



A ILUSÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: UM ESTUDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Winicius Faray da Silva*

RESUMO

Preocupada com os direitos e garantias de todos os presos, a Constituição da República do Brasil de 1988, advinda de uma época pós-ditadura, procurou apregoar uma série de dispositivos que assegurassem a reinserção e a recuperação dos mesmos na sociedade. Nesse sentido, o princípio da individualização da pena desponta como de grande destaque para o debate sobre o atual sistema carcerário brasileiro, sendo previsto no artigo 5º, inciso XLVI do mesmo diploma constitucional. Tais direitos e garantias encontram-se apregoados também pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, todavia, encontra limitação no tratamento dado pelos governantes à observância desses direitos mínimos, os quais demonstram a discrepância entre a lei e o que de fato acontece. Portanto, o presente artigo busca, através de uma pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa, sobretudo no âmbito constitucional e penal, aprofundar o debate e quiçá trazer possíveis soluções.

Palavras-chave: Direitos e Garantias. Constituição. Individualização da Pena. Código Penal. Lei de Execução Penal.

Para mim, cada ser é, ao mesmo tempo, profundamente diferente e existencialmente próximo.
(Hulsman)

1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, o sistema punitivo veio sofrendo mudanças, no qual as penas desumanas, fundadas em um arbítrio judicial oriundo de um regime penal que não estabelecia limites para a sanção penal, foram cedendo lugar às chamadas penas humanitárias. Estas possuem o intuito de recuperar os presos para reinseri-los no convívio social.

* Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Participou dos projetos de extensão : Escola Modelo de Advocacia (EMA/PB); Acesso à Jurisdição Internacional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; e MEDIAC-Núcleo de Pesquisa e Extensão em Mediação de Conflitos. Atualmente, é Pesquisador Voluntário pelo Projeto de Pesquisa "Análise Econômica das Regras e Princípios: como o Direito pode incentivar a cooperação e inibir o comportamento oportunista". winicius.faray@hotmail.com.

Mas será que as garantias dispostas em nossa Lei Maior, leis infraconstitucionais e pactos internacionais são de fato operacionalizadas?

Com o presente estudo buscamos dissertar sobre o sistema penitenciário brasileiro dando enfoque para o tratamento dado para o princípio da individualização da pena que tem sido matéria de difícil tratamento na execução da pena ao carcerário, não apenas na possibilidade de preconceito com seu familiares, mas, também, no tratamento dado pelo Poder Público ao cumprimento de sua pena.

Com efeito, nota-se que dia após dia milhares de presos são encontrados em situações carcerárias, quando, na verdade, deveriam estar em liberdade, nos termos da lei.

Ora, como querer que presidiários saiam do cárcere obedecendo a lei quando nem mesmo aquele que deve mostrar exemplo em sua concretude não o faz.

Não buscamos aqui pugnar por um abrandamento de normas, mas, tão somente, pela estrita legalidade apregoada em nosso ordenamento jurídico. Assim, se a lei fora feita por representantes do povo, então que seja cumprida. Ato contínuo, deve ser cumprida para todos, seguindo os objetivos axiológicos do Estado democrático de direito.

Portanto, primeiramente trataremos do conceito de princípio para depois falarmos da individualização da pena especificadamente. Por conseguinte, abordaremos o caos das penitenciárias brasileiras e o contraponto entre a justiça retributiva e a restaurativa.

Empregamos, aqui, os tradicionais métodos da pesquisa jurídica, seguindo os raciocínios dedutivos, indutivos e hipotético-dedutivos de estudiosos que meditaram sobre o princípio da individualização da pena e a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio. No curso das pesquisas, foram consultados livros e legislações indicadas nas referências, examinando, igualmente, alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais espalhados pelo Brasil, os quais foram publicados através do Diário da Justiça eletrônico (Dje) e divulgados pela rede mundial de computadores.

2 CONCEITO DE PRINCÍPIO

Antes de trazer um conceito para o termo princípio, faz-se necessário apontar um aspecto que a doutrina mais moderna traz, qual seja: a separação das normas em regras e princípios. Como bem aponta Paulo Gustavo Gonet Branco, as regras e princípios são espécies de normas. Em suas palavras: “[...] tanto a regra como o princípio são vistos como espécies de normas, uma vez que ambos descrevem algo que deve ser. Ambos se valem de

categorias deontológicas comuns às normas – o mandado, a permissão e a proibição”. (2012, p. 97).

Seguindo a premissa de que as regras e princípios são espécies de normas e que um ordenamento jurídico deve ter a ideia de unidade, conforme explica Norberto Bobbio, a doutrina vem se debruçando sobre a importante distinção entre princípios e regras. Aqueles ganhariam em um âmbito mais geral, enquanto que estes ganhariam em uma concretude operacional.

De forma mais rápida e direta poderíamos dizer que os princípios são, segundo o *Vocábulo Jurídico* de De Plácito e Silva: “expressão que designa a espécie de norma jurídica cujo conteúdo é genérico, contrapondo-se à regra ou ao preceito, que é a norma mais individualizada”. (2012, p.1092).

Nesse sentido, é comum o emprego de certos critérios para definir princípios, tais como: generalidade, concretude e proximidade com o direito. O primeiro nos fala que os princípios seriam normas com alto grau de abstração, ou seja, mais “aberto” que as regras. Já a concretude seria relacionada com o baixo grau de determinabilidade dos princípios, nos casos de aplicação da norma. Ainda relacionado com esse critério, podemos dizer que: “princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração. Já as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata”. (BRANCO, 2012, p. 97).

O último critério ainda nos fala da proximidade da ideia de direito com os princípios, no qual estes seriam padrões para se atingir os objetivos axiológicos do direito.

Importante distinção faz o jurista Celso Bastos, quando aduz:

Em síntese, pois, os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, no que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela sua força irradiante, permeiam todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas. (2002, p. 208)

Nesse diapasão, Robert Alexy (1996, p. 86) nos mostra que princípios são normas que, ao ordenarem que algo seja realizado, vai depender do tratamento com outros princípios e regras, e ainda da realidade em questão. Assim, os princípios podem ser cumpridos de forma parcial ou total, enquanto que as regras podem ou não serem cumpridas.

Por tudo isso, as constituições atuais procuram ser compostas por regras e princípios. Tal fato acontece, pois, se fossem feitas apenas de regras, incorreria em uma limitação de sua funcionalidade gerada pelo impacto encontrado com o avanço da ordem social. E se fossem

apenas de princípios, consagrando um sistema aberto, seria afetado por falta de segurança jurídica. Logo, tanto regras quanto princípios, são interdependentes e se interagem no universo jurídico.

Portanto, como explica José Afonso da Silva, os princípios são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são – como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens”. (2012, p.92)

3 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

A partir do Iluminismo, o Direito Penal, na esmagadora maioria dos países democráticos, abarcou um caráter menos cruel do que ocorria no Estado Absolutista. Muitos princípios foram incorporados para trazer uma ideia de igualdade e liberdade, limitando a intervenção estatal. Com o passar dos anos, tais princípios receberam um caráter constitucional, no qual Cezar Roberto Bitencourt aponta como “Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito”. (2012, p. 46).

O texto constitucional da República do Brasil de 1988, já traz uma série de princípios garantidores dos direitos dos cidadãos perante o poder punitivo estatal. O próprio preâmbulo, o qual reflete posição ideológica, filosófica e política, já estabelece valores supremos a serem seguidos, como: a liberdade, igualdade e justiça. Tais valores são também, por consequência, orientadoras de interpretações sobre matéria penal em normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, o artigo 5º da nossa Carta Magna traz princípios constitucionais específicos do âmbito penal, o qual, seguindo a teoria da pirâmide kelseniana adotada pelo ordenamento brasileiro, dá orientações ao legislador infraconstitucional “para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”. (BITENCOURT, 2012, p. 47).

Atendendo aos valores e posições ora mencionados, adotados pelo constituinte, o inciso XLVI, do supramencionado artigo, trata sobre a chamada individualização da pena, o qual assim preconiza:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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;

Antes de qualquer coisa, deve-se atentar para um breve conceito de pena, o qual consiste em atribuir uma consequência imposta pelo Estado, fazendo valer seu *ius puniendi*, quando alguém comete um fato típico, ilícito e culpável. Assim, quando o agente pratica uma infração penal, o Estado tem o dever/poder de aplicar uma sanção legal tendo por base os princípios constitucionais implícitos ou expressos, como, por exemplo, o inciso XLVII do art. 5º, *ipsis litteris*: “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”.

Desse modo, a chamada individualização da pena consiste em mensurar a pena ao caso concreto, tendo em vista que cada indivíduo possui um histórico pessoal, o qual deve receber a punição que lhe é devida. Nelson Hungria, citado por Luiz Luisi, esclarece o que deve ser entendido pelo princípio da individualização da pena: “Retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso”. (1991, p. 37). Em suma, tal princípio reflete o pensamento de que a pena deve ser proporcional à lesão ao bem jurídico tutelado e a medida de segurança à periculosidade do agente.

O processo de individualização da pena ocorre em três etapas complementares: o legislativo, o judicial e o executório ou administrativo.

Mediante uma hermenêutica constitucional, percebe-se que o primeiro momento é o legislativo, pois é aqui que o legislador vai selecionar as condutas, positivas ou negativas, que “atacam os bens mais importantes”. (GRECO, 2012, p.69). Nessa fase, o legislador, através de um critério político-criminal, irá atribuir a cada tipo penal uma ou mais penas que devem ser proporcionais ao bem jurídico protegido e a gravidade da ofensa, individualizando, assim, as penas de cada infração penal. O doutrinador Rogério Greco assim exemplifica:

A proteção à vida, por exemplo, deve ser feita com uma ameaça de pena mais severa do que aquela prevista para resguardar o patrimônio; um delito praticado a título de dolo terá sua pena maior do que aquele praticado culposamente; um crime consumado deve ser punido mais rigorosamente do que o tentado etc. A esta fase seletiva, realizada pelos tipos penais no plano abstrato, chamamos de cominação. (2012, p.69)

Já na individualização judiciária, após o julgador analisar a teoria analítica do crime, constatando que o crime é típico, ilícito e culpável, passará a individualizar a pena correspondente. Assim, o juiz elabora a sentença que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais.

Nesse momento, o juiz, orientado inicialmente pelo artigo 59 do Código Penal, irá presidir as regras básicas da individualização da pena para reprovar e prevenir o crime. O magistrado estabelecerá as penas aplicáveis dentre as cominadas; sua quantidade, dentro dos limites previstos; o regime de execução; e uma possível substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena. O *caput* do mencionado artigo ainda nos fala que o juiz deve estabelecer a pena atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima.

Dissertando sobre o assunto, Frederico Marques assim aduz:

“a sentença é, por si, a individualização concreta do comando emergente da norma legal. Necessário é, por isso, “que esse trabalho de aplicação da lei se efetue com sabedoria e justiça, o que só se consegue armando o juiz de poderes discricionários na graduação e escolha das sanções penais.” Trata-se de um *arbitrium regulatum*, como diz Bellavista, consistente na faculdade a ele expressamente concedida, sob a observância de determinados critérios, de estabelecer a quantidade concreta da pena a ser imposta, entre o mínimo e o máximo legal para individualizar as sanções cabíveis”. (1999, p.297) (Grifos nosso)

Destarte, nota-se que ao julgador foram atribuídas etapas, dotadas de critérios subjetivos, a serem obrigatoriamente seguidos para a devida proporção entre a pena e o mal produzido, pois no fim do *caput* do artigo 59 o legislador estabelece que a pena será “necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime”. Logo, as circunstâncias judiciais (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, circunstâncias do crime, consequências e comportamento da vítima), não definidas pelo legislador, estão a cargo do julgador, que terá a função de identificá-los nos autos e mensurá-los concretamente.

Percebe-se que o referido artigo possui uma ampla gama de discricionariedade, o qual é motivo de grande polêmica. Nesse sentido é o posicionamento de Luiz Vicente Cernicchiaro, o qual afirma que “é da própria natureza da individualização o poder discricionário do juiz, no momento da fixação ao caso concreto”. (1991, p.132.)

Alguns autores, como mostra Luiz Luisi, entendem que o artigo 59 do Código Penal contem elementos apenas exemplificativos, tendo o Código Penal italiano também feito o mesmo em seu artigo 133, o qual fixa regras dentre as quais o juiz deve exercer o poder discricionário. Outros autores, contudo, entendem que tal dispositivo trata de um elenco taxativo, “chegando mesmo a sustentar a omnicomprensividade”. (LUISSI, 1991, p. 38). Existem ainda alguns poucos autores que, em posição totalmente contrária, sustentam que no dia a dia os juízes usam de forma abusiva a discricionariedade.

Seguindo a visão de Luiz Luisi, entendemos que ao juiz se encontra uma “discrecionalidade vinculada”, pois a legislação estabelece parâmetros a serem seguidos. Mesmo que estejam presentes, em sua decisão, um coeficiente criador em que, possivelmente, transpareça aspectos de sua personalidade, o juiz “pode fazer as suas opções, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, atendendo as exigências da espécie concreta, isto é, as suas singularidades, as suas nuances objetivas e principalmente a pessoa a que a sanção se destina”. (LUIZI, 1991, p. 38).

Todavia, deve-se atentar ao fato de que, ao analisar e valorar as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base, o juiz deve fazê-lo de forma individualizada, pois, se o fizer de forma genérica, poderá ter seu ato decisório maculado. Tal atitude irá deixar, tanto o réu quanto o *Parquet*, cientes dos reais motivos que levaram o julgador a fixar a pena-base em certa quantidade. Como bem aponta Rogério Greco, o réu, principalmente, deve saber o porquê de ter o juiz fixado a pena-base acima do mínimo, pois esta será, possivelmente, “objeto de ataque quando de seu recurso”. (2012, p.556).

Nesse sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal:

Traduz situação de injusto constrangimento o comportamento processual do Magistrado ou Tribunal que, ao fixar a pena-base do sentenciado, adstringe-se a meras referências genéricas pertinentes às circunstâncias abstratamente elencadas no art. 59 do Código Penal. O juízo sentenciante, ao estipular a pena-base e ao impor a condenação final, deve referir-se, de modo específico, aos elementos concretizadores das circunstâncias judiciais fixadas naquele preceito normativo. (STF, HC 68.751, Rel. Sepúlveda Pertence, DJU 1º/11/1991, p. 15.569).

Não responde à exigência de fundamentação de individualização da pena-base e da determinação do regime inicial de execução de pena a simples menção aos critérios enumerados em abstrato pelo art. 59 do CP, quando a sentença não permite identificar os dados objetivos e subjetivos a que eles se enquadrariam, no fato concreto, em desfavor do condenado. (STF, HC 68.751, Rel. Sepúlveda Pertence, DJU 1º/11/1991, p. 15.569).

Desse mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que:

O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. *In casu*, os argumentos judiciais tecidos ao fixar o *quantum* da reprimenda são insuficientes para amparar a exasperação na fixação da pena-base, acarretando, pois, flagrante desproporcionalidade entre a sua fixação e as circunstâncias apresentadas, ferindo, pois, o princípio da individualização da pena. (STJ, HC 46.395/MS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27-9-2007).

Em outro julgado, o STJ manteve o mesmo posicionamento, quando aduz:

As circunstâncias judiciais devem ser sopesadas com base em fatores concretos contidos nos autos da ação penal, sendo necessária a fundamentação de todas elas, em atenção ao princípio da individualização das penas e da necessidade de motivação das decisões judiciais, sendo defeso ao Magistrado apenas apontá-las como desfavoráveis ao condenado. (STJ, HC 82.928/MS, Rel. Jane Silva, j. 13-9-2007).

Portanto, a pena deve ser proporcional ao delito. Necessita de mensuração. Como bem aponta Cernicchiaro “Sem a proporcionalidade impede-se realizar a justiça material”. (1991, p.133).

Depois de fixar a pena-base, o juiz irá, *ex vi* do artigo 68 do estatuto repressivo, observar as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por último, as causas de diminuição e aumento da pena. Essas últimas etapas possuem critérios mais objetivos para sua concretude.

Deve-se ressaltar aqui, mesmo que de maneira breve, a discussão que se prolonga entre os penalistas sobre a possibilidade ou não de diminuição da pena-base, aquém do mínimo, ou aumentá-la, além do máximo, no segundo momento de fixação da pena. Seguindo aqui a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, entendemos não ser possível uma modificação da pena-base pela atenuante ou agravante, para aquém do mínimo ou além dos limites estabelecidos pelo tipo penal infringido, pois se estaria infringindo a individualização da pena legislativa que, como fora exposto, é de competência de outro poder.

Assim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ensina o caminho a ser seguido para a dosimetria da pena:

O caminho para a dosimetria da pena, no nosso sistema, encontra-se delineado no art. 68 do Código Penal, através do método trifásico criado por Nelson Hungria. Primeiro, se fixa à pena-base, com a análise dos vetores do art. 59 do Código Penal. Segundo, se estabelece a pena provisória, a partir do cálculo das circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, como se calcula a pena definitiva a partir das causas de aumento e de diminuição, sempre optando, como diz a lei, pela que mais aumente ou diminua a pena. Aplicação do redutor da Lei de Tóxicos. Descabimento. Trata-se de um benefício aplicável apenas em relação às drogas, não podendo ser utilizado genericamente. (TJRS, Apelação 70021556410, Rel. Mário Rocha Lopes Filho, j. 5-12-2007.)

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça assim preleciona:

Ao individualizar a pena, o juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar os critérios do art. 59, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para ao final impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer. (STJ, HC 48122/SP; HC 2005/ 0156373-8, Rel. Min. Laurita Vaz, 5º T., DJ 12/6/2006, p.511).

Após a individualização judiciária, vai-se concretizar a sanção penal com a efetiva execução. Sobre o tema, Aníbal Bruno, citado por Luiz Luisi, diz que é nesse momento que a

sanção penal “começa verdadeiramente a atuar sobre o delinquente, que se mostrou insensível à ameaça contida na cominação”. (1991, p.39).

Portanto, depois do trânsito em julgado da condenação, vai ocorrer a execução penal, no qual o artigo 5º da Lei de Execução Penal assevera: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Além do princípio da individualização da pena, outros princípios, expressos no artigo 5º da nossa Carta Magna de 1988, merecem destaque no momento da execução da pena, tais como: o inciso XLIX que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral; inciso XLVIII que dispõe que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; inciso XLIX que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral; e no inciso L se garante às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

Júlio Fabbrini Mirabete, discorrendo sobre o assunto, nos fala que:

Com os estudos referentes à matéria, chegou-se paulatinamente ao ponto de vista de que a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes – e que tampouco a execução pode ser homogênea durante todo o período de seu cumprimento. Não há mais dúvida de que nem todo preso deve ser submetido ao mesmo programa de execução e que, durante a fase executória da pena, se exige um ajustamento desse programa conforme a reação observada no condenado, só assim se podendo falar em verdadeira individualização no momento executivo. Individualizar a pena, na execução, consiste em dar a cada preso as oportunidades e os elementos necessários para lograr sua reinserção social, posto que é pessoa, ser distinto. A individualização, portanto, deve aflorar técnica e científica, nunca improvisada, iniciando-se com a indispensável classificação dos condenados a fim de serem destinados aos programas de execução mais adequados, conforme as condições pessoais de cada um. (MIRABETE apud GRECO, 2012, p. 70-71).

4 CUMPRIMENTO DA PENA E O ATUAL SISTEMA PENITENCIÁRIO

Depois de concluir que o fato praticado pelo agente é típico, ilícito e culpável, o julgador passará a fase de aplicação da pena. Assim, atendendo ao critério trifásico do art. 68 do Código Penal, o juiz irá observar os critérios do artigo 59 (do mesmo diploma repressivo), as circunstâncias atenuantes e agravantes e, por último, as causas de aumento e diminuição. O mesmo artigo 59, no inciso III, mostra que o juiz irá definir o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, que poderá ser fechado, semiaberto ou aberto.

Já no parágrafo 2º, do art. 33, o legislador mostra que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas de forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e

ainda determina os critérios para escolha do regime inicial. O condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; 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 semiaberto; o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Destarte, percebe-se que o legislador tratou de taxar o cumprimento inicial da pena demarcando o período da condenação, todavia, deve-se atentar para o critério da individualização da pena tão defendido aqui. Assim, o julgador deve conjugar a quantidade de pena aplicada com uma análise das circunstâncias judiciais, como já fora exposto, para uma prevenção e reprovação do crime.

Pelo exposto, e tendo em vista o atual sistema penitenciário brasileiro, indaga-se: O que acontece quando o condenado, por conta da ineficiência do aparelho estatal, não tem possibilidade de cumprir a pena no regime definido na sentença? Deverá o condenado, por desídia do Estado, cumprir sua pena em regime mais rigoroso do que aquele que lhe fora imposto pela sentença?

No presente estudo, entendemos que uma pessoa não pode cumprir a pena em regime mais gravoso do que a que foi condenada, por pura negligência do Estado. É inadmissível que alguém seja condenado ao regime semiaberto e, em razão da inexistência de vaga nesse regime, tenha que cumprir a pena em regime fechado. Do mesmo modo, alguém que permaneça em qualquer desses dois regimes, ante a ausência de estabelecimento para cumprir o regime aberto.

Felizmente, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido ser constrangimento ilegal o condenado que cumpra pena em regime mais gravoso do que lhe fora imposto, *in verbis*:

Encontrando-se o condenado cumprindo pena em regime mais gravoso do que lhe fora imposto, em razão de inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado ou inexistência deste, cabível a imposição de regime mais brando, em razão de evidente constrangimento ilegal.

É dever do Poder Público promover a efetividade da resposta penal, na dupla perspectiva da prevenção geral e especial; entretanto, não se podem exceder os limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória. (STJ, HC 97940/ RS, HC 2007/0310464-6, Rel. Min. Laurita Vaz, 5º T., DJ 8/9/2008).

Portanto, entendemos não ser cabível um condenado cumprir pena em regime superior ao determinado em sua sentença, pois correria o risco de se cair em inconstitucionalidade. Tal ocorreria não só por conta do artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República do Brasil de 1988, mas também pelo inciso XLVIII do mesmo

diploma legal que estabelece que a pena seja cumprida “em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Além disso, a própria Lei de Execução Penal, em seu art. 185, prevê que “haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

O desprestígio da Justiça Penal está em obrigar que alguém cumpra sua pena de forma mais grave do que fora exposto em sua condenação, violando, assim, a Justiça Penal.

Como bem aponta Cezar Roberto Bitencourt:

Significa dizer, em outros termos, que a natureza do regime não transmuda para outro menos grave, pela ausência de vaga no regime legal a que tinha direito, mas, tão somente, que, por exceção, ficará em regime mais liberal, enquanto a vaga não existir, como têm decidido, acertadamente, nossas duas Cortes Superiores. (2012, p. 655).

5 ANÁLISE SOCIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA E DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A individualização da pena, como ficou demonstrada, é um dos pilares na condenação do infrator e, por assim ser, deve ser levado em consideração desde o momento do cometimento da infração até o seu dia final, quando o mesmo estará em plena liberdade.

Pois bem, nesse liame, presenciemos a mídia explicitar casos de presos que estão em penitenciárias a mais tempo do que foram condenados ou até mesmo sendo assassinados nas mesmas. Tal atitude se tornou rotineira na penitenciária maranhense de Pedrinhas no ano de 2014, onde diversos ataques e fugas aterrorizaram a população nacional e, sobretudo, a maranhense.

Portanto, tendo em vista a falha da individualização da pena, especificadamente a administrativa ou executória, buscar-se-á aqui trazer à baila a noção de justiça restaurativa que, não sendo uma solução geral para todos os casos, ao menos podem apaziguar situações mais brandas e que podem ser sanadas de maneira correlata, tais como os crimes contra a honra e do usuário de entorpecente.

5.1 O caos carcerário no Estado brasileiro

Desde o séc. XVIII surge a privação da liberdade como uma das formas estatais de *ultima ratio*, entretanto, com o passar dos anos, tal forma de gerir a justiça criminal deixou de transparecer ao condenado os direitos e garantias que os mesmos fazem jus.

Desse modo, o Brasil atual se coloca em posição de destaque negativo ao falarmos do sistema carcerário, pois temos, segundo dados extraídos da página virtual da BBC Brasil, a quarta maior população carcerária do mundo com 500 mil presos. Tal noção tem sido repetidas vezes alvo de críticas pela ONU, pois o desrespeito aos direitos humanos do preso é mais do que flagrante.

Ora, em um sistema carcerário onde um preso tem como seu espaço de vida 70 centímetros quadrados, mas já possui como garantia penal um espaço de no mínimo 6 metros quadrados, não temos outra conclusão senão a ideia de que as rotineiras fugas, assassinatos, brigas entre facções, tráfico, falta de vigilância e etc. é algo mais do que presumível e natural.

Retratando o colapso do sistema prisional, Alessandro Baratta (2002, p.168) cita que os efeitos marginalizadores do cárcere e a impossibilidade estrutural de a instituição carcerária cumprir as funções que a ideologia penal lhe atribui demonstram o substancial fracasso do sistema penal tradicional.

Com a crise de legitimidade e eficiência, o legislador brasileiro instituiu a lei nº 9.099/95 a fim de reduzir e/ou conter a punição extrema, como, por exemplo, com as penas e medidas alternativas.

Contudo, as mudanças apregoadas trouxeram um aumento do campo de atuação do direito penal que, para Howard Zehr:

As populações carcerárias continuam a crescer ao mesmo tempo em que as 'alternativas' também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender as necessidades essenciais da vítima e ofensor. (2008, p.62)

Assim, forçoso concluir que o paradigma carcerário apregoado pela Lei supra, busca alternativas à privação da liberdade ao invés de procurar alternativas à pena. E nesse sentido explica Zehr:

Criando novas formas de punição menos dispendiosas e mais atraentes que a prisão, seus proponentes conseguem manter o paradigma em pé. Contudo, pelo fato de constituírem apenas outro epíclito, não questiona os pressupostos que repousam no fundamento da punição. E por isso não tem impacto sobre o problema em si – a

superlotação carcerária –, problema para o qual pretendiam ser a solução. (2008, p.60)

5.2 Justiça Restaurativa

Conforme se constatou até aqui, a lei penal brasileira está preocupada apenas em punir os infratores subjugando os fatos à norma, ou seja, um clássico silogismo. Contudo, é teratológico achar que a simples inclusão do preso em penitenciárias superlotadas, desumanas, degradantes, ilegais e com diferentes personalidades de detentos irá ressocializá-lo.

Portanto, pregamos aqui que a *extrema ratio* deve dar lugar à Justiça Restaurativa, onde esta se apresenta como um paradigma de contraste à Justiça Criminal, indicando soluções às principais falhas e ineficiências deste, alterando os focos e as soluções.

Logo, verifica-se que o processo penal é voltado exclusivamente à questão da culpa do acusado e, uma vez estabelecida, as garantias processuais e os direitos fundamentais são deixados de lado, resultando em uma menor atenção ao desfecho do processo.

Ora, o âmbito da atenção não está no dano à vítima, ao infrator e à comunidade, ou na experiência destas na ocorrência do delito, como a Justiça Restaurativa se propõe a fazer, mas sim na violação à lei e a determinação da culpa.

Essa noção social arcaica de que apenas “jogar” o infrator em um “calabouço”, que são os presídios nas condições atuais brasileiras, não quer remeter a uma ressocialização do mesmo que, mesmo pagando sua pena por mais tempo que deve – por negligência estatal, ou, ainda, quiçá sendo assassinado ou torturado, se tiver a sorte de sair do estabelecimento prisional por cumprir sua pena conforme a legislação, dificilmente deixará de cometer outra infração de igual potencial ofensivo ou pior.

Dessa forma, é notório que o sistema retributivo que se arrasta no Brasil busca apenas retribuir o mal feito, sem trazer qualquer benefício à comunidade, ou ao infrator e, principalmente, à vítima. Nesse sentido, “as instituições e métodos do direito são partes integrantes do ciclo de violência ao invés de soluções para ela”. (ZERH, 2008, p.74).

Com efeito, a individualização da pena, aqui tanto apregoada, tem tudo a ver com a justiça restaurativa, pois é um direito do preso de cumprir sua pena para voltar ao convívio social pagando exatamente pelos atos que cometera e nada mais. E ainda com tal noção, deve-se buscar a premissa básica do direito penal, qual seja: a legalidade dos atos.

Pois bem, em contraposição ao modelo criminal arcaico de justiça retributiva que está sendo aqui debatido, o modelo restaurativo foca sua atenção no ato danoso, nos prejuízos

causados aos envolvidos: vítima, ofensor e comunidade, além das possíveis soluções do conflito.

Aqui na Justiça Restaurativa temos uma forma de justiça centrada na reparação, ocorrendo uma verdadeira ruptura em relação aos princípios da justiça retributiva (baseada em sanções punitivas), pois naquele as partes fazem parte do processo, sendo oferecida autonomia para expor seus sentimentos e angústias, bem como a possibilidade de ouvir todos os envolvidos.

Para Renato Sócrates Gomes, a justiça restaurativa supera o modelo retributivo ao promover a democracia participativa das partes, *ipsis litteris*:

A vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas. (2005, p.22)

Assim, para definir de vez a diferença entre os dois sistemas, Zehr aduz que na justiça retributiva “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por normas sistemáticas”. (2008, p.171). E no que tange a Justiça Restaurativa, “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança”. (2008, p.171).

Seguindo a noção de um novo modelo de realizar a Justiça Penal, e cansados da incredibilidade da Justiça atual, observamos um crescimento da Justiça Restaurativa no Brasil, onde o princípio da oportunidade, não vinculado à plena pureza discricionária do promotor, passou a ser balizado pela Carta Constitucional, Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e da Lei 9.099/95.

Tais alegações encontram amparo no art. 98, inciso I, da Constituição da República atual, pois adverte a possibilidade de conciliação e transação de infrações penais de menor potencial ofensivo. Com efeito, a Lei 9.099 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) dispõe no art. 72 acerca da conciliação e julgamentos dos crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando a aplicação da Justiça Restaurativa.

Ademais, tal noção se faz corroborada pelos institutos da composição civil (art.72), através da possibilidade de composição dos danos entre as partes; transação penal (art. 76),

tendo em vista que havendo representação da vítima ou sendo crime de ação penal pública incondicionada, poderá o Ministério Público propor pena restritiva de direito ou multas; e suspensão condicional do processo (art. 89).

Neste último devemos ter em mente seu parágrafo 1º e 2º, pois para as situações que admitam a suspensão condicional do processo pode ser feito, correlatamente, o encaminhamento à Justiça Restaurativa.

Por conseguinte, ainda vislumbramos a aplicação de tal modalidade restaurativa segundo interpretação da Lei 10.741/03, pois seu art. 94 determina o emprego do procedimento da Lei 9.099/1995 nos delitos cuja pena privativa de liberdade não exceda quatro anos.

E impulsionando a Justiça Restaurativa temos o art. 126 do ECA, pois, recepcionando o instituto da remissão, poderá o processo ser excluído, suspenso ou extinto, desde que a composição do conflito seja perfectibilizada entre as partes, de forma livre e consensual.

Portanto, conforme explica Renato Sócrates Gomes Pinto, para que tenhamos a prática restaurativa necessitaremos de uma sensibilização e capacitação dos operadores jurídicos, tendo em vista os conflitos deontológicos e existenciais na sua atuação, “pois estarão, por um lado, jungidos a sua formação jurídico-dogmática e seus estatutos funcionais e, por outro, convocados a uma nova práxis, que exige mudança de perspectiva.” (2008, p.201-202).

Para o mesmo autor, o procedimento restaurativo jamais poderá contrair princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, violando o princípio da legalidade em sentido amplo, *in verbis*:

A aplicação da Justiça Restaurativa deve respeitar as condições para que sua existência, validade, vigência e eficácia sejam reconhecidas. Caso contrário, o procedimento e seus atos restaram inexistentes, nulos e/ou ineficazes e, portanto, inaptos para irradiar efeitos jurídicos. (PINTO, 2008, p.202).

Por oportuno, apontamos que tal modelo já vem sendo utilizado pelo Judiciário nacional e, nesse sentido, trazemos à baila o recente julgado da Suprema Corte brasileira que julgou constitucional o procedimento restaurativo em face do usuário de entorpecentes, tendo em vista a busca pela reinserção social do mesmo. Assim dispõe a decisão supra:

JUIZADOS ESPECIAIS. APELAÇÃO. CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. QUESTÃO PREJUDICIAL. ART. 28 DA LEI 11.343/06. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. SAÚDE PÚBLICA. PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TIPICIDADE MATERIAL AFIRMADA. PENA. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

OBSERVÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Art. 28 da Lei Antitóxicos. Constitucionalidade. Somente a lei, criada com a observância dos princípios e das regras constitucionais fixadas para a sua devida elaboração, pode determinar o que é crime e indicar a pena cabível. Norma penal de proteção à saúde pública. Bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Periculosidade social da conduta do usuário. Fator social devidamente considerado pelo legislador ordinário. I.1 - Direito Internacional. Delito sujeito a modelo sistêmico próprio à justiça restaurativa e que, segundo normas estabelecidas no direito internacional incorporado ao sistema normativo nacional, impõe ao Estado brasileiro o dever de buscar a reinserção social do usuário e de evitar o incremento do uso indevido de substâncias entorpecentes. I.2 - Direito Nacional. Lei nº 11.343/06. Arcabouço legislativo de combate à droga que guarda plena conformidade a política pública de garantia do bem-estar social estabelecida pelo legislador constituinte (Art. 193 CF/88). Requisitos formais e materiais devidamente observados pelo legislador ordinário ao tutelar no art. 28 da Lei 11.343/06 a saúde pública como bem jurídico imediato e a saúde individual como mediato. Prejudicial rejeitada. (STF - ARE: 767103 DF , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 18/12/2013, Data de Publicação: DJe-024 DIVULG 04/02/2014 PUBLIC 05/02/2014)

No mesmo sentido da jurisprudência do STF, a Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF atribuiu à Justiça Restaurativa o condão de lidar com tais casos:

I - DIREITO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS ESTADUAIS. II - CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28, CAPUT, LEI N.º 11.343/06. CONDUTA DELITUOSA DEFINIDA COMO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E QUE, POR SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA, FOI CONSAGRADA À JUSTIÇA RESTAURATIVA. INFRAÇÃO SUJEITA A PROCESSO COLABORATIVO PELA NOVA LEGISLAÇÃO ANTITÓXICOS. OPÇÃO LEGISLATIVA QUE NÃO IMPLICA ABOLITIO CRIMINIS. O LEGISLADOR ORDINÁRIO AO EXCLUIR, PARA O DELITO DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, A APLICAÇÃO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NÃO DESPENALIZOU A MENCIONADA CONDUTA, TENDO APENAS INSTITUÍDO NOVOS INSTRUMENTOS PARA SEU COMBATE. III - TIPICIDADE CONFIGURADA AINDA QUE ÍNFIMA A QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ILEGAL APREENDIDA. O USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, CONQUANTO ESTEJA DENTRE OS CRIMES DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO, NÃO SE CARACTERIZA COMO DELITO DE BAGATELA, EIS QUE SOCIALMENTE PERCEPTÍVEL A GRAVIDADE DE QUE SE REVESTE TAL CONDUTA, A QUAL, POR RETIRAR A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO USUÁRIO, É CAPAZ DE LEVÁ-LO À CONDIÇÃO DE COMPLETA DEGRAÇÃO HUMANA. IV - RECURSO CONHECIDO, MAS A ELE NEGADO PROVIMENTO.

(TJ-DF - APJ: 277663120068070007 DF 0027766-31.2006.807.0007, Relator: DIVA LUCY IBIAPINA, Data de Julgamento: 14/09/2010, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Publicação: 06/10/2010, DJ-e Pág. 187)

Assim sendo, em contraponto às medidas adotadas pela Justiça Retributiva, a Restaurativa possui um paradigma não punitivo que apresenta soluções às ineficácias do sistema de justiça criminal atual, alterando o foco do processo penal no estabelecimento da culpa e punição para o ato danoso, suas consequências e suas possíveis soluções.

6 CONCLUSÃO

Com o presente estudo observamos que a noção do princípio da individualização da pena, direito fundamental de acusados em processo criminal, vem sendo rotineiramente mitigado pelo próprio Poder Público, ou seja, a quem cabia defender a legalidade dos atos.

Não estamos aqui buscando um processo penal que deixe de penalizar o infrator, mas apenas adequando crimes que passíveis de situações diversas da que estamos habituados, onde o puro silogismo frio de adequação do crime à pena seja a forma de penalização.

Acreditamos que nos crimes de representação temos um ambiente propício para a justiça restaurativa onde poderá restabelecer vínculos e evitar situações análogas aos crimes em um futuro não distante.

E afirmamos tal noção tendo em vista os resultado já apregoados pelos juiz brasileiros ao darem oportunidade para a justiça restaurativa, conforme a jurisprudência aqui colacionada.

Ademais, é bastante plausível se pensar que o implemento da justiça restaurativa irá ser corroborado pelo princípio da individualização da pena, pois a mesma, como restou demonstrado, não reside apenas na condenação da pena adequada, mas, também, em seu cumprimento conforme as leis emanadas pelo próprio Poder Público. Portanto, o cumprimento da pena, além de obedecer a legislação, o que parece óbvio, mas que tem sido negligenciado pelo Estado, deve resgatar a noção de sanção como forma de melhorar o convívio social e as suas relações: vítima, ofensor e comunidade.

Com tal noção, resgataremos o prestígio penal desgastado pela constante ilegalidade que os cerceia.

Por fim, devemos ter em mente que a sociedade possui papel fundamental para que se prospere a difusão da individualização da pena, pois, na esmagadora maioria das vezes, possui um juízo de valor que apenas busca a condenação do infrator, sem, contudo, se valer de métodos que possam de fato ressocializá-lo. Devemos deixar de lado o âmago que nos corrói ao nos depararmos com a simples condenação do infrator e sua detenção em um estabelecimento de segurança.

Assim, a difusão da Justiça Restaurativa no Brasil representa a oportunidade de uma Justiça Criminal mais democrática, que opere real transformação, abrindo caminho para a nova forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social com dignidade. Logo, devemos deixar as e preconceitos jurídicos que impedem uma maior

aplicação e evolução da Justiça Restaurativa no Brasil, sendo ainda necessário mudar aquela velha opinião formada sobre tudo e tampar os olhos para novo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. de Ernesto Gárzon Valdez. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Acesso em 22 de março de 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei nº 7.209**, de 11 de julho de 1984. Acesso em 22 de março de 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm>.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Acesso em 22 de março de 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA, Paulo José Jr. **Direito Penal na Constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KAWAGUTI, Luis. **Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo e déficit de 200 mil vagas**. Acesso em 24 de março de 2015, disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml>.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 3 v. São Paulo: Millenium, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** In: Slakmon, C.; De Vitto, R.; Pinto, R. (Orgs.). *Justiça restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa: um novo caminho?** *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, v. 8, n. 47. Porto Alegre 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

THE ILLUSION OF PENALTY INDIVIDUALIZATION: A STUDY OF PRISION SYSTEM AND THE RESTORATIVE JUSTICE

ABSTRACT

Concerned with the rights and guarantees of all the prisoners, the Constitution of the Republic of Brazil in 1988, arising from a post-dictatorship era, sought to preach a series of devices that would ensure the reintegration and recovery of the prisoners to the society. In this sense, the principle of individualization of punishment emerges as the highlight for the current debate about the Brazilian prison system, being provided in Article °5, XLVI, of the same constitutional document. Such rights and guarantees are also touted by the Penal Code and the Penal Execution Law, however, is limited in its treatment by rulers on observance of minimum rights, which demonstrate the discrepancy between the law and what actually happens. Therefore, this article seeks, through a doctrinal research, case law and legislation, particularly under constitutional and criminal law, further discussion and perhaps brings possible solutions.

Keywords: Rights and Guarantees. Constitution. Individualization of Punishment. Criminal Code. Criminal Execution Law.