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado, tendo em vista que tal possibilidade já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo com relação aos crimes hediondos, como pôde ser observado a partir da análise do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

1.4. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

A individualização da pena ocorre nos moldes do artigo 68, do Código Penal. Primeiramente, é definida a pena-base do condenado, momento em que o magistrado, atendendo aos ditames do artigo 59 do Código Penal, estabelece o início da reprimenda, baseado no preceito secundário, previsto no tipo penal incriminador infringido pelo autor do delito.

Então, passa o juiz a considerar as circunstâncias atenuantes e agravantes existentes no caso concreto, com base nas disposições previstas nos artigos 61 e 65, ambos do Código Penal.

Por fim, o Juiz analisa as causas de diminuição e de aumento da pena, causas que, em regra, vêm previstas nos tipos penais existentes na partes especial da Código Penal.

Vale a leitura do mencionado artigo 68, do Código Penal:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Definida a pena, surge aqui nova questão delicada, a comodista cultura da busca pela aplicação da pena mínima, baseada no princípio da isonomia.

Os crimes raramente são praticados de formas semelhantes, percorrendo o mesmo *modus operandi*, e perpetrado por agentes com graus de esclarecimento semelhantes, ou seja, é evidente que deve ser reconhecido neste ponto, a diversidade humana, não se limitando o julgador a estabelecer a chamada “pena mínima” em caso dos mais variados, ocasião em que será evidente o cometimento de injustiça.

No procedimento de individualização da pena, essa não deve ser por demais agressiva, a ponto de reprimir excessivamente o agente, ferindo inclusive o princípio da isonomia, bem como, não pode ser por demais brando, ao ponto de infringir o aspecto retributivo da pena, trazendo à tona o sentimento de impunidade, que tanto vem sendo debatido pela sociedade.

1.5. EXECUÇÃO DAS PENAS

Um dos tópicos por mais relevantes no presente estudo, o sistema de cumprimento de penas existente na atualidade.

De acordo com o art. 1º, da Lei 7.210/84, a chamada “Lei de Execução Penal”, A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

De acordo com o art. 112, do mesmo diploma legal, a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, com a transferência do detento para regime menos rigoroso, atendidos os requisitos legais, como por exemplo, ter o preso cumprido ao menos um sexto da pena aplicada.

No caso da prática de crime hediondo, tal requisito é elevado para o cumprimento de ao menos dois quintos da pena, na forma do parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90.

Há forte repulsa da sociedade pela fração adotada no mencionado critério, tendo em vista que, condenados pela prática dos crimes mais brutais que a mente humana pode imaginar, passam ao regime da semi-liberdade de forma relativamente breve.

Como último caso emblemático, o crime praticado pelo ex-goleiro do Flamengo, Bruno Fernandes das Dores Souza, condenado no processo por desaparecimento e morte de sua ex-amante Eliza Samudio.

Bruno foi condenado a 17 (dezesete) anos e 6 (seis) meses em regime fechado por homicídio triplamente qualificado (por motivo torpe, asfixia e uso de recurso que dificultou a defesa da vítima). A pena, inicialmente de 20 (vinte) anos, teve aumento de 6 (seis) meses porque o goleiro foi considerado o mandante do crime, mas foi reduzida em 3 (três) anos devido à confissão do jogador. A sentença inclui condenação de 3 (três) anos e 3 (três) meses por sequestro e cárcere privado e ainda 1 (um) ano e 6 (seis) meses por ocultação de cadáver, que devem ser cumpridos em regime aberto.

O atleta deve cumprir o regime fechado em cerca de mais 3 (três) anos, tendo em vista que permanece preso desde o ano de 2010, e sair para o regime semi-aberto no ano de 2016.

Torna-se evidente a possibilidade que um agente, que comete um crime bárbaro, como no caso, permanecer por tão pouco tempo recolhido à prisão, não estaria o aspecto retributivo da pena sendo infringido. Fala-se da prática de um crime que ceifou a vida de um

ser humano, conduta que, de acordo com o legislador pátrio, é suficientemente reprimida com a manutenção do autor preso durante meros 6 anos.

Não está se esquecendo que o autor ainda precisará continuar cumprindo o restante da pena, progredindo entre os regimes até a extinção da punibilidade, que no caso, ocorrerá no ano de 2027, fato que por si só, se torna grande limitador na continuidade da vida de um condenado.

Apenas se discute sobre a readequação das regras de definição dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, bem como, de forma conjunta, sobre a tipificação de novas penas, com novos balizadores, mais adequados à nova realidade brasileira, sem esquecer dos princípios da isonomia, e com foco na correta individualização da pena.

Como dito na introdução, é de extrema importância a realização de audiência pública para que seja realizado amplo debate acerca da desejada reforma do Código Penal, bem como, na necessária revisão do diploma dedicado à execução penal realizada no Brasil.

1.5.1 O TRABALHO NO CÁRCERE

Através do trabalho, o ser humano tem a possibilidade de se regenerar, na medida em que proporciona ou acentua as transformações individuais do preso, colaborando na criação de metas e objetivos na vida desse.

O trabalho, direito subjetivo do preso, busca colaborar com um dos objetivos da pena, que é a ressocialização do detento. No mais, o trabalho se constitui em uma obrigação do detento, na forma do artigo 31, da Lei 7.210/84:

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.
Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

A recusa do preso em trabalhar demonstra a sua inaptidão para com o sistema, bem como o seu desejo de não se ressocializar.

Assim, não há como deixar de falar sobre o instituto da remição da pena, que consiste no abatimento da pena privativa de liberdade pelo trabalho, ou seja, na possibilidade de o preso que cumpre este tipo de privação nos regimes fechado e semiaberto, remir 1 (um) dia de pena para cada 3 (três) dias de trabalho.

Vale a leitura do artigo 126, da Lei de Execuções Penais:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

§1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§2º As atividades de estudo a que se refere o §1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do §1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

Importante observar que o artigo transcrito sofreu profunda alteração na sua redação original através da Lei nº 12.433/11, que buscando otimizar o efeito ressocializador da pena,

ampliou a abrangência do instituto em estudo, na medida em que tornou possível a remição através do estudo.

Tal preceito, recentemente positivado pelo legislador, era entendimento consolidado no âmbito da jurisprudência do STJ, que inclusive, formulou um verbete de súmula para tanto:

Súmula 341 do STJ: A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semi-aberto.

Pois bem, apesar de ser um direito inegavelmente reconhecido pela doutrina e jurisprudência nacional, na prática a execução deste com a aplicação do mencionado instituto se depara com uma realidade tormentosa.

A maior parte dos presidiários não trabalham devido a falta de oportunidades nos presídios, e mesmo que essas venham a surgir, não se prestam a ressocializar o detento, na medida em que não proporcionam experiência laboral adequada.

Assim, somado a um baixo número de presos que exercem atividades educacionais, acaba sendo insatisfatório o índice de reincidência por conta da política adotada.

Resta claro a necessidade de rediscussão da política nacional dedicada ao tema, na medida em que profunde as desigualdades.

2. A REPRESSÃO NA NOVA ORDEM PENAL

A partir do visível inconformismo existente no seio da sociedade brasileira no que diz respeito a atual política criminal, baseado em penas brandas, amplitude na possibilidade de comutação destas penas e ainda, no polêmico sistema de progressão de penas, é importante visualizar uma nova ordem penal.

Como exposto no item 1 do presente artigo, há duvidosa proporcionalidade entre as penas estabelecidas pelo legislador, na medida em que pune com menor rigor a ofensa a bens que supostamente possuem maior valor para o ordenamento jurídico.

No exemplo exposto, a ofensa à um direito patrimonial enseja reprimenda 5 (cinco) vezes maior do que a direcionada contra a vida ou a saúde de pessoa sob a autoridade, guarda ou vigilância do autor do crime de maus tratos, delito inserido no capítulo referente aos crimes relacionados à periclitación da vida e da saúde, que por sua vez, é inserido no título relacionado aos crimes contra a pessoa.

Nos próximos subcapítulos, será exposta uma nova ordem penal, acrescentando sugestões embrionárias tendo em vista a reforma ou o desenvolvimento de uma nova política criminal.

Vale ressaltar que não se está, aqui, buscando a abolição da atual temática existente no Brasil, e sim, apenas buscando readequar uma nova ordem repressiva aos novos tempos. E falamos em readequação, já que outrora o sistema que agora se critica mostrou-se eficaz na repressão da criminalidade.

2.1. UM NOVO PARÂMETRO DE PROPORCIONALIDADE

Logo no item 1.1 do presente estudo, foi exposto o temor que existe entre os juristas a respeito da evidente desproporcionalidade entre as penas dispostas, em suma, no atual Código Penal, chamando a atenção para o fato de que o projeto do novo diploma criminal persiste em manter tais disparidades, como no exemplo dado (vide item 1.1), mais uma vez, o desleixo na proteção dos incapazes em comparação com a proteção dedicada à vida animal.

Não se pretende criar qualquer obstáculo a proteção da vida silvestre, e sim, buscar uma melhor proporcionalidade entre as penas, com base nos bens primordiais expostos na Constituição Federal.

Em tempos anteriores à era de Cristo, a humanidade buscava a fórmula ideal para a repressão à prática de crimes, época em que surgiram os primeiros indícios da aplicação do princípio de talião.

Tal princípio põe em foco a correlação e semelhança entre o mal causado a alguém e o castigo imposto a quem o causou, algo como o atual princípio da retribuição da pena, sendo que, porém, a punição era definida de acordo com a categoria social do criminoso, e da vítima.

O atual Código Penal se subordina ao binômio retribuição-ressocialização, sendo este o ponto de partida de nossas sugestões.

Contra o agente que matar alguém, é aplicada, a princípio, a pena referente ao delito de homicídio simples, que se situa entre 6 (seis) e 20 (vinte) anos, com base no artigo 121, do Código Penal. Momento em que surge o primeiro questionamento: Estaria sendo honrado o princípio da retribuição ao agente que põe fim à vida de um ser humano com míseros 6 (seis) anos de pena privativa de liberdade?

Vozes de diversos setores da sociedade relutam em acreditar nessa ideia por entenderem se tratar de pena por demais branda, longe de infringir temor aos agentes que se dispõem à prática de tal crime.

Defendendo o desencarceramento e do princípio da ressocialização da pena, a nova ordem penal deve buscar primeiramente recuperar o condenado, que antes de tudo, também é um ser humano, assim como a vítima.

Alguns ainda se apoiam no princípio da co-culpabilidade, apontando para a parcela de responsabilidade que deve ser atribuída à sociedade pela prática, *in casu*, do crime de

homicídio. Para Zaffaroni e Pierangeli³, “a sociedade – por melhor que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. (...) Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarrega-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade.”

Não há qualquer dúvida de que o princípio da ressocialização da pena deve ser honrado. Porém, primeiramente deve ser observado o aspecto retributivo da pena, com a inicial resposta repressora do Estado contra o agente, sancionado de forma dura pelo mal causado ao seu semelhante.

O agente deve ser submetido à pena privativa de liberdade com o balizamento entre 12 (doze) à 20 (vinte) anos de reclusão, sendo a pena mínima igual a prevista, hoje, para a prática do crime de homicídio qualificado. Enquanto para este último crime, o balizamento poderia se enquadrar entre 20 (vinte) e 40 (quarenta) anos de reclusão, com a superação do limite de 30 (trinta) anos, como estabelecido no artigo 75, do Código Penal, com redação dada pela Lei 7.209/84, lei reformadora da parte geral da lei repressora.

2.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS NA NOVA ORDEM PENAL

O preceito secundário previsto nos tipos criminais nada mais é do que a margem de atuação deixada ao magistrado, pelo legislador, no momento da fixação da pena, ou seja, trata-se de previsão legislativa que o Juiz, diante da análise do caso concreto, se utiliza para determinar em que patamar será definida a pena base pela prática do delito realizado pelo agente.

³ ZAFFARONI E PIERANGELI *apud* GRECO, p. 425.

Definida a pena base, de acordo com o critério disposto no artigo 59, do Código Penal, devemos abordar uma questão delicada que desrespeito à individualização da pena, a definição da pena mínima a ser aplicada ao agente.

Considerando que os diversos crimes existentes em nosso ordenamento jurídico são praticados das mais variadas formas possíveis; e levando em consideração que cada ser humano é único em sua maneira de pensar, agir, e inclusive na possibilidade de praticar um delito de forma única, ou seja, realizando um *modus operandi* específico para cumprir o seu intento, devemos, na medida do possível, adaptar o caso concreto à margem de atuação criada pelo legislador.

Assim, após ser devidamente constatada a materialidade do crime, em processo onde foi respeitado os princípios da ampla defesa e do contraditório, a pena a ser aplicada ao agente deve ser estabelecida a partir de processo de individualização da pena, conhecido como “dosimetria da pena”, instituto resumidamente abordado ao longo do item 1.4., onde foi iniciada a questão.

O processo de individualização da pena, utilizando-se do princípio da isonomia, busca evitar que agentes que cometeram delitos semelhantes recebam a aplicação de pena completamente diferentes.

Porém, ocorre que o mencionado instituto, na prática, nem sempre é elaborado de forma criteriosa, deixando de utilizar toda a margem estabelecida pelo legislador, já que é comum magistrados se limitarem à aplicação da denominada “pena mínima”, modo de atuar legal, na medida em que mais benéfico ao réu, podendo ser lembrado o princípio do favor rei, para permear o assunto.

Apesar de, em tese, não trazer qualquer prejuízo ao réu, a não observância à uma forma criteriosa de individualização da pena criar penas inferiores ao que seria necessário

para possibilitar a retribuição da pena, gerando um sentimento de impunidade no seio da sociedade brasileira.

Condenando à pena mínima dois agentes que praticaram o mesmo delito, mas que realizaram a conduta descrita no tipo penal de forma diversa, estará sendo descumprida a devida individualização da pena, já que ao menos um deles, aquele que atuou de forma menos reprovável, estará sendo punido de forma mais severa, enquanto o outro, receberá tratamento mais brando, havendo afronta ao princípio da isonomia.

Aos olhos da sociedade, o segundo agente estará recebendo resposta penal insuficiente em relação à conduta por ele praticada, e assim, não sendo suficientemente punido, havendo afronta ao princípio da retribuição da pena, e contribuindo ainda mais para a crescente falta de credibilidade com relação ao atual Direito Penal.

Se o legislador definiu que em determinado crime a pena base poderá variar de acordo com os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, deve o magistrado, diante do caso concreto, estabelecer pena que seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Deixar de analisar a conduta do agente de forma pormenorizada, representa afronta ao artigo 59 do Código Penal, bem como ao inciso XLVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, representando atuação cômoda e despreocupada com a devida repressão à criminalidade.

2.3 UMA NOVA EXECUÇÃO PENAL

Após a pena ser individualizada, oriunda de sentença penal condenatória, irrecorrível, deverá o Juízo que condenou o agente expedir guia de recolhimento provisória ao

Juízo da Execução Penal, devendo esta ser cancelada ou não, de acordo com o resultado do recurso provavelmente interposto pelo condenado, na forma do artigos 8º ao 11º, todos da Resolução nº 113, do Conselho Nacional de Justiça:

DA GUIA DE RECOLHIMENTO PROVISÓRIA

Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Art. 9º A guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs, acompanhada, no que couber, das peças e informações previstas no artigo 1º.

§1º A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal.

§2º Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Art. 10 Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia.

Art. 11 Sobrevindo condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento encaminhará as peças complementares, nos termos do artigo 1º, ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa.

Daí em diante, passa a pena privativa de liberdade, a que está submetido o condenado, a seguir o sistema de progressão de pena previsto no artigo 112 do Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais).

O mencionado dispositivo estabelece que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida ao menos em uma fração de 1/6 do tempo previsto, e assim, ostentando o condenado bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, deve aquele fazer jus a progressão em estudo.

Há forte resistência na sociedade com relação a este requisito objetivo, já que a fração prevista pelo legislador seria por demais exígua, possibilitando a progressão da pena entre os regimes fechado e semiaberto em período por demais breve, apesar, de ser, em tese, prazo apontado pelo legislador como suficiente para a retribuição penal e o início da ressocialização do condenado.

Importante trazer um exemplo para ilustrar o caso: João, após realizar assalto a mão armada à um transeunte, quando desferiu coronhadas, chutes e ainda submeteu a vítima à momentos de terror com o cano de um revolver apontado para sua cabeça, é condenado à pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos pela prática do delito de roubo com aumento de pena, na forma do artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, do Código Penal. Assim, com base na alínea “a”, do parágrafo 2º, do artigo 33, do mesmo diploma legal, deverá o agente iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Porém, após o cumprimento de apenas 2 (dois) anos, ostentando bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, deverá fazer jus a progressão da pena para o regime semiaberto.

Veja, no caso em tela, João, após realizar conduta altamente reprovável contra cidadão que provavelmente carregará um trauma pelo resto de sua vida, fará jus à regime de cumprimento de pena semiaberto após o cumprimento de pena em regime fechado por lapso temporal extremamente curto.

Para evitar que situações como esta ocorram, é importante à modificação de tal regramento, com a definição de novos requisitos para a progressão do regime de cumprimento de pena, com o estabelecimento de frações que imponham maior dificuldade para a obtenção da mencionada progressão, e ainda, com a criação de requisitos subjetivos que permitam a análise da situação do detentor no momento em que este complete a nova fração prevista pelo legislador.

Assim, em razão da duvidosa efetividade da Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), que está prestes a completar 30 anos de vigência, o Senado Federal tomou a iniciativa de encomendar um Projeto de Lei a juristas e profissionais da área, sendo instalada no dia 4 de abril de 2013, Comissão responsável pelos estudos, sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti.

Apesar de a LEP buscar a recuperação pessoal, reinserção e manutenção do convívio em sociedade do condenado, tais objetivos nunca foram realmente alcançados, o que possibilitou a reinserção de detentos de alta periculosidade junto ao convívio com a sociedade, que permanece desprotegida diante do crescente índice de criminalidade na maioria das capitais brasileiras.

De acordo com a avaliação do Ministro⁴, o novo projeto deve estar atento a situação de superlotação existente no cárcere, em que os condenados são mantidos em presídios superlotados.

Muitas das vezes, os detentos permanecem nessas condições já com as suas penas privativas de liberdade devidamente cumpridas, já que existe grande burocracia na operacionalização da expedição de alvará de soltura.

Surgiram novas súmulas tratando do tema, como por exemplo, o verbete número 493 do Superior Tribunal de Justiça, que autoriza a realização do exame criminológico como requisito para a progressão, desde que justificado em cada caso específico, dificultando a reinserção de presos ainda não ressocializados.

Assim, apesar de não ser mais obrigatório, tal súmula autoriza ao magistrado se utilizar deste instrumento com o objetivo de aferir se aquele detento está apto a retornar ao convívio social, sem por em risco a segurança da sociedade.

2.3.1 O TRABALHO E O ESTUDO DO PRESO NA NOVA ORDEM PENAL

Como observado no item 1.5.1, é de extrema importância o trabalho na vida do ser humano, não podendo ser diferente o realizado pelo detento, durante o cumprimento de pena,

⁴ Após 30 anos, execução penal deve enfrentar reformas para efetivar punições e assegurar direitos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109233>. Acesso em 24/04/2013.

proporcionando ou acentuando as transformações individuais do preso, colaborando na criação de metas e objetivos na vida deste.

Para Mirabete⁵, “Na moderna concepção penitenciária, o momento da execução da pena contém uma finalidade reabilitadora ou de reinserção social, assinalando-se o sentido pedagógico do trabalho. Entende-se hoje por trabalho penitenciário a atividade dos presos e internados, no estabelecimento penal ou fora dele, com remuneração equitativa e equiparado ao das pessoas livres no concernente à segurança, higiene e direitos previdenciários e sociais.”

Assim, é importante que a nova ordem garanta o exercício deste direito por parte dos detentos, desenvolvendo mecanismos que permitam um maior aproveitamento desta ferramenta, como por exemplo, a criação de espécies de “escalonamento de carreira” a ser aplicado ao trabalho realizado pelos internos.

A partir da criação de tal escalonamento, a medida que o preso fore progredindo no cumprimento de sua pena, e de metas estabelecidas em lei, poderá galgar novo patamar dentro do trabalho no cárcere com a obtenção de maiores benefícios, permitindo maior sucesso na reinserção social dos internos, na medida em que estes terão uma maior motivação para o trabalho.

Ainda no que diz respeito à remição da pena, considerando que o objetivo deste é a reintegração do preso à sociedade, deve ser ressaltado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consagrado no verbete de súmula 341, em que reconhece o direito do preso à remição de pena pelo estudo, entendimento incorporado à legislação em 2011.

Sendo a educação a base de qualquer sociedade desenvolvida, andou bem o Superior Tribunal de Justiça, bem como o legislador, ao assegurar tal direito, já que o mencionado direito incentiva o bom comportamento e a readaptação do preso ao convívio social.

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. Comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28.

CONCLUSÃO

Como abordado ao longo de todo o estudo, resta evidente a necessidade de um maior tempo para a análise das transformações que devem ser realizadas no Direito Penal brasileiro, com o objetivo de tornar o direito mais rigoroso com aqueles que insistem em agir de forma contrária às normas existentes, bem como, possibilitando maior sucesso na ressocialização dos detentos, através do desenvolvimento de ferramentas como a apontada no item anterior, quando em análise o tema acerca da remição da pena.

Não menos importante as digressões feitas sobre a adequação dos balizadores penais e o estabelecimento do equilíbrio nas penas mínimas e máximas a serem definidas, já que existe flagrante desproporção entre os preceitos secundários hoje existentes.

Urgente é a discussão acerca do pedido do Senado Federal para a elaboração de uma reforma ou até mesmo uma nova Lei de Execuções Penais, que disponha de um novo sistema de progressão de regime de cumprimento das penas, com o estabelecimento de regras mais eficazes para o instituto.

REFERÊNCIAS

Após 30 anos, execução penal deve enfrentar reformas para efetivar punições e assegurar direitos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=109233>. Acesso em 24/04/2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 28.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SETTI, Ricardo. Periódicos eletrônicos: *proporcionalidade das penas*. Coluna do Ricardo Setti. Política e Cia. Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/tag/proporcionalidade-das-penas/>>. Acesso em: 05 nov. 2012.