

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

**THAMIRES PEREIRA DE JESUS**

**AS FINALIDADES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO  
BRASILEIRO**

**SÃO MATEUS**

**2020**

THAMIRES PEREIRA DE JESUS

**AS FINALIDADES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO  
BRASILEIRO**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Rubens da Silva Cruz.

SÃO MATEUS

2020

THAMIRES PEREIRA DE JESUS

AS FINALIDADES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO  
BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Orientador: Rubens da Silva Cruz**

**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

---

**Prof.**

**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

---

**Prof.**

**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Dedico esse trabalho a minha filha Isis  
Pereira Lurentt, que me fez acreditar que  
sou capaz e não me deixa desistir.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente agradeço a Deus, por ter me sustentado e por fazer isso possível na minha vida nesses cinco anos de faculdade, me manteve de pé e ter me dado sabedoria.

Agradeço a minha família, por serem a minha base e por não me deixar desistir e sempre me dado apoio em todos os momentos

Quero agradecer o Orientador Professor Rubens da Silva Cruz pelo empenho e dedicação e todo apoio na elaboração da minha monografia.

Aos professores e mestres por proporcionar o conhecimento e acreditar que sou capaz, basta nos dedicar e correr atrás dos nossos objetivos.

Aos colegas da turma que do começo ao fim tivemos fazer de brigas, desentendimentos, mas enfim superamos.

Obrigada por toda paciência e carinho desde já quero agradecer a todos que direta ou indiretamente fizeram para da minha formação.

**MUITO OBRIGADA!**

*“Em tudo daí graças, porque esta é a  
vontade de Deus em Cristo Jesus para  
convosco”*

*(1º Tessalonicenses 5.18)*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar as finalidades da pena privativa de liberdade, sobretudo num cenário em que os meios de comunicação propagam a entrada em vigor do Pacote Anticrime, uma lei nova que tem o objetivo de melhorar a aplicação da legislação penal, assim como a situação caótica dos estabelecimentos penais brasileiros, locais cujas notícias falam em abusos e violações de direitos, falta de vagas, fugas, mortes e falta de gestão pública. Assim, a pena é uma resposta estatal àquele que comete um delito, tendo por finalidade a retribuição, a prevenção e a ressocialização, esta última muito prejudicada pelo estado de coisas inconstitucional que acomete o sistema penitenciário. Além disso, as penas são previstas no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que exemplificam algumas modalidades como a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e a pena de multa. Ao lado dessa previsão, a Carta Constitucional proíbe penas cruéis e outras modalidades punitivas que violam a dignidade humana. Assim humanidade, a proporcionalidade, a necessidade e individualização da pena são princípios que devem ser respeitados na previsão, no processamento e execução das penas. A individualização se impõe como um dos mais importantes princípios pois decorre dela o sistema trifásico da dosimetria da pena. Por ele o juiz calcula a pena-base através das circunstâncias judiciais, numa primeira fase, utiliza as agravantes e atenuantes para se chegar a pena intermediária e por fim, obtém a pena definitiva numa terceira fase, através das causas de aumento e diminuição da pena. Aliado a isso, a fixação do regime inicial fechado, semiaberto e aberto com base na quantidade de pena, reincidência e circunstâncias, bem como a progressão do regime após cumprimento de uma percentagem de pena no regime anterior e o bom comportamento caminham no sentido de realização da individualização da pena e busca por suas finalidades: retribuição, prevenção e ressocialização.

**Palavras-chave:** pena; retribuição, prevenção, ressocialização, progressão.

## **ABSTRACT**

This work aims to verify the purposes of the custodial sentence, especially in a scenario in which the media propagate the entry into force of the Anticrime Package, a new law that aims to improve the application of criminal law, as well as the chaotic situation of Brazilian penal establishments, places whose news speak of abuses and violations of rights, lack of vacancies, escapes, deaths and lack of public management. Thus, the penalty is a state response to the one who commits an offense, with the purpose of retribution, prevention and resocialization, the latter severely hampered by the unconstitutional state of affairs that affects the prison system. In addition, the penalties are provided for in Article 5 of the Federal Constitution of 1988, which exemplify some modalities such as the custodial sentence, the restrictive sentence and the fine. In addition to this prediction, the Constitutional Charter prohibits cruel penalties and other punitive modalities that violate human dignity. Thus humanity, proportionality, the need and individualization of the penalty are principles that must be respected in the prediction, processing and execution of penalties. Individualization imposes itself as one of the most important principles since it results from the three-phase system of the dosimetry of the penalty. According to him, the judge calculates the base penalty through the judicial circumstances, in a first stage, uses the aggravating and mitigating factors to arrive at the intermediate penalty and finally, obtains the final penalty in a third stage, through the causes of increase and decrease of the penalty . Allied to this, the establishment of the initial closed, semi-open and open regime based on the amount of penalty, recidivism and circumstances, as well as the progression of the regime after serving a percentage of the penalty in the previous regime and good behavior go in the direction of accomplishment. individualization of the penalty and search for its purposes: retribution, prevention and resocialization.

**Keywords:** feather; retribution, prevention, resocialization, progression

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. TEORIA GERAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</b> .....	<b>12</b>
1.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA .....	12
1.2 PREVISÃO LEGAL E ESPÉCIES .....	14
1.3 FINALIDADES DA PENA .....	15
<b>2. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</b> .....	<b>18</b>
2.1 SISTEMA PENITENCIÁRIO PENSILVÂNICO (DA FILADÉLFIA, BELGA OU CELULAR).....	21
2.2 SISTEMA AUBURNIANO.....	22
2.3 SISTEMA PROGRESSIVO (INGLÊS OU IRLANDÊS).....	23
<b>3. O PACOTE ANTICRIME E A APLICAÇÃO DA PENA</b> .....	<b>28</b>
3.1 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ.....	31
3.2 COLABORAÇÃO PREMIADA E REGIME INICIAL .....	32
3.3. REGIME INICIAL DE PENA PARA OS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS.....	34
3.4 DIREITO DE CUMPRIR A PENA NO ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO.....	37
3.5 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.....	38
3.6 ESTABELECIMENTO PENAL DE SEGURANÇA MÁXIMA.....	41
3.7 SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE .....	43
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>49</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

É certo que a pena é um dos mais interessantes institutos do Direito Penal e do Direito em geral.

Sabe-se que a pena é a consequência do delito, sendo a pena privativa de liberdade a mais temida.

O cenário jurídico brasileiro sempre discute sobre a pena privativa de liberdade, sendo divergentes as posições dos estudiosos, seja no sentido de defender a pena privativa de liberdade ou mesmo buscar mecanismos equivalentes à privação da liberdade do indivíduo.

Sobretudo esse tema vem à tona, na atualidade, dada aparente falência dos estabelecimentos penais, pois não alcançam resultados visíveis no sentido de evitar a proliferação dos crimes e o retorno dos indivíduos ao cárcere. Não se vislumbra a regeneração do ser humano.

Por outro lado, os estabelecimentos penais são maus vistos, são exemplos de locais de proliferação das modalidades criminosas, além de ser um ambiente propício para violações de toda ordem de direitos do ser humano.

Então resta investigar as finalidades da pena privativa de liberdade no Brasil, sobretudo com a entrada em vigor da Lei denominada de Pacote Anticrime.

A hipótese é que não há nada de mudança e que o Pacote Anticrime foi desidratado no Congresso Nacional, além de seus principais institutos terem sua eficácia suspensa pelo Poder Judiciário, significando uma “letra morta”, vigente, mas ineficaz.

Objetiva-se então averiguar a qual linha de finalidade da pena o Brasil adotou e se isso vem sendo realizado com o Pacote Anticrime, sobretudo à luz da principiologia da pena consagrada no patamar constitucional.

Para tanto o primeiro capítulo tem a missão de estudar o conceito e as finalidades da pena na doutrina e no ordenamento jurídico brasileiro.

Já o segundo capítulo versará sobre a aplicação da pena pelo juiz, tanto na fase de cálculo da pena na sentença, quanto na fixação do regime de cumprimento da pena e os sistemas penitenciários mais estudados no mundo.

Por fim, o terceiro capítulo terá o condão de verificar as principais mudanças trazidas pela Lei 13.964/2019, denominada de Pacote Anticrime, sobretudo no que

tange a progressão de regime de cumprimento de pena, a fixação do regime inicial, o regime disciplinar diferenciado, reflexos na lei de organização criminosa e nos crimes hediondos, dentre outros.

Finalmente, ressalta-se que é uma pesquisa bibliográfica, contado com a melhor doutrina penalista brasileira da atualidade, bem como as mais recentes modificações legislativas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

## 1. TEORIA GERAL DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

### 1.1 CONCEITO E ORIGEM HISTÓRICA

Ao falar sobre a pena, Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 351) a coloca como uma sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, que se atribui ao criminoso, cuja finalidade é retribuir ao indivíduo pelo delito por ele perpetrado e prevenir novos crimes.

Conforme ensina Mir Puig na obra *Estado, pena y delito*, a pena é algo ruim, característica inegável:

[...] Ninguém pode negar que a pena é um mal que se impõe como consequência de um delito. A pena é, sem dúvida, um castigo. Aqui não valem enfemismos, e também a teoria preventiva deve começar a reconhecer o caráter de castigo da pena. Entretanto, uma coisa é o que seja a pena e outra, distinta, qual seja a sua função e o que legitima o seu exercício. Noutra aspecto, contrapõem-se as concepções retributiva e preventiva. Os retribucionistas creem que a pena serve à realização da Justiça e que se legitima suficientemente como exigência de pagar o mal com outro mal. Os prevenicionistas estimam, noutra prisma, que o castigo da pena se impõe para evitar a delinquência na medida do possível e que somente está justificado o castigo quando resulta necessário para combater o delito. Retribuição e prevenção supõem, pois, duas formas distintas de legitimação da pena. Rechaço a legitimação que oferece a retribuição. Inclino-me pela prevenção [...] (apud NUCCI, 2019, p. 352).

Segundo o princípio *nulla poena sine crimine*, a pena é uma consequência jurídica da infração penal (crime ou contravenção penal). Desse modo, praticado um fato típico e ilícito, e havendo a culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), surge a possibilidade de aplicação da pena (MASSON, 2017).

Assim, para a doutrina, a pena é a espécie de sanção penal consistente na privação de determinados bens jurídicos, cujo pressuposto é a culpabilidade do agente. Entretanto, não se deve confundir pena com sanção penal. Isso porque a pena é uma das espécies de sanção penal. A outra é a medida de segurança aplicada aos inimputáveis e aos semi-imputáveis (MASSON, 2017).

Rogério Sanches Cunha (2020), assevera que a pena tem como pressuposto a culpabilidade, ao passo que a medida de segurança possui como pressuposto a periculosidade (comprovada pela prática de um crime). A imposição da medida de segurança, segundo a concepção dominante no Direito comparado, não se trata de uma forma de reação ao crime cometido, mas para evitar outros no futuro. Em

resumo, as penas e as medidas de segurança são as duas espécies de sanção penal.

Para Rogério Sanches Cunha (2020), apesar de classicamente o Direito Penal se desenvolver num sistema de dupla via, há doutrina ensinando uma terceira via, na qual, o Direito Penal é o Direito Penal sem pena e sem medida de segurança. Daí a sanção penal seria substituída pela reparação do dano provocado a vítima. Já que o agente reparou a vítima, o Estado deixa de aplicar a pena. No Brasil, o grande exemplo é a composição civil dos danos, conforme o artigo 74 da lei 9099/95.

Vale ainda observar que terceira Velocidade (Direito Penal do Inimigo) não é a mesma coisa que terceira via do Direito Penal. A terceira velocidade é a forma de estabelecer maior rigorosidade para determinados criminosos contumazes, os quais não teriam as mesmas garantias constitucionais do cidadão comum. O exemplo no Brasil da adoção do Direito Penal do Inimigo seria a Lei de Crimes Hediondos e o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, porém para a maioria da doutrina o Direito Penal do Inimigo não pode ser adotado em face das garantias constitucionais (CUNHA, 2020).

O autor observa que para o cidadão que eventualmente comete crime – deve ser observado todo espectro de garantias constitucionais e fundamentais inerentes a pessoa humana. Exemplo: Devido processo legal, ampla defesa, contraditório e etc. Porém, no âmbito do Direito Penal do Inimigo, considerando que o indivíduo comete delitos de forma reiterada, a ele não há necessidade de observância de todas as garantias constitucionais, as quais podem ser mitigadas para fazer valer a coercitividade do sistema (CUNHA, 2020).

Outro exemplo apontado como terceira via do Direito Penal é a chamada Justiça Restaurativa – que é uma oposição a Justiça Retributiva. Daí, a Justiça Restaurativa quer a composição do dano causado a vítima. A Justiça Restaurativa adota essa 3ª via e em adquirido cada vez mais importância no cenário jurídico penal, pois baseada num procedimento de consenso envolvendo os personagens da infração penal (autor, vítima e comunidade). Quebra a dualidade da função da pena (retribuição e prevenção), incluindo a reparação do dano à vítima como nova possibilidade (CUNHA, 2020).

Na concepção de Claus Roxin (apud CUNHA, 2020) é a reparação de danos, legitimada que está pelo princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Isso porque, para além da pena e da medida de segurança, ela é uma medida penal independente, que alia elementos do Direito Civil e cumpre com os fins da pena. Assim, a reparação substituiria ou atenuaria a pena naqueles casos nos quais convenha, tão bem ou melhor, aos fins da pena, e às necessidades da vítima. A inclusão no sistema penal, sancionador da indenização material e imaterial da vítima significaria que o Direito Penal possa a se aproximar mais da realidade social.

Segundo Roxin (apud AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 383), se discute vivamente a questão se a reparação do dano pode dar lugar a uma “terceira via” do Direito Penal (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Madrid: Civitas, 1997, p. 108). Para o autor, a reparação voluntária deve ser realizada antes da instauração da ação penal e tem como consequência a diminuição da pena, a suspensão condicional e, salvo para os delitos graves, até a dispensa da pena.

## 1.2 PREVISÃO LEGAL E ESPÉCIES

As penas estão previstas na parte geral do Código Penal, bem como em diversas leis extravagantes, sendo a principal fonte o artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

[...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:  
 a) privação ou restrição da liberdade;  
 b) perda de bens;  
 c) multa;  
 d) prestação social alternativa;  
 e) suspensão ou interdição de direitos [...] (BRASIL, 2020).

Veja-se que o próprio texto constitucional admite outras espécies de pena, demonstrando que o rol acima é apenas exemplificativo.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 veda a utilização de modalidades de penas que violam a dignidade humana:

[...] XLVII - não haverá penas:  
 a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;  
 b) de caráter perpétuo;  
 c) de trabalhos forçados;  
 d) de banimento;  
 e) cruéis [...] (BRASIL, 2020).

Portanto, dos dispositivos constitucionais, a doutrina elenca uma série de princípios aplicáveis ao instituto das penas: legalidade estrita ou reserva legal, anterioridade da lei, aplicação da lei mais favorável, individualização da pena, humanidade, pessoalidade, personalidade ou intranscendência, suficiência, necessidade concreta da pena e princípio da irrelevância penal do fato, dentre outros (AZEVED e SALIM, 2020, p. 387 a 389).

### 1.3 FINALIDADES DA PENA

De acordo com Rogério Sanches Cunha (2020), há uma relação dinâmica entre o Estado e a visão dos fins da pena, de sorte que as teorias que justificam a pena encontram sua motivação em conformidade com a estrutura política do Estado. Apesar da histórica discussão acerca dos fins da pena, duas teorias se destacam: as teorias absolutas (pena como forma de retribuição pelo crime cometido) e as teorias relativas (pena como meio para realizar o fim utilitário da prevenção de crime). Dessas duas teorias existem outras variantes denominadas de teorias mistas, unitárias ou ecléticas, mas sempre procurando uma combinação das duas primeiras posições.

Assim, para a Escola Clássica (Francesco Carrara) , a pena surge como forma de prevenção de novos crimes, defesa da sociedade: “punitur ne peccetur”. É necessidade ética, reequilíbrio do sistema: punitur quia peccatum est. Já para os seguidores da Escola Positiva (Cesare Lombroso), a pena funda-se na defesa social: objetiva a prevenção de crimes; deve ser indeterminada, adequando-se ao criminoso para corrigi-lo. Rafael Garofalo, por exemplo, vê a pena como forma de eliminar o criminoso grave, defendendo até a pena de morte (CUNHA, 2020).

Ressalta-se também a Terza Scuola Italiana (Emanuele Carnevale), por sua vez, ampara-se em conceitos clássicos e positivistas. Na Escola Penal Humanista (Vicenzo Lanza), a pena é forma de educar o culpado. Pena é educação. Para a Escola Técnico-jurídica (Vicenzo Manzini), a pena surge como meio de defesa da contra perigosidade do agente; tem por objetivo castigar o delinquente. De acordo com os adeptos da Escola Moderna Alemã (Franz Von Lizst), cuida-se de instrumento de ordem e segurança social. A função preventiva geral negativa (coaçoão psicológica). A Escola Correccionalista (Karl David August Roeder) entendia

a pena como correção da vontade do criminoso e não a retribuição a um mal, motivo pelo qual pode ser indeterminada. Para os seguidores da Escola da Nova Defesa Social (Filippo Gramatica), a pena é uma reação da sociedade com objetivo de proteção do cidadão. Em suma, desde a Idade Média a finalidade da pena é objeto de intenso debate (CUNHA, 2020).

Na verdade, a teoria adota explica os objetivos buscados pelo Estado ao aplicar a pena, bem como o que o Estado quer com tal aplicação (CUNHA, 2020).

Então, a primeira teoria apresentada é a teoria absoluta. Por ela, a pena tem uma finalidade retributiva (Kant) (Hegel). A finalidade da pena é punir o criminoso e nada mais. A pena é um castigo, tendo caráter expiatório ou aflitivo. Também reconhece que a pena é um mal. Assim, a pena é um mal justo. A pena é concebida como uma forma de retribuição justa pela prática de um delito (CUNHA, 2020).

Para a doutrina, a teoria absoluta concebe a pena como um mal, pois o crime não deve restar impune, de sorte que o delinquente deve receber um castigo como forma de retribuição mal causado para que seja realizada a justiça. Para essa concepção, a pena não possui nenhum fim socialmente útil, como, por exemplo, a prevenção de delitos, mas sim de castigar o criminoso pela prática do crime. Kant e Hegel são os dois grandes expoentes das teses absolutas da pena. Logo, a pena é um instrumento de vingança do Estado contra o criminoso. A crítica que se faz dessa teoria é que na finalidade retributiva, a pena não tem finalidade prática a exemplo da pena de morte (CUNHA, 2020).

Já na teoria relativa, a finalidade da pena leve é preventiva. O Estado aplica uma pena para prevenir, evitar novos crimes. A finalidade da pena é a prevenção. Há uma prevenção geral: é aquela que se dirige aos demais membros da sociedade. O Estado pune para evitar que os demais membros da sociedade venha delinquir. Instrumentalização do ser humano. O condenado vai ser um objeto de exemplo. O ser humano sempre vai ser um fim. Também há uma prevenção especial: é aquela que volta para o próprio condenado. O Estado pune para que aquele criminoso não volte a delinquir. O direito penal assume um papel educativo e a educação não é um papel do direito penal (CUNHA, 2020).

Para a maioria da doutrina, em razão do artigo 59 do Código Penal Brasil, a finalidade da pena no Brasil é tríplice finalidade: Retribuição, Prevenção geral e Prevenção especial. Assim, o Brasil adotou a teoria mista, que também foi adotada

pelo Pacto de São José da Costa Rica e em diversos dispositivos da Lei de Execuções Penais.

Apesar de toda prevenção legal e entendimento doutrinários, é fato que o sistema penitenciário brasileiro vive dias de colapso estrutural, apresentando fugas, mortes de agressões a detentos, doenças adquiridas, falta de vagas, condições precárias, superpopulação carcerária, corrupção, dentre outros, fato que levou o Supremo Tribunal Federal a entender que se vive num estado de coisas inconstitucional, conforme salienta Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 37):

[...] O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional. O STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas.

Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira “falha estrutural” que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação.

Assim, cabe ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando resolver o problema e monitorar os resultados alcançados [...].

Portanto, com esse estado de coisas inconstitucional porque passa o sistema penitenciário, é tarefa difícil alcançar as finalidades da pena no Brasil, notadamente a ressocialização.

## **2. SISTEMAS PENITENCIÁRIOS E A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE**

De acordo com a doutrina (CUNHA, 2020), a forma mais drástica de punição (sem esquecer as hipóteses em que se admite pena capital), as penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, detenção ou prisão simples, variando, principalmente, o grau de institucionalização do indivíduo.

Com relação à pena de reclusão que é reservada para os crimes mais grave, devendo ser cumprida no regime fechado (artigo 34 do Código Penal), regime semiaberto (artigo 35 do Código Penal) ou no regime aberto (artigo 36 do Código Penal. No que tange aos efeitos extrapenais, a pena de reclusão pode ter como efeito a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela, nos crimes dolosos praticados contra os filhos, tutelados e curatelados, conforme o artigo 92, II, do Código Penal.). E a pena de reclusão admite como meio de investigação a interceptação telefônica do investigado (CUNHA, 2020).

Por sua vez, a pena de detenção é reservada para os crimes menos graves, somente cabendo o regime inicial semiaberto ou aberto, podendo ocorrer a regressão para o regime fechado, não possuindo efeitos extrapenais da condenação, também não admitindo a interceptação telefônica como meio de investigação (CUNHA, 2020).

Já a pena de prisão simples é reservada às contravenções penais, não admitindo interceptação telefônica e não sofre os efeitos extrapenais da condenação dos artigos 91 e 92 do Código Penal, bem como só admite os regimes semiaberto ou aberto, nunca admitindo o regime fechado, nem em caráter de regressão, assim como, os indivíduos devem ficar em locais distintos daqueles que estão cumprindo punição por crimes, e sem rigores penitenciários, conforme o artigo 6º da Lei de Contravenções Penais (CUNHA, 2020).

Daí, praticada a infração penal, nasce para o Estado o direito de aplicar a sanção abstratamente cominada, forma de retribuir o mal causado e meio (supostamente eficaz) de inibir a reincidência. Para tanto, exige-se o devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que impõe a pena individualizada de acordo com a gravidade do crime e as condições pessoais do condenado (CUNHA, 2020).

O Código Penal, em seu artigo 68, adotou o sistema trifásico (ou Nelson Hungria) para o cálculo da pena privativa de liberdade. Assim, sobre a pena cominada (prevista no tipo penal), numa primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo às circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do CP; em seguida, fixada a pena-base, sobre ela incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66); por fim, encerrando o quantum da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena prevista tanto na Parte Geral como na Especial do Código (AZEVEDO e SALIM, 2020).

Então, conforme ensina a doutrina, na primeira fase da dosimetria da pena privativa de liberdade o juiz partindo do tipo abstrato (simples ou qualificado), calcula a pena-base, a partir das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. A existência do maior ou menor número de circunstâncias judiciais permitirá ao juiz atribuindo sempre 1/8 ou 1/6 para cada circunstância desfavorável, chegar à pena-base entre o mínimo e o máximo da pena. Caso não haja nenhuma circunstância desfavorável, a pena-base deve ficar no mínimo legal.

Esse sistema trifásico, devidamente fundamentado permite ao juiz realizar o princípio da individualização da pena, bem como permite a defesa do acusado ter a exata noção do porque aquele quantum de pena que é calculado na sentença.

Vale observar quais são as circunstâncias judiciais, conforme demonstrado no Código Penal e na doutrina:

[...] a primeira etapa de aplicação da sanção privativa de liberdade tem por finalidade fixar a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado estampado no tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima [...] (CUNHA, 2020, p. 508).

Após calcular a pena-base, o juiz vai buscar o cálculo da pena intermediária, partindo da pena-base obtida na etapa anterior e utilizando-se as circunstâncias agravantes e atenuantes dos artigos 61, 62, 65 e 66 a exemplo da reincidência, do motivo torpe, da menoridade relativa e senilidade, não havendo um quantum definido na lei, mas sendo orientação da doutrina o valor de 1/6 para cada circunstância encontrada, inclusive, assim como na primeira fase, nesta segunda fase, não pode o juiz chegar a um quantum de pena inferior ao mínimo e superior o máximo da pena cominada para o crime em análise.

Neste sentido é o teor da súmula 231 do STJ: “A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (AZEVEDO e SALIM, 2020).

Já na terceira fase da dosimetria da pena, o magistrado tem o objetivo de calcular a pena definitiva, partindo-se da pena intermediária e com base nas causas de aumento e causas de diminuição da pena, a exemplo da tentativa, disposta no artigo 14 do Código Penal, bem como o furto praticado no repouso noturno previsto no artigo 155 do Código Penal (CUNHA, 2020).

Após o cálculo da pena definitiva, o juiz deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, partindo-se da regra disposta no artigo 33 do Código Penal.

Assim, poderá ser fixado o regime fechado, pelo qual a pena é cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média. Poderá ser fixado o regime semiaberto, tendo a pena de ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Também poderá fixar o regime aberto, onde a pena deverá ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado (AZEVEDO e SALIM, 2020).

Vale então observar as regras do artigo 33 do Código Penal que leva em conta a quantidade de pena, as circunstâncias judiciais e a reincidência:

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)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 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.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) (BRASIL, 2020).

Logo, o juiz deve seguir, em regra, o critério estabelecido no Código Penal, conforme o artigo 33, porém, poderá fugir desse critério, fundamentando na presença ou não das circunstâncias judiciais e na gravidade concreta, conforme estabelecem as súmulas 719 e 718 do Supremo Tribunal Federal, bem como a súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Súmula 719 do STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permite exigir motivação idônea.

Súmula 718 do STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 440 do STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito [...] (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 396 e 397).

## 2.1 SISTEMA PENITENCIÁRIO PENSILVÂNICO (DA FILADÉLFIA, BELGA OU CELULAR)

De acordo com Fábio Roque Araújo (2020, p. 796), ao decorrer da história, existiram sistemas penitenciários. Eles demonstram a forma como a pena privativa de liberdade foi se modificando. É importante compreender que a prisão como cautela, isto é, como forma de instrumentalizar a imposição de alguma outra pena, existe há milênios. A prisão-pena, contudo, é muito mais recente, contando com menos de três séculos. No decorrer deste período, são vários os sistemas construídos, sendo os mais importantes merecedores de estudo.

Para o autor, o sistema pensilvânico, também chamado de sistema da Filadélfia ou belga ou celular, foi montado inicialmente, na Filadélfia, na prisão de Walnut Street, em 1790. Posteriormente, foi estendido para outras penitenciárias, em Pittsburg. Com o tempo, passou a ser amplamente adotado em países europeus (ARAÚJO, 2020, p. 796).

Para Fábio Roque (2020, p. 796), no referido sistema, o preso ficava em regime de isolamento (solitary system), em sua célula ( a partir daí a expressão “cela”), sem contato com os outros presos ou com o mundo exterior, permitindo-lhe, apenas, passeios eventuais pelo pátio do estabelecimento penal e a leitura da Bíblia. Também não se admite o trabalho do preso. Com o passar do tempo, este sistema foi sendo abrandado, permitindo-se o trabalho do preso, contato com funcionários da penitenciária etc.

Vale nas lições de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 165), observar as principais características e críticas ao referido sistema:

[...] As características essenciais dessa forma de purgar a pena fundamenta-se no isolamento celular dos intervalos, a obrigação estrita do silêncio, a meditação e a oração. Esse sistema de vigilância reduzia drasticamente os gastos com vigilância, e a segregação individual impedia a possibilidade de introduzir uma organização do tipo industrial nas prisões. Sob um ponto de vista ideológico, Melossi e Pavarini interpretam o sistema celular como uma estrutura ideal que satisfaz as exigências de qualquer instituição que requeira a presença de pessoas sob uma vigilância única, que serve não somente às prisões, mas às fábricas, hospitais, escolas etc. Já não se trataria de um sistema penitenciário criado para melhorar as prisões e conseguir a recuperação do delinquente, mas de um eficiente instrumento de dominação servindo, por sua vez, como modelo para outro tipo de relações sociais [...].

Embora tal sistema esteja obsoleto, não se deve negar os seus reflexos nos dias atuais, sobretudo no que tange a rigorosa disciplina dos presídios e o elevado crescimento da população carcerária.

## 2.2 SISTEMA AUBURNIANO

Segundo o Professor Fábio Roque, o sistema auburniano foi criado como resposta às críticas ao sistema pensilvânico, surge um novo sistema penitenciário, implantado, por primeira vez, na cidade de Auburn, no estado de Nova York, nos Estados Unidos da América, em 1818 (ARAÚJO, 2020, p. 796).

Acrescenta o autor que o citado sistema significou uma atenuação no rigor do sistema anterior. Nele, o preso mantinha o isolamento no período noturno, mas poderia, durante o dia, trabalhar, inicialmente, este trabalho era permitido apenas nas próprias celas, mas, como o tempo, passou a ser permitido, também, o trabalho em grupos, desde que fosse mantido o silêncio (silente system) ( ARAÚJO, 2020, p. 796).

Além disso, no sistema auburniano ainda havia proibições a contatos com pessoas que estivessem fora do sistema prisional, como os familiares do preso. Também se proibiam atividades educacionais e atividades físicas (ARAÚJO, 2020, p. 796).

Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 166) traz à tona as características e os objetivos do sistema de Auburn:

[...] silent system – adota, além do trabalho em comum, a regra do silêncio absoluto. Os detentos não podiam falar entre si, somente com os guardas, com licença prévia e em voz baixa. Neste silêncio absoluto Foucault vê uma clara influência do modelo monástico, além da disciplina obreira. Esse silêncio, ininterrupto, mais que propiciar a meditação e a correção, é um instrumento essencial de poder, permitindo que uns poucos controlem uma multidão. O modelo auburniano, da mesma forma que o filadélfico, pretende, consciente ou inconscientemente, servir de modelo ideal à sociedade, um microcosmos de uma sociedade perfeita onde os indivíduos se encontrem isolados em sua existência moral, mas são reunidos sob um enquadramento hierárquico estrito, com o fim de resultarem produtivos ao sistema [...].

Por sua vez, Foucault (apud BITENCOURT, 2015, p. 166 e 167) não acredita no modelo auburniano como instrumento propiciador da reforma ou a correção do delinquente, tal como consideraram os mais otimistas; ao contrário, considera-o um meio eficaz para a imposição e manutenção do poder. Nesse sentido afirma que: “este jogo de isolamento, de reunião sem comunicação e da lei garantida por um controle ininterrupto deve readaptar o criminoso como indivíduo social: educa-o para uma atividade útil e resignada, e lhe restitui alguns hábitos de sociabilidade”.

Um dos grandes legados desse sistema é o trabalho do preso, o qual, no âmbito da execução penal brasileira é tido como um direito e um dever do reeducando.

### 2.3 SISTEMA PROGRESSIVO (INGLÊS OU IRLANDÊS)

Ensina Fábio Roque que este sistema surge na Inglaterra e, posteriormente, é adotado pela Irlanda. O nascedouro deste sistema remonta ao trabalho de Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real Inglesa, que trabalhou como diretor de um presídio no condado de Warwick, na ilha de Norfolk, na Austrália, para onde os presos ingleses eram banidos (ARAÚJO, 2020, p.797).

Maconochie criou um sistema progressivo, dividido em quatro estágios, da seguinte forma:

A) primeiro: conhecido como período de prova. O preso era mantido em regime de isolamento, tal como ocorria no sistema pensilvânico. Durava nove meses.

B) segundo: era permitido ao preso o trabalho comum, em regime de silêncio, e o isolamento noturno, tal como preconizado pelo sistema auburniano. Após algum tempo, o preso progredia para as public work-houses, onde obtinha vantagens maiores.

C) terceiro: era permitido o livramento condicional (ARAÚJO, 2020, p. 797).

Para Luiz Régis Prado (apud ARAÚJO, 2020, p. 797), haviam quatro estágios no sistema progressivo. O autor aponta que o segundo estágio, logo após o período de prova consistia em trabalhos em obras públicas, e o terceiro consistiria em trabalho externo; o quarto estágio seria o livramento condicional. Além disto, o autor também destoa da doutrina majoritária ao asseverar que foram quatro, e não três os sistemas prisionais. Após o sistema progressivo, o autor aponta, como quarto sistema dos “reformatórios”, instituições de reeducação implantadas nos Estado Unidos, com base no sistema progressivo.

O regime irlandês ficou, assim, composto de quatro fases, na visão de Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 171):

1ª) reclusão celular diurna e noturna – nos mesmos termos do sistema inglês, sem comunicações, com alimentação reduzida e sem qualquer favor, era cumprida em prisões centrais e locais.

2ª) reclusão celular noturna e trabalho diurno em comum - com a obrigação de manter rigoroso silêncio, consagrado no sistema auburniano. Aqui também não apresenta novidade ou diferença do sistema inglês. Nesta fase, como no regime anterior, os apenados também se dividem em classes e obtém a progressão através das marcas ou acumulação de pontos. A passagem de uma classe para outra, aqui como no sistema inglês, significava uma evolução do isolamento celular absoluto para um estágio mais liberal, propiciando a aquisição gradual de privilégios e recompensas materiais, maior confiança e liberdade.

3ª) Período intermediário – assim denominado por Crofton, ocorria entre a prisão comum em local fechado e a liberdade condicional. Esse período era executado em prisões especiais, onde o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do

estabelecimento, em trabalhos preferencialmente agrícolas. Nesse período – que foi a novidade criada por Crofton – a disciplina era mais suave, e era cumprido “em prisões sem muro nem ferrolhos, mais parecidas com um asilo de beneficência do que com uma prisão”. Muitas vezes os apenados viviam em barracas desmontáveis, como trabalhadores livres dedicando-se ao cultivo ou à indústria.

4ª) Liberdade condicional – com as mesmas características do sistema inglês, o preso recebia uma liberdade com restrições, e com o passar do tempo e o cumprimento das condições impostas, obtinha, finalmente, a liberdade definitiva.

Essas fases se assemelham os regimes fechado, semiaberto e aberto adotado pelo Código Penal Brasileiro e pela Lei de Execução Penal.

Entretanto, Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 172 e 173) vai enumerar algumas causas da crise do sistema progressivo:

[...] Hoje se pode dizer que o sistema progressivo encontra-se em crise e que vai sendo substituído, ao menos formalmente, por um tratamento de individualização científica, embora a aplicação de princípios científicos não resolva todos os problemas que encerra o comportamento delitivo. Uma das causas da crise do sistema progressivo deve-se à irrupção, nas prisões, dos conhecimentos criminológicos, o que propiciou a entrada de especialistas muito diferentes dos que o regime progressivo clássico necessitava. Essa mudança conduziu a uma transformação substancial dos sistemas penitenciários.

Enrico Ferri admitia que o sistema progressivo tinha algumas vantagens, já que era, sua opinião, menos pior que os outros. No entanto, Ferri advertia que era necessário levar em consideração que o sistema irlandês havia dado bons resultados, especialmente no que se refere à diminuição das reincidências, pelo fato de que, na Irlanda, grande parte dos liberados condicionalmente emigrava para a América.

Ao regime progressivo podem-se assinalar, entre outras, as seguintes limitações:

a) A efetividade do regime progressivo é uma ilusão, diante das poucas esperanças sobre os resultados que se podem obter de um regime que começa com um controle rigoroso sobre toda a atividade do recluso, especialmente no regime fechado.

b) No fundo, o sistema progressivo alimenta a ilusão de favorecer mudanças que sejam progressivamente automáticas. O afrouxamento do regime não pode ser admitido como um método social que permita a aquisição de um maior conhecimento da personalidade e da responsabilidade do interno.

c) Não é plausível, e muito menos em uma prisão, que o recluso esteja disposto a admitir voluntariamente a disciplina imposta pela instituição penitenciária.

d) O maior inconveniente que tem o sistema progressivo clássico é que as diversas etapas se estabelecem de forma rigidamente estereotipada.

e) O sistema progressivo parte de um conceito retributivo. Através da aniquilação inicial da pessoa e da personalidade humana pretende que o recluso alcance sua readaptação progressiva, por meio do gradual afrouxamento do regime, condicionado à prévia manifestação de “boa conduta”, que muitas vezes é só aparente.

A crise do regime progressivo levou a uma profunda transformação dos sistemas carcerários. Essa transformação realiza-se através de duas vertentes: por um lado a individualização penitenciária (individualização científica), e, por outro, a pretensão de que o regime penitenciário permita uma vida em comum mais racional e humana, como, por exemplo, estimulando-se o regime aberto. Nos últimos tempos houve significativo aumento da sensibilidade social em relação aos direitos humanos e à dignidade do ser humano. A consciência moral está mais exigente nesses temas. Essa maior conscientização social não te ignorado os problemas que a prisão apresenta e o respeito que merece a dignidade dos que, antes de serem criminosos, são seres humanos. Um bom exemplo desse progresso é o interesse da ONU pelos problemas penitenciários, chegando inclusive a estabelecer as famosas Regras Mínimas para o tratamento dos reclusos (Genebra, 1955). Também vale a pena citar os distintos pactos sobre direitos humanos, sendo os mais importantes: Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948); Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948); Convenção Europeia para a Garantia dos Direitos Humanos (1950); Pactos de Direitos Cívicos e Políticos, assim como de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (Nova York, 1966), e a Convenção Americana de Direitos Humanos (São José, 1969). Outro exemplo da crescente importância dos direitos humanos, embora poucos respeitados, especialmente em relação à pena de prisão, vale a pena citar, é o trabalho da Anistia Internacional. Todo esse ambiente de crescente concretização tem levado a um questionamento mais rigoroso do sentido teórico e prático da pena privativa de liberdade, contribuindo ainda mais para o debate sobre a crise dessa espécie de pena [...].

Assim, vale a pena analisar os pontos críticos do sistema progressivo para estudar o sistema penitenciário brasileiro traçando novas soluções para o problema de superlotação carcerária, ineficiência na ressocialização, violação dos direitos humanos e fundamentais, dentre outros.

Cleber Masson (2017, p. 645), faz uma síntese dos sistemas penitenciários com suas principais diferenças e características, informando que o Brasil adotou o sistema progressivo ou inglês:

[...] Pelo sistema da Filadélfia, o preso fica isolado em sua cela, sem dela sair, salvo esporadicamente para passeios em pátios fechados. Para o sistema de Auburn, por sua vez, o condenado, em silêncio, trabalha durante o dia com outros presos, e submete-se a isolamento no período noturno. Finalmente, o sistema inglês ou progressivo baseia-se no isolamento do condenado no início do cumprimento da pena privativa de liberdade, mas, em um segundo momento, é autorizado a trabalhar na companhia de outros presos. E, na última etapa, é colocado em liberdade condicional. No Brasil, o Código Penal e a Lei de Execução Penal adotaram o sistema progressivo ou inglês. De fato, o art. 33, §2º, do Código Penal diz que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva [...].

Portanto, o sistema progressivo realiza as funções da pena, já que há uma retribuição do mal causado pelo indivíduo à vítima e à sociedade, uma vez que parte

da pena é cumprida efetivamente no cárcere com a privação da liberdade. Mas também se realiza a prevenção especial positiva, pois possibilita a progressão e com isso um incentivo ao indivíduo para que se comporte conforme as regras legais e estabelecidas pelo estabelecimento penitenciário, funcionando como reforço para o fiel cumprimento de seus deveres. Além disso, com o sistema progressivo, há a hipótese de trabalho e estudo do presos, sem contar outros direitos à recreação e ao descanso, notadamente possibilitando a realização do mínimo existencial inerente à condição humana.

Então, na teoria e na lei, pode-se dizer que o sistema penitenciário pensado pelo legislador é muito bom, porém, na realidade prática faltam vagas nos estabelecimentos penais, o que impede a correta aplicação do sistema, inviabilizando o alcance de suas finalidades, além dos diversos outros problemas que culminam num estado caótico de coisas inconstitucional.

### 3. O PACOTE ANTICRIME E A APLICAÇÃO DA PENA

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2020, p.1) a doutrina e os operadores de direito, bem como a sociedade em geral estão aguardando a muito tempo a reformulação da legislação criminal, incluindo normas penais, de execução penal, de leis especiais e normas processuais penais, mas enquanto isso não se torna realidade, várias reformas pontuais são sentidas em matéria criminal.

O brilhante doutrinador e desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo argumenta que o novo Governo que assumiu o Brasil em 2019 tinha a intenção de trazer um Pacote Anticrime que tornasse mais rigorosa a atuação contra os criminosos, sobretudo no que tange às organizações criminosas. Porém, quando o projeto de lei passou pelo Parlamento Brasileiro, a nova lei foi desidratada, trazendo pontos positivos e negativos para a comunidade jurídica (NUCCI, 2020, p.1).

No que tange a execução penal, inicialmente o Pacote Anticrime altera a identificação criminal no que tange a colheita de DNA.

Para Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 95), a colheita de DNA é uma modalidade de identificação criminal, a qual não se traduz, isoladamente, em constrangimento ilegal ou afronta a qualquer direito individual, uma vez que, a Constituição Federal de 1988, no artigo inciso LVIII estabelece que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

Nucci (2020, p. 95), entende que é caso de segurança jurídica não se processando uma pessoa em lugar de outra, o que geraria um dos piores erros judiciários possíveis. Ele alerta que se encontra em vigor a Lei 12.037/2009, instrumento normativo que cuida dos casos de identificação criminal, somando-se a Lei 12.654/2012 que alterou parte da Lei 12.037 e também a execução penal.

Assim, as mudanças causaram a criação de mais uma modalidade de identificação criminal obrigatória, embora voltada a condeandos por crimes graves, conforme se verifica no caput do artigo 9º-A da LEP. Desse modo, os indiciados ou acusados por qualquer crime podem ser identificados criminalmente, mesmo possuindo identificação civil, de acordo com a previsão do artigo 3º da Lei 12.037/2009. Nesse passo, as hipóteses que autorizariam a colheita de material

biológico estão previstas no artigo 3º, IV, da referida norma. Porém, os condenados por crimes dolosos violentos como roubo e crimes hediondos como estupro devem ser criminalmente identificados pela extração de DNA (NUCCI, 2020, p. 95).

Guilherme Nucci (2020, p. 95) defende que a identificação, quanto mais segura é melhor, de modo que entene pela constitucionalidade da colheita de material bioógico, já que o Estado tem possibilidade de apurar crimes e sua autoria com certeza de não processar um indivíduo em lugar de outro, seja por falha na documenta colhida, inclusive sujeita que é aos mais variados procedimentos de falsificação. Assim, o acusado tem a chance de não responder por delitos cometidos por outra pessoa.

Nucci (2020, p. 96) fala em coleta de material biológico como meio necessário para a perfeita identificação criminal:

[...] Estipulou-se o procedimento para os condenados por delitos graves (dolosos cometidos com violência contra a pessoa) e aos sentenciados por delitos hediondos. Em verdade, deveria ter fixado para todos os condenados, evitando-se qualquer espécie de erro judiciário, independentemente da gravidade do crime. A colheita do material não será invasiva, como já não é no tocante à impressão datiloscópica e à fotografia. Os dados ficam arquivados em banco sigiloso. A eles somente terá acesso o juiz competente, em caso de investigação criminal, a pedido de autoridade policial, de modo a realizar confronto com outros elementos colhidos, permitindo-se estabelecer, com nitidez, a autoria de um delito – ou excluí-la com a mesma segurança. Note-se: não se vai exigir do indiciado ou acusado que faça prova contra si mesmo doando material genético para confrontar com o perfil contido no banco de dados [...].

Para o autor, a polícia poderá retirar da cena do crime todos os elementos necessários para verificar se há um padrão a exemplo do fio de cabelo, sêmen, sangue, dentre outros. Daí, acessando o banco de dados para checar o perfil genético poderá ser feito um lado pericial. Daí, observa-se que o material foi encontrado e não obrigatoriamente cedido pelo indivíduo. Isso já acontece com as imagens colhidas do local do crime, bem como a coleta de impressões digitais. Então, o “Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente” (NUCCI, 2020, p. 96).

Assim, para Guilherme Nucci (2020, p. 97), a reforma promovida pelo Pacote Anticrime que é a Lei 13.964/2019 permite que o titular dos dados genéticos tenha acesso aos seus dados nos bancos de perfis genéticos e todos os documentos da cadeia de custódia, que gerou tais dados, permitindo-se a contrariedade eventual da defesa, conforme o artigo 159-B do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a nova lei inseriu o § 4º no artigo 9º-A da LEP, o qual estabelece que o ingresso em estabelecimento prisional determina a realização da identificação criminal, mesmo aos que ainda não a fizeram e o Pacote Anticrime trouxe a previsão no § 8º do art. 9º-A, e também no artigo 50, inciso VIII, prevendo a constituição de falta grave a recusa do condenado em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético (NUCCI, 2020, p. 97).

Nucci (2020, p. 98) observa que o caput do artigo 9º-A foi vetado, o qual trazia a seguinte redação:

[...] O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável, será submetido, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico), por técnica adequada e indolor, por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional [...].

Em relação a essa redação, houve um veto do Presidente da República, com o qual concorda Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 98), pois segundo o autor, a redação do artigo 9º-A previa a identificação de todos os autores de crimes hediondos e equiparados, não se compreendendo o motivo que levou o Poder Legislativo a alterar para crimes, embora graves, em sentido restritivo. Assim, envolveu somente os crimes contra a vida, contra a liberdade sexual e contra vulnerável, desprezando-se vários outros delitos. Logo, o veto manteria a redação original do artigo 9º-A.

Ao comentar sobre a introdução do chamado juiz das garantias pelo Pacote Anticrime, Renato Brasileiro (2020, p. 105) diz que na decisão liminar do Ministro Luiz Fux, ao julgar medida cautelar nos autos das ações diretas de inconstitucionalidade números 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, julgada em 22/01/2020, para a surpresa da doutrina, houve também suspensão do artigo 3º-A do CPP que trazia a previsão do sistema acusatório:

[...] Sem embargo da suspensão sine die da eficácia, ad referendum do Plenário, do art. 3-A do CPP, que não guarda nenhuma relação direta com a figura do juiz das garantias, reputamos oportuno comentar todas as possíveis mudanças que a sua introdução pela Lei n. 13.964/19 será capaz de produzir no âmbito da nossa legislação processual penal como um todo, haja vista a possibilidade de o Plenário da Suprema Corte, tão logo pautada a decisão das diversas ADI's ajuizadas contra o Pacote Anticrime, revogar a decisão monocrática do Min. Luiz Fux [...].

Logo, nem todas as mudanças operadas pelo Pacote Anticrime podem ser aplicada, as exemplo do juiz das garantias, do novo sistema de arquivamento do inquérito policial e o sistema acusatório previsto no CPP. Todavia, a doutrina é esperançosa na plena constitucionalidade de várias das novas normas previstas pelo Pacote Anticrime.

Portanto, assim como essa importante modificação trazida pelo Pacote Anticrime, vale analisar outras destacáveis alterações no campo da execução e cumprimento da pena.

### 3.1 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DO JUIZ

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93 já exige o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Não obstante a previsão constitucional, verifica-se que muitas decisões importantes do Poder Judiciário na esfera criminal não observam o dever de fundamentação, inclusive algumas vezes com o aval do Poder Judiciário a exemplo da decisão que recebe a denúncia ou a queixa-crime nos procedimentos criminais (LIMA, 2020).

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, todavia, tem repudiado a decretação de medidas cautelares, sobretudo a prisão preventiva sem a devida fundamentação (TÁVORA e ALENCAR, 2020). Em muitos casos os magistrados apenas fundamentam as decisões dizendo que estão presentes os requisitos legais da medida ou somente transcrevem o dispositivo de lei.

No que tange a aplicação da pena, a doutrina ressalta que é imprescindível a fundamentação do juiz utilizando-se o sistema trifásico, seja no calculo da pena, seja na determinação do regime inicial de cumprimento da pena e em demais fases do cumprimento da pena (AZEVEDO e SALIM, 2020).

Por sua vez, Rogério Sanches Cunha (2020, p. 508) traz à tona a preocupação do legislador do Pacote Anticrime que deu redação ao artigo 315 do CPP para exigir fundamentação das decisões judiciais em matéria criminal:

[...] Note-se que o art. 315 do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), dispõe que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa o questão decidida; II – empregar

conceito jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedentes ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento [...].

Registra-se então um avanço no processo penal, acompanhando o espírito do dever de fundamentação já exigida no Código de Processo Civil, conforme previsão do artigo 489, §1º (CUNHA, 2020, p. 509).

O autor observa ainda que o Pacote Anticrime inseriu no inciso V do artigo 564 do Código de Processo Penal que é nula a decisão carente de fundamentação (CUNHA, 2020, p. 509).

Assim, com o Pacote Anticrime há ênfase na aplicação do princípio da individualização da pena, da proporcionalidade, razoabilidade, dever de informação, ampla defesa e o contraditório, os quais serão realizados com a devida fundamentação das decisões judiciais.

Por exemplo, na dosimetria da pena, na primeira fase do cálculo deve o juiz fundamentar sobre a presença ou não de circunstância judicial do artigo 59 do Código Penal, como a culpabilidade, demonstrando a maior reprovabilidade da conduta do indivíduo que está sob julgamento (CUNHA, 2020).

### 3.2 COLABORAÇÃO PREMIADA E REGIME INICIAL

A colaboração premiada é prevista em diversas leis como a Lei 12.850/2013 que versa sobre as organizações criminosas.

A própria Lei traz as formas de colaboração:

[...] Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:  
 I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;  
 II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;  
 III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração [...] (BRASIL, 2020).

Logo, o próprio caput do artigo 4º da Lei 12.850/2013, traz diversas benesses que implicam na redução, execução ou aplicação da pena, permitindo maior individualização da pena em favor do agente colaborador.

Assim, pela colaboração premiada, o indivíduo que, de alguma forma colabora efetivamente com as investigações, tem a possibilidade de receber algum benefício como o perdão judicial e a redução da pena, a partir de um acordo de colaboração que é feito com o Ministério Público ou com a Autoridade Policial, devendo tal acordo ser homologado pelo magistrado competente.

Assim, a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, conforme demonstra a própria Lei de Organização Criminosa:

[...] Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º No caso do § 1º, fica dispensada a publicação de que trata o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo ser comunicado o órgão de controle interno da realização da contratação. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015) [...] (BRASIL, 2020).

Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2020, p. 401 e 420), observam que o Pacote Anticrime, isto é, a Lei n. 13.964, de 24/12/2019 (com vigência a partir

de 23/01/2020), deu nova redação ao § 7º do art. 4º da Lei n. 12.850/13, para vedar acordos sobre regime em desconformidade com as regras do Código Penal. Veja-se o inciso II do § 7º do artigo 4º da Lei n. 12.850:

“Adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no caput e nos §§ 4º e 5º deste artigo, sendo nulas as cláusulas que violem o critério de definição do regime inicial de cumprimento de pena do art. 33 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), as regras de cada um dos regimes previstos no Código Penal e na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) e os requisitos de progressão de regime não abrangidos pelo § 5º deste artigo”.

Portanto, o Pacote Anticrime, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 158 e 159), a modificação trazida na lei insiste na necessidade de um juiz de garantias mais atuante, controlando verdadeiramente os acordos formulados, atesnde homologar tudo de olhos fechados, já que a partir do artigo 7º, uma vez sendo realizado o acordo na forma do §6º do artigo 4º da Lei 12.850/2013, os autos serão remetidos ao juiz, para análise, devendo o magistrado ouvir sigilosamente o colaborador, acompanhado de seu defensor, oportunidade em que analisará aspectos relacionados à regularidade, legalidade e adequação dos acordos.

Guilherme Nucci (2020) faz diversas críticas aos operadores do direito que não estão observando as prescrições legais referentes a colaboração premiada, sobretudo no que tange ao sigilo e confidencialidade dos acordos de colaboração.

Portanto, com as novidades trazidas pelo Pacote Anticrime, espera-se que o juiz seja mais atuante na fiscalização do cumprimento das normas legais.

### 3.3. REGIME INICIAL DE PENA PARA OS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS

Os crimes hediondos e equiparados estão definidos na Lei 8072/1990, a qual cumpre um mandato constitucional de criminalização visando proteger os bens jurídicos mais relevantes para o indivíduo e a sociedade diante dos ataques mais graves e intoleráveis (a exemplo do homicídio doloso qualificado, do latrocínio, da extorsão mediante sequestro e do latrocínio), conforme se depreende da preocupação do legislador constituinte originário:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo

os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 2020).

Logo, havendo um crime hediondo a rigorosidade da investigação e as punições devem levar em conta que se está diante de um crime grave e que a resposta estatal deve ser compatível com a violência e a natureza vil do delito e também a periculosidade do agente.

Como se verifica, o critério para definição de crime hediondo é o critério legal, denominado por Nucci (2020, p. 113) de critério enumerativo:

[...] Há basicamente, três critérios para a classificação dos crimes hediondos: a) enumerativo; b) judicial subjetivo; c) legislativo definidor. O primeiro critério, usado pela Lei 8.072/90, simplesmente enumera os delitos que o legislador considerou hediondos – mais graves que outros, portanto – sem explicar ou fundamentar as razões que o levaram a tomar tal medida. O ponto positivo desse modelo é a segurança na aplicação da lei, isto é, somente são hediondos os delitos ali constantes. Outros, por pior que pareçam, estão excluídos. O ponto negativo consiste na nebulosa avaliação legislativa, sem que haja parâmetros para descobrir o que teria levado o Parlamento a considerar determinada conduta como hedionda [...].

Guilherme Nucci (2020, p. 114), sugere que deveria haver uma união dos critérios, de forma que o legislador deveria enumerar vários delitos, fornecer um conceito de hediondez e permitir que o juiz, no caso concreto, no tocante a esses delitos constantes em lei, possa promover adequação justa, definindo-os como hediondos ou não.

Nesse sentido, para Alexandre Salim e Marcelo André (2020, p. 400), a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8072/90), em seu texto original, trazia regra que a punição prevista para crimes hediondos e equiparados (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo) deveria ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8072/90), independentemente da quantidade da pena fixada na sentença. Isso quer dizer que não somente se iniciaria a pena no regime fechado, mas sim que a pena seria cumprida integralmente em regime fechado, ou seja, sem a possibilidade de progressão para os regimes semiaberto e aberto.

Além disso, posteriormente, no dia 23/02/2006, por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (HC 82.959). Daí, os princípios tanto permitem a prisão civil do devedor de alimentos, caso não reste outra medida para tentar satisfazer o

credor do crédito necessário, devido e imprescindível à sua subsistência ou manutenção da sua condição de vida social e econômica, bem como autoriza também outras medidas, que à luz do caso concreto, demonstrem maior efetividade e menor onerosidade (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 400).

O legislador, atento para a decisão do STF, editou a Lei n. 11.464/07 para dar nova redação ao artigo 2º da Lei n. 8072/90. Pela nova redação, a pena será cumprida inicialmente em regime fechado (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 400).

De acordo com Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2020, p. 400), o Plenário do STF, em controle incidental, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07 (HC 111.840). Ou seja, o regime inicial pode, atualmente, ser diverso do fechado. A propósito: “A imposição do regime inicial de cumprimento diverso do fechado, tal como prevista na Lei dos Crimes Hediondos, revela-se inconstitucional, considerado o princípio da individualização da pena. Precedente: habeas corpus n 111.840, relator ministro Dias Toffoli, Pleno, 27 de junho de 2012, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de dezembro de 2013” (STF, 1ª T., HC 155421, j. 14/05/2019) (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 400 e 401).

Para os autores, a Lei nº 9.455/97 estabelece que o condenado por crime de tortura, salvo a hipótese do § 2º do art. 1º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado (art. 1º, § 7º). No entanto, conforme referido, é inconstitucional a obrigatoriedade de fixação do regime inicial fechado para os crimes hediondos e equiparados (HC 111.840). Nesse sentido: “O Superior Tribunal de Justiça alinhou-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma disposta no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/6/2012), passando a inadmitir a fixação do regime inicial fechado com base na mera fundamentação *ope legis*, aos condenados por crimes hediondos ou a ele assemelhados. Em analogia a esse entendimento, de rigor a sua aplicação para que a fixação do regime inicial do crime de tortura ocorra nos moldes do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, porquanto o art. 1º, § 7º, da Lei n. 9.455/1997 expõe norma idêntica à do § 1º do art. 2º da Lei n. 8072/1990” (STJ, 5ª T., HC 378.456, j. 03/10/2017) (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 400 e 401).

Entretanto, conforme observam os autores, o Pacote Anticrime (Lei 13.964, de 24/12/2019 com *vactatio legis* de 30 dias, com vigência a partir de 23/01/2020), alterou as regras de progressão de regime dos crimes hediondos, mas silenciou quanto ao regime inicial.

#### 3.4 DIREITO DE CUMPRIR A PENA NO ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO

Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2020, p. 402), observam que segundo a Lei de Execuções Penais (artigos 82 a 104), a sanção penal deverá ser cumprida nos seguintes estabelecimentos penais:

- a) Penitenciária: destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 da LEP.
- b) Colônia Agrícola, Industrial ou similar: destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.
- c) Casa do Albergado: destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.
- d) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal.

A doutrina adverte, no entanto, que a cadeia pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios (AZEVEDO e SALIM, 2020).

Os autores destacam que atualmente é pública e notória a insuficiência de estabelecimentos penais no Brasil. Como consequência, é muito comum, por exemplo, que um condenado ao qual foi fixado o regime semiaberto, que deveria cumprir a pena em Colônia Agrícola, Industrial ou similar (LEP, art. 91), acabe por cumpri-la em cadeias públicas ou até mesmo em penitenciária (AZEVEDO e SALIM, 2020).

Outros autores como Marcelo Novelino (2016) e Márcio André Lopes Cavalcante (2018) ao versarem sobre o sistema penitenciário destacam que há decisões do Supremo Tribunal Federal que, diante da situação caótica do sistema, autorizam que o Poder Judiciário possa interferir nas políticas públicas relativas aos

presídios. Os Tribunais falam que se verifica um estado de coisas inconstitucional no Brasil, dado o problema estrutural que envolve violações sistemáticas aos direitos fundamentais dos presos, de forma generalizada no país.

Então a falta de vagas nos estabelecimentos é um dos problemas mais recorrentes no sistema penitenciário, devendo os magistrados levar isso em consideração, conforme é a previsão da Súmula Vinculante 56 do STF: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 402).

Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2020, P. 402), trazem importante julgado do STJ sobre a falta de vagas em estabelecimento penitenciário: “A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.710.674/MG, no rito dos recursos repetitivos (Tema 993), Relator o insigne Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, assentou a tese de que ‘ A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto” (STJ, 5ª T., HC 460295, j. 18/10/2018).

Dessa forma, a inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena permite ao condenado aguardar em regime mais benéfico até a abertura da vaga. Ressalte-se que o cumprimento em estabelecimento mais benéfico não gera direito adquirido ao condenado, se sorte que, com o surgimento da vaga em estabelecimento adequado, deverá ele cumprir a sua pena neste (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 403).

### 3.5 REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

O chamado RDD – Regime Disciplinar Diferenciado foi criado pela Lei 10.792/2003, a qual alterou a Lei de Execução, podendo abranger presos provisórios, condenados, nacionais ou estrangeiros, sendo a inclusão em tal regime constitui hipótese de sanção disciplinar, conforme o artigo 53, V, da Lei de Execução Penal (AZEVEDO e SALIM, 2020).

Os autores trazem as seguintes características do RDD, previstas no artigo 52 da Lei de Execução Penal com redação dada pelo Pacote Anticrime:

I – duração máxima de até 2 anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; II – recolhimento em cela individual; III – visitas quinzenais, de 2 pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 horas; IV – direito do preso à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; V – entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; VI – fiscalização do conteúdo da correspondência; VII – participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 393).

Os autores Marcelo André de Azevedo e Alexander Salim (2020, p. 393), também apontam as hipóteses de cabimento do Regime Disciplinar Diferenciado:

- a) Ao preso que pratica fato previsto como crime doloso (constitui falta grave) e que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas.
- b) Aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: I – que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; II – sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (art. 52, §1º, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019).

Outras alterações são observadas na regulamentação do Regime Disciplinar Diferenciado previsto no artigo 52 da Lei de Execução Penal:

§ 3º - Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

§ 4º - Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1(um)

ano, existindo indícios de que o preso: I – continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; II – mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

§ 5º - Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais.

§ 6º - A visita de que trata o inciso III do caput deste artigo será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário.

§ 7º - Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do caput deste artigo poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 394).

Outro tema importante no RDD é a questão do isolamento preventivo, pois, conforme os autores, praticada a falta disciplinar, deverá a autoridade administrativa instaurar, por decisão motivada, o devido procedimento disciplinar. Poderá ser decretado o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias, por decisão da própria autoridade administrativa. Porém, para incluí-lo no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período total. Ex.: o juiz aplicou o regime disciplinar diferenciado com duração de 360 dias, sendo que o preso ficou isolado preventivamente 10 dias antes da decisão. Esses 10 dias serão computados como forma de detração (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 394).

Além disso, a autorização para a inclusão do preso em regime disciplinar dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa, conforme prevê o §1º do artigo 54 da Lei de Execução Penal (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 394).

Não obstante, os autores apresentam o procedimento, já que se trata de sanção disciplinar, o regime disciplinar diferenciado será aplicado “após prévio e fundamentado despacho do juiz competente”, conforme prevê o artigo 54 da Lei de Execução Penal. A decisão judicial sobre inclusão de preso em regime disciplinar será precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa e prolatada no

prazo máximo de quinze dias, nos termos do artigo 54, §2º da Lei de Execução Penal (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 394).

Por fim, há que se mencionar sobre a polêmica da constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado.

Parcela da doutrina sustenta que o Regime Disciplina Diferenciado é inconstitucional, por ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não submissão a pena cruel, da proibição do tratamento desumano ou degradante (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 3940).

Nesse sentido, argumenta-se que o RDD seria uma manifestação do Direito Penal da periculosidade e do Direito Penal do inimigo, ao punir severamente um indivíduo identificado como perigoso e não pela efetiva e comprovada prática de um fato. Extrai-se da legislação que para a inclusão do preso (“inimigo”) no regime disciplinar diferenciado basta apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Ou seja, não praticou nenhum fato, mas apenas se apresentou como perigoso. Seria uma forma de Direito Penal prospectivo, já que identifica um estado de perigo e aplica uma medida para prevenir que ocorra um fato ou se estabeleça uma situação (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 395).

Entretanto, STF e STJ admitem a aplicação do RDD. Nesse sentido: “É constitucional o artigo 52 da Lei nº 7.210/84, com a redação determinada pela Lei nº 10.792/2003” (STJ, 6ª T., HC 44049, j. 12/06/2006) (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 395).

### 3.6 ESTABELECIMENTO PENAL DE SEGURANÇA MÁXIMA

Outro importante assunto que veio regulado no Pacote Anticrime é a previsão do estabelecimento penal de segurança máxima.

De acordo com Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2020, p. 403 e 404), a Lei n. 11.671/08, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima e dá outras providências, foi alterada pela Lei n. 13.964/2019 (vigência a partir de 23/1/2020), a qual tratou sobre o regime fechado de segurança máxima.

Com relação às hipóteses de inclusão, estão previstas no artigo 3º da referida lei, prevendo que serão incluídos em estabelecimentos penais federais de

segurança máxima aqueles para quem a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 403).

As características estão previstas no § 1º do art. 3º dispõe que a inclusão em estabelecimento penal federal de segurança máxima, no atendimento do interesse da segurança pública, será em regime fechado de segurança máxima, com as seguintes características: I – recolhimento em cela individual; II – visita do cônjuge, do companheiro, de parentes e de amigos somente em dias determinados, por meio virtual ou no parlatório, com o máximo de 2 (duas) pessoas por vez, além de eventuais crianças, separados por vidro e comunicação por meio de interfone, com filmagem e gravações; III – banho de sol de até 2 (duas) horas diárias; e IV - monitoramento de todos os meios de comunicação, inclusive de correspondência escrita (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 403).

A Lei também prevê o mecanismo de monitoramento, conforme o § 2º, artigo 3º, estabelecendo que os estabelecimentos penais federais de segurança máxima deverão dispor de monitoramento de áudio e vídeo no parlatório e nas áreas comuns, para fins de preservação da ordem interna e da segurança pública, vedado seu uso nas celas e no atendimento advocatício, salvo expressa autorização judicial em contrário. § 3º As gravações das visitas não poderão ser utilizadas como meio de prova de infrações penais pretéritas ao ingresso do preso no estabelecimento (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 403).

Há também previsão de direito de visitas, conforme o artigo 3º, § 4º da Lei que prevê que os diretores dos estabelecimentos penais federais de segurança máxima ou Diretor do Sistema Penitenciário Federal poderão suspender e restringir o direito de visitas previsto no inciso II do § 1º deste artigo por meio de ato fundamentado (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 404).

Por fim o tempo de permanência disposto no §1º do artigo 10 da Lei, estipula que o período de permanência será de até 3 anos, renovável por iguais períodos, quando solicitado motivadamente pelo juízo de origem, observados os requisitos da transferência, e se persistirem os motivos que a determinaram (AZEVEDO e SALIM, 2020, p. 404).

### 3.7 SISTEMA PROGRESSIVO DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

O sistema progressivo de cumprimento da pena vem previsto no artigo 33 do Código Penal e essa progressão de regime, que leva em conta a finalidade reeducativa da pena, consiste na execução da reprimenda privativa de liberdade de forma a permitir a transferência do condenado para regime menos rigoroso (mutação de regimes, desde que cumpridos certos requisitos (CUNHA, 2020, p. 564).

Fábio Roque Araújo (2020, p. 815), diz claramente que o Brasil adotou o sistema progressivo de cumprimento da pena que é o sistema progressivo inglês na íntegra, podendo o indivíduo progredir para o regime aberto, o mais brando dos regimes, conforme lembra o autor:

[...] Neste diapasão, vale reiterar, uma vez mais, que somente existem três regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade no Brasil: fechado, semiaberto e aberto. Deste modo, ao tratarmos do tema progressão de regime, não podemos imaginar que o condenado possa progredir, por exemplo, para a prisão domiciliar ou para a obtenção do livramento condicional – ao contrário do que ocorria no primitivo sistema progressivo inglês, no qual o livramento condicional era a última fase da progressão. Conforme nós vimos, no art. 117, LEP, temos situações que autorizam a adoção da prisão domiciliar, e, portanto, este benefício não resulta da progressão de regime. Por outro lado, o livramento condicional é um outro instituto, que não possui relação com o progressão de regime [...].

Por sua vez, Cleber Masson (2017, p. 646) sustenta que a progressão de regime prisional integra a individualização da pena, justamente em sua fase executória, e destina-se ao cumprimento de sua finalidade de prevenção especial, mediante a busca da preparação do condenado para a reinserção do indivíduo em sociedade.

Porém, para progredir de regime se exigem requisitos objetivos e subjetivos. Até a entrada em vigor do Pacote Anticrime, o artigo 112 da Lei de Execução Penal previa que o condenado deveria cumprir 1/6 de pena no regime anterior, além de ostentar comportamento carcerário comprovado pelo direito do estabelecimento.

Assim, com a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), traz no artigo 112 da Lei de Execução penal diversas percentagens de pena cumprida no regime anterior para possibilitar a progressão de regime, dependendo do caso concreto que levará em consideração a reincidência, o uso de violência, se é crime hediondo ou equiparado, dentre outros, conforme se pode verificar:

[...] Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes [...] (BRASIL, 2020).

Comentando essas modificações, primeiramente, Fábio Roque Araújo (2020, p. 815) diz que são duas as espécies de requisitos:

a) Requisitos obrigatórios genéricos: existem requisitos, cujo implemento é imprescindível à obtenção da progressão de regime. E tais requisitos se aplicam a todos os crimes. Estas as duas razões pelas quais são considerados obrigatórios e genéricos. Eles se dividem em requisito objetivo e subjetivo:

a.1) Requisito objetivo: cumprimento de algum tempo de pena (...).

a.2) Requisito subjetivo: o requisito subjetivo é o bom comportamento carcerário. Trata-se do mérito do condenado. Este bom comportamento deve ser aferido pelos responsáveis pelo acompanhamento da execução da pena, e deve ser demonstrado durante todo o prazo do cumprimento.

b) Requisito obrigatório específico: há um requisito cujo implemento é obrigatório, mas somente se aplica aos crimes contra a administração pública. Com efeito, estabelece o artigo 33, § 4º do Código Penal: “O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais”.

No que tange a esse requisito, Fábio Roque Araújo (2020, p. 818), assevera que em sede doutrinária se sustenta a possibilidade de o condenado poder progredir de regime se não puder reparar o dano ou devolver o produto do ilícito. Esta ressalva não consta do dispositivo legal mencionado, mas encontraria suporte na máxima do Direito de acordo com a qual não se pode exigir o impossível.

b) Requisito facultativo: é o exame criminológico, que poderá exigido pelo juiz, no caso concreto, em decisão fundamentada. Essa previsão de exame criminológico consta na súmula vinculante número 26 do STF:

[...] Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico [...] (ARAÚJO, 2020, p. 818).

O Superior Tribunal de Justiça também sumulou o assunto no verbete de número 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada” (ARAÚJO, 2020, p. 818).

c) Outros requisitos para individualizar a penal: Fábio Roque diz que o STF já teve oportunidade de decidir que “a análise dos requisitos necessários para

progressão não se restringiria ao artigo 112 da Lei de Execução Penal, pois outros elementos deveriam ser considerados pelo julgador para individualizar a pena” (ARAÚJO, 2020, p. 819).

Assim, Fábio Roque assevera que, apesar de não ter previsão legal, o STF passou a entender que quando a pena de multa é aplicada cumulativamente com a pena privativa de liberdade, seu inadimplemento impede a progressão de regime prisional. Assim, essa regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do condenado em pagar o valor, ainda que parceladamente (ARAÚJO, 2020. 819).

Fábio Roque Araújo (2020, p. 819) ainda lembra que o Superior Tribunal de Justiça na súmula 491 veda a progressão per saltum: “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional”.

O ilustre autor explica:

[...] Assim, o condenado poderia progredir do regime fechado para o semiaberto ou do semiaberto para o aberto. Não se admite, todavia, que o condenado venha a progredir do regime fechado diretamente para o aberto, não importa o quantum de pena ele tenha cumprido. A proibição à progressão per saltum, agasalhada em sede de jurisprudencial, fundamenta-se na ideia de que esta supressão de uma das etapas da progressão afrontaria a própria lógica e finalidade do regime progressivo, que é a de retorno paulatino do apenado à liberdade [...] (ARAÚJO, 2020, p. 819).

Em sentido contrário, a doutrina assevera que é perfeitamente possível a regressão per saltum, de modo que se o condenado estiver no regime aberto e cometer uma falta disciplinar grave, poderá ser conduzido ao regime fechado, não se aplicando essa regra aos condenados por contravenção penal à pena de prisão simples, já que nesta modalidade de pena não se admite o cumprimento em regime fechado (ARAÚJO, 2020, p. 819).

Fábio Roque ainda traz a previsão de progressão de regime e presos provisórios, além de comentar sobre a progressão de regime e prisão especial:

[...] O fato de a sentença não haver transitado em julgado não obsta a progressão de regime. Assim, mesmo sendo preso provisório, é possível que o réu cumpra esta prisão cautelar sob as regras de regime de cumprimento mais benéfico. É o que consta do enunciado n. 716 da súmula de jurisprudência do STF: “Súmula n. 716/STF: ‘Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória’.

O fato de o preso se encontrar em prisão especial não impede a progressão de regime. Naturalmente, não poderia um benefício penal (prisão especial) obstar a concessão de outro benefício (progressão de regime) sem que haja

proibição expressa nesse sentido. É o que se depreende da súmula n. 717/STF: Súmula n. 717/STF: 'Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial' [...].

Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2020, p. 405), observam que com a redação anterior do artigo 112 da Lei de Execução Penal, salvo nos crimes hediondos, a progressão se dava após o cumprimento de mais de 1/6 de pena (aproximadamente 16%), desde que atendidos outros requisitos. Assim, a Lei anterior não diferenciava criminoso primário do reincidente, nem se o crime era cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. A regra do requisito objetivo de 1/6 era para todos, salvo nos delitos hediondos. Com a alteração dada pela Lei 13.964/2019, essa quantidade de pena (16%) legitimará a progressão apenas se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça.

Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 107 e 108) faz duras críticas ao sistema penitenciário, inclusive sugerindo mais mudanças que vão além daquelas implementadas pelo Pacote Anticrime:

[...] Experimenta-se o total descrédito do sistema penitenciário, programado para funcionar em regimes de progressão: fechado, semiaberto e aberto. O fechado, na maioria dos casos, encontra-se superlotado, sem trabalho e sem acompanhamento de profissionais para orientar estudos, enfim, guarda-se o ser huma numa cela cheia de outras pessoas em igual situação. O semiaberto, que deveria ser cumprido em colônias penais agrícolas ou industriais, também se encontra desidratado, sem trabalho ou estudo nas colônias, de modo que muitos juízes têm autorizado os condenados a trabalhar fora do estabelecimento, saindo pela manhã e retornando no fim do dia, o que é característica do regime aberto. Este, por outro lado, inexistente há décadas. Não se encontra a Casa do Albergado nas Comarcas, de modo que o Judiciário defere o cumprimento da pena em residência do sentenciado (PAD – prisão albergue domiciliar). Inexistente fiscalização. Portanto, temos sugerido que se acabe com essa falácia. Deveria ser investido o montante merecido no regime fechado para deixá-lo de acordo com o preceito em lei. Extinguem-se os regimes semiaberto e aberto. A progressão para a liberdade se dará por meio do livramento condicional. Pode-se até ter prazos diferenciados para o referido livramento, mas, sem dúvida, é mais adequado do que fingir que o preso está no fechado, semiaberto ou aberto, como determinada a lei [...].

O autor defende que a nova previsão de progressão de regime mais severo para regime menos rigoroso é cabível, não havendo vícios de constitucionalidade, pois há preservação do sistema progressivo, apenas com diversos prazos, havendo ainda uma reclassificação positiva com mais detalhes. Também essa nova estrutura de progressão não fere a individualização da pena, já que não se proíbe o

progresso, sendo apenas verificado que o progresso vem regulado de maneira mais rigorosa, proibindo-se em alguns casos o livramento condicional, já que esse benefício é mais benéfico do que o regime fechado e menos benéfico que o regime aberto e semiaberto (NUCCI, 2020, p. 108 e 109).

Rogério Sanches Cunha (2020, p. 375), ao comentar a nova sistemática da progressão de regime com o Pacote Anticrime, observa a questão do termo inicial do prazo para a progressão do regime semiaberto para o aberto:

[...] Ao progredir do regime fechado para o semiaberto, novo prazo começa a correr para o reeducando progredir do semiaberto para o aberto. Mas quando qual o termo inicial novo prazo? Existe na jurisprudência indistigável divergência, e que envolve a natureza jurídica da decisão que defere a progressão de regime de cumprimento de pena.

Para quem entende ser a decisão meramente declaratória, define-se o marco inicial da progressão seguinte a partir do implemento dos requisitos do art. 112 da LEP. Contudo, para quem entende ser constitutiva, o termo inicial se dá com a sua publicação. O STJ e o STF têm adotado a primeira corrente. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza meramente declaratória. O lapso temporal para aquisição de benefícios deve ser a data em que foi efetivamente alcançado o rol de requisitos (objetivo e subjetivos) para a concessão da benesse. Deferido o direito de progressão, o lapso inicial para contagem deve retroagir ao tempo que o reeducando alcançou o direito à progressão [...].

Verifica-se então que o instituto da progressão de regime não encontra muitas fronteiras, desde que cumpridos os requisitos legais, funcionando como instrumento de individualização da pena e reforçando a finalidade de ressocialização e prevenção específica positiva.

## CONCLUSÃO

A pena é uma resposta estatal ao cometimento do delito, seja atuando na privação da liberdade do indivíduo, seja privado o indivíduo de bens, valores e direitos.

São diversos os tipos de penas admitidas pela ordem constitucional como a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e a pena de multa.

Assim como a Constituição Federal de 1988 trouxe um rol exemplificativo de penas possíveis, conforme previsão do artigo 5º, também elencou diversas penas que não podem ser praticadas como o trabalho forçado e a pena de morte em tempo de paz, notadamente quando há ofensa a dignidade humana.

Assim, o Código Penal Brasileiro e demais leis regulam a aplicação da pena, adotando uma teoria mista ou eclética quanto à sua finalidade, já que visa retribuição, prevenção geral e específica e a ressocialização.

Daí, enquanto a retribuição tem a finalidade de retribuir ao indivíduo um mal justo pelo injusto praticado, a prevenção, visa tanto inibir a sociedade e o indivíduo para não delinquir, quanto busca reforçar ao indivíduo que há formas de ressocialização e que a reincidência será mais gravemente punida.

Ao lado das finalidades, há que observar os princípios das penas, sobretudo ao da individualização da pena, a qual é direcionada ao legislador, ao juiz e ao sistema de execução da pena.

Com base na individualização da pena, há o sistema trifásico de cálculo da pena privativa de liberdade, permitindo ao juiz fundamentar o quantum da pena, explicando cada fase, além de fixar um regime de cumprimento, de acordo com a gravidade concreta do crime, as circunstâncias judiciais e dentre demais aspectos legais.

Daí entra em cena o Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019 que entrou em vigor em janeiro de 2020, trazendo diversas alterações, sobretudo no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, aumentando as possibilidades de percentagens de cumprimento da pena, levando em conta o crime, a violência ou a grave ameaça, a reincidência ou a primariedade, a hediondez ou não para que numa maior ou menor percentagem o indivíduo possa progredir dos regimes fechado para o semiaberto ou do semiaberto para o regime aberto.

Vale dizer que antes do Pacote Anticrime somente havia a fração de 1/6 da pena, salvo no caso dos crimes hediondos. Agora com o atual regramento, tem-se diversas porcentagens, o que realiza o princípio da individualização da pena, além de permitir melhor alcance das suas finalidades levando-se em conta a teoria eclética que prevê retribuição, prevenção e ressocialização.

Logo, o sistema adotado pelo Pacote Anticrime permite a progressão de regime, algo consonante ao princípio da individualização penal, a proporcionalidade e realiza o fim de ressocialização, uma vez que o reeducando ao saber que vai poder progredir de regime, faz de tudo para manter um bom comportamento carcerário, já que essa boa conduta também é requisito da ressocialização.

Para citar como exemplo de alteração promovida pela nova Lei, o apenado primário que praticou o crime sem violência à pessoa ou grave ameaça, além do bom comportamento, necessitará de cumprir 16 % da pena no regime mais gravoso para fazer jus à progressão de regime para um regime mais benéfico.

Por sua vez, caso um indivíduo tenha praticado um crime sem violência à pessoa ou grave ameaça, mas seja reincidente, o quantum de pena a ser cumprida para possibilitar a progressão é de 20%. Logo, há uma diferenciação que, em última análise, realiza o princípio da individualização.

Não obstante as conquistas do sistema criminal com as recentes reformas, sobretudo com o Pacote Anticrime, algumas de suas inovações ainda se encontram suspensa por liminar deferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do juiz das garantias, do sistema acusatório e do novo sistema de arquivamento das investigações, alterações que são defendidas pela doutrina garantista.

Aliado a isso, o cenário do sistema penitenciário é caótico, caracterizado por superlotação dos presídios, falta de vagas em estabelecimentos penais, não há diversos tipos de estabelecimentos penais como colônia agrícola e industrial, assim como as tão faladas casas do albergado, o que inviabiliza a aplicação completa do sistema progressivo.

No papel, a norma da execução penal prevê diversos direitos dos presos como o trabalho, mas não há vagas. O que sobra é a violação reiteradas de direitos fundamentais, inclusive situação já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que asseverou existir um estado de coisas inconstitucional.

Portanto, pode afirmar que a norma do Pacote Anticrime é boa, caminhando no sentido dos princípios constitucionais da individualização da pena, razoabilidade, proporcionalidade, necessidade e humanidade. Porém, o cenário do sistema penitenciário requer outras normas estruturantes e atitude dos Poderes da República que efetivamente realizem a finalidade eclética da pena: retribuição, prevenção e ressocialização.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fábio Roque. **Direito Penal Didático - parte geral**. 3ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito Penal – parte geral**. 10ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral 1**. 21ª. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de jurisprudência dizer o direito**. 5ª. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – parte geral**. 8ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. **Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. **Código Penal para concursos**. 13ª. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8ª. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal. Parte Geral**. 11ª. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 15ª. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PLANALTO. **Lei de Execução Penal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em 21 nov 2020.

PLANALTO. **Lei de Organização Criminosa**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em 20 nov 2020.

PLANALTO. **Código Penal Brasileiro** em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 22 nov 2020.

PLANALTO. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 22 nov 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosma Rodrigues. **Novo Curso de Direito Processual Penal**. 15ª. ed. rees. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.