

Parte **1**

SISTEMA DE JUSTIÇA
BRASILEIRO, AVALIAÇÃO
E PERÍCIA PSICOLÓGICA

O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Vanessa Chiari Gonçalves

O psicólogo que for prestar serviços ao sistema de justiça, mediante a realização de avaliações psicológicas, precisa ter um mínimo de conhecimento de como esse sistema funciona, de sua lógica operativa e das expectativas que os agentes jurídicos têm quanto ao seu trabalho. Sempre que a avaliação é oferecida a uma área profissional que não é a do psicólogo, cabe a ele adaptar seus dados de forma que possam atender à demanda, de modo a ser inteligível aos seus leitores leigos sem deixar de atender às exigências éticas da psicologia. A questão diz respeito à compreensão da lógica do sistema em que seus dados serão utilizados. Para tanto, este primeiro capítulo pretende trazer ao psicólogo, que se inicia nessa área da avaliação forense, alguns conhecimentos básicos do sistema de justiça. Considerando a amplitude do tema, optou-se, neste capítulo, pela análise da atuação específica do sistema de justiça criminal. O enfoque do capítulo envolve, também, algumas dificuldades em trabalhar com a prova pericial e aspectos relevantes da execução criminal.

O sistema de justiça brasileiro é composto pelo Poder Judiciário (da União e dos Estados), pelo Ministério Público (da União e dos Estados) e pela Defensoria Pública (da União e dos Estados). Cada Poder da República, assim

como cada um de seus órgãos, apresenta funções constitucionais específicas no sistema como um todo. Já no âmbito do sistema de justiça criminal, incluem-se também as polícias judiciárias (civil e federal), encarregadas da investigação dos delitos, e os agentes penitenciários, encarregados de administrar a rotina da execução da pena. O sistema jurídico adotado pelo Brasil, a exemplo da maioria dos países ocidentais, é o romano-germânico, também chamado de *civil law*. Nesse sistema, o princípio da legalidade tem valor central. Desse modo, consideram-se crime as condutas previstas em norma incriminadora vigente na data em que o delito foi praticado. Não se pode falar em prática de crime sem que essa conduta esteja prevista em lei ordinária, de natureza federal, vigente no dia em que a conduta foi praticada (Brasil, 1940).

O direito pode ser pensado como norma, como fato e como valor. Seu aspecto normativo pressupõe todo o ordenamento jurídico composto por regras e por princípios estruturados de forma hierárquica, tendo a Constituição da República como o ponto mais alto dessa hierarquia. O direito objetivo (escrito por meio de lei) pode ser definido como um conjunto de normas ou de regras jurídicas que estabelecem aos indivíduos determinadas formas de comporta-

mento, conferindo-lhes possibilidades de agir. Já o aspecto fático do direito diz respeito aos problemas da vida concreta e às soluções que precisam ser encontradas no âmbito do sistema jurídico, considerando-se sua efetividade social e histórica. O aspecto valorativo do direito relaciona-se ao sentimento de justiça, que, embora seja subjetivo, precisa ser atendido na medida do possível (Reale, 2004).

O sistema de justiça que conhecemos na atualidade foi normatizado, de forma gradual, no decorrer do século XIX. Com a adoção do Estado Liberal, desde as revoluções burguesas, houve a preocupação com a livre iniciativa e com os direitos individuais dos cidadãos. No entanto, a Revolução Industrial acabou por produzir um empobrecimento da população concentrada nos grandes centros urbanos.

É nesse contexto de insatisfação popular com as promessas não cumpridas da Revolução Francesa (entre outras revoluções burguesas) que os movimentos autoritários surgiram. Ditaduras de extrema direita (Alemanha Nazista) e de extrema esquerda (Revolução Russa) dominaram a cena política na primeira metade do século XX. Como reação à legítima insatisfação popular, que estimulava a expansão dos autoritarismos, surgiu o Estado Social ou Estado de Bem-estar Social como alternativa ao Estado Liberal (Bonavides, 2008). Percebeu-se que o liberalismo econômico sem suficiente regulação estatal produzia desigualdades abissais e que a "mão invisível" do mercado não era capaz de combater a alta de preços ao consumidor, a formação de cartéis para a combinação de preços entre os fornecedores e a exploração da força de trabalho pelos detentores do capital. O fato de ser um empresário ou um empregador não significa que seja, necessariamente, ético. O individualismo e a ganância impedem que a sociedade sobreviva sem a existência de normas jurídicas e de um Estado que assegure sua fiscalização e sua aplicação.

O Estado Democrático de Direito aparece como uma forma aperfeiçoada de Estado Social, no qual as liberdades dos cidadãos também são protegidas e a soberania popular é a base de onde deve emanar todo o poder (Brasil, 1988). Nesse contexto, a lei representa a expres-

são da vontade geral. Um Estado Democrático de Direito deve garantir direitos fundamentais aos seus cidadãos. Essa carta de direitos consta expressamente na Constituição da República e não pode ser objeto de emenda tendente a sua abolição. Entre os direitos fundamentais, assegurados pela Constituição brasileira, encontram-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Esses mesmos direitos, quando aparecem previstos em tratados e convenções internacionais, recebem a denominação de "direitos humanos", que são inerentes à raça humana onde quer que se encontre. Os direitos humanos estão fundados na ideia de dignidade e, por isso, transcendem o direito positivo, fundado na ideia de poder como dissimulação do uso da força.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o mais importante entre os previstos na Constituição brasileira porque funda o sistema jurídico como um todo. Isso significa dizer que, havendo conflito entre direitos fundamentais diferentes, deverá prevalecer o direito que melhor atenda à preservação da dignidade dos indivíduos. Para exemplificar essa questão, colocamos em conflito o direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento. Na ponderação entre esses direitos fundamentais, prevaleceria o direito à igualdade entre homens e mulheres em detrimento do direito à livre manifestação de um pensamento machista que propusesse maiores direitos para os homens em relação às mulheres, porque o direito à igualdade atende melhor ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao lado da dignidade da pessoa humana, o art. 1º da Constituição da República apresenta como fundamentos do Estado Democrático de Direito a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Já no que se refere aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o art. 3º da Constituição elenca quatro objetivos: 1) construir uma sociedade livre, justa e solidária; 2) garantir o desenvolvimento nacional; 3) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e 4) promover o bem de todos, sem preconceitos

de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Brasil, 1988).

Realizada essa introdução, parte-se para o estudo do sistema de justiça criminal. Nesse contexto, o direito penal pode ser conceituado como um conjunto de normas que definem as condutas proibidas e estabelecem as penas ou medidas de segurança para quem infringe a norma penal. O direito penal, na qualidade de direito positivo, não se confunde com a criminologia, que é uma área do conhecimento autônoma, embora esteja relacionada com o direito penal e com a política criminal.

O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Para que um delito seja investigado, é preciso que o Estado tome conhecimento de sua ocorrência. Tal ciência se dá por meio de prisão em flagrante ou mediante registro de ocorrência nas polícias civil ou federal. A partir dessa tomada de conhecimento, as polícias judiciárias ficam encarregadas da investigação dos fatos, o que se faz, normalmente, com a instauração de um inquérito policial. Uma vez instaurado o inquérito, pelo delegado, ele deve ser concluído e encaminhado para o Ministério Público. Cabe ao Ministério Público (promotor de justiça ou procurador da República) o papel de representar a vítima e o conjunto da sociedade nas ações penais públicas. Assim, somente o Ministério Público poderá pedir o arquivamento de um inquérito policial ou oferecer a denúncia contra o investigado, que, nesse caso, poderá passar à condição de réu.

O papel do Ministério Público é de órgão acusador na esfera penal, assim como nas ações para apuração de ato infracional praticado por adolescente. Nesses casos, ele é parte no processo. No entanto, o Ministério Público assume um papel diferente, de fiscal da lei, na área de família desde que haja interesse de criança ou de adolescente no processo (Brasil, 1990a) e, também, na execução criminal (Brasil, 1984).

É importante salientar que os profissionais da psicologia e da psiquiatria atuam como auxiliares no âmbito do sistema de justiça. Na esfera penal, por exemplo, exige-se a atuação do

perito psiquiatra sempre que houver a suspeita de que o acusado da prática de um crime apresenta algum transtorno ou desenvolvimento mental incompleto. Assim, no curso da investigação ou do processo penal, instaura-se um incidente de insanidade mental, nomeando-se dois psiquiatras que farão a avaliação do acusado. Dessa avaliação, pode-se concluir que o sujeito é inimputável ou incapaz de compreender o ilícito que praticou. Nesse caso, comprovada a autoria da conduta pelo deficiente mental, ele será absolvido no processo penal por ser mentalmente incapaz de agir conforme o direito. Recebe uma medida de segurança que, dependendo de seu grau de periculosidade e da gravidade do fato praticado, poderá ser de tratamento ambulatorial compulsório ou de internação compulsória em manicômio judiciário.

A perícia também pode concluir que, embora seja capaz de compreender suas ações, o sujeito não tem plena capacidade ou plenas condições de determinar seu comportamento conforme as normas penais. Nesse caso, ele pode ser condenado com um redutor de pena de um a dois terços,¹ mas cumprirá a pena em estabelecimento prisional comum. A esse fenômeno denominamos de semi-imputabilidade. Conclui-se que o juiz irá determinar o grau de responsabilidade penal do réu a partir daquilo que o perito indicar em seu laudo. Para isso, o perito, além de realizar o eventual diagnóstico médico, precisará fazer uma estimativa a respeito do estado de saúde mental em que o acusado se encontrava quando da prática da conduta.

Outro momento importante de atuação do perito, sobretudo da área da psicologia, ainda na esfera penal, acontece quando há notícia de crime contra a criança. Esses crimes envolvem,

¹Art. 26 do Código Penal: "É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento". Parágrafo único: "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento" (Brasil, 1940).

entre outros eventos, lesão corporal, maus-tratos e estupro de vulnerável. Nesse caso, a criança ou o adolescente podem estar em condição de maior vulnerabilidade. Havendo exame de corpo de delito, que comprove a existência de lesões físicas aparentes, a solução do delito ficará mais fácil para o julgador. A dificuldade maior surge quando não existem lesões corporais, mas há a suspeita de abuso sexual não invasivo (que não deixa vestígios). Nesse caso, surge a necessidade de a suposta vítima ser ouvida.

A psicologia do testemunho vem se desenvolvendo muito nos últimos anos. Esse aporte teórico envolve desde o estudo da construção de falsas memórias até o desenvolvimento de técnicas de depoimento sem dano em relação às crianças que foram, supostamente, vítimas de crimes a fim de se aferir o quanto verossímeis são seus relatos. Nesse contexto, a vítima assume um papel de protagonista da construção da prova no processo penal. Por isso, o trabalho do perito exige delicadeza e fundamentação suficiente em linguagem acessível aos juristas que irão interpretar esses laudos. Muitas vezes, o magistrado imagina ser possível ao perito dizer com clareza e segurança se houve ou não o ato delituoso.

Ocorre que, muitas vezes, o perito não é capaz de chegar a uma conclusão segura, ainda que ele domine e utilize as mais confiáveis técnicas existentes. O mais importante, nesse caso, é o que perito esclareça qual foi a metodologia utilizada e quais foram as conclusões seguras alcançadas. Não sendo possível afirmar com certeza se houve abuso sexual, de que tipo e alcance ele foi, essa informação precisa constar de forma muito clara no laudo, visto que, em matéria penal, a lei exige certeza jurídica para a condenação de alguém. Havendo dúvida quanto à ocorrência do delito, impõe-se a absolvição do réu. A linguagem utilizada no laudo, portanto, deve ser suficientemente didática para que qualquer jurista, sem formação em psicologia, possa compreendê-la com clareza, porque, em matéria de processo penal, embora a prova técnica não seja superior às demais, constitui-se em uma prova especial quanto ao conteúdo de interpretação de um meio de prova (Pacelli & Fischer, 2015).

De acordo com a literatura, existem dois tipos de falsas memórias que podem ser desenvolvidos por todas as pessoas, independentemente de sua idade: aquelas que decorrem de fatos que não existiram e que indicam implantação de falsa lembrança e aquelas que decorrem da combinação de lembranças verdadeiras com sugestões vindas de outras pessoas. A formação das duas modalidades de falsas memórias é facilitada quando há o esquecimento da fonte da informação e o participante toma ciência de detalhes informados por outras pessoas (Gesu, 2014).

Nesse contexto, os profissionais de saúde mental (psicólogos, psiquiatras, entre outros) têm grande poder de “influenciar e induzir as recordações e os eventos traumáticos”. Inúmeros são os exemplos de erros judiciais cometidos com base em depoimentos fantasiosos, realizados a partir da indução, ainda que involuntária, de falsas memórias (Lopes Jr., 2014).

Em se tratando de testemunho infantil, o cuidado do entrevistador precisa ser imenso, pois a criança tem um grau de sugestibilidade maior do que o adulto e, por isso, uma tendência significativa a construir falsas memórias. Na atualidade, muitos especialistas apontam a técnica do depoimento especial como a mais adequada para que se possa ouvir a criança (Gesu, 2014).

Ainda no que se refere às vítimas de crimes, importa mencionar alguns desdobramentos dos estudos vitimológicos. A vitimologia,² área do conhecimento autônoma da criminologia, estuda as vítimas em diferentes contextos a fim de compreender os processos de vitimização e suas possíveis consequências. O movimento vitimológico iniciou seus estudos nos anos de 1940, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. A descoberta dos campos de concentração e de extermínio praticados pelo nazismo e a percepção do incalculável sofrimento impingido a milhares de pessoas fizeram despertar, na consciência mundial, um dever de solidariedade em relação às vítimas

²Essas ideias estão, em parte, reproduzidas em artigo com maior aprofundamento, constante em Gonçalves (2016).

inocentes. Foi nesse mesmo contexto que a Organização das Nações Unidas e os Direitos Humanos se desenvolveram. Embora o estudo do genocídio esteja na origem dessa ciência, o movimento se fortaleceu na década de 1970 com a abertura para a análise de situações específicas de vitimização, que permitiu compreender a recíproca interação entre autor e vítima (Oliveira, 1999).

No tocante à violência doméstica que atinge, especialmente, mulheres e crianças, os estudos vitimológicos têm maior relevância, uma vez que envolvem conflitos que irão estender, também, nas Varas de Família e nas Varas da Infância e Juventude. A violência de gênero contra a mulher pode ser conceituada como aquela que está fundada em uma suposta superioridade de um sexo biológico sobre outro ou como expressão de uma relação de desigualdade entre homens e mulheres, resultante de um processo histórico sustentado em um rígido modelo de relações de dominação. Essa modalidade de violência de gênero, que se produz dentro de um marco intrafamiliar, só pode ser compreendida por meio de diversos fatores que incidem sobre ela, formando “uma rede de interações recíprocas que se atam e se reforçam mutuamente”. Não se pode falar em maus-tratos ou violência de gênero sem desigualdade de poder, e esse desequilíbrio de poder tem sua base na “instauração do domínio do homem sobre a mulher, permitida por uma estrutura social que sustenta e protege tal implantação” (Falcón Caro, 2008).

É importante ressaltar que a violência de gênero não se reduz a um fenômeno inteiramente cultural ou social, podendo comportar também elementos psicológicos, porque o perfil psicológico de todo indivíduo, tanto da vítima como do ofensor, é influenciado por sua educação familiar e por seu entorno social. Nesse sentido, pode-se dizer que a violência de gênero é, também, psicológica, e a relação violenta atravessa determinadas etapas. Toda relação violenta começa com uma sedução que não é amorosa, e sim narcisista, destinada a fascinar o outro e paralisá-lo, não buscando destruí-lo, mas ir submetendo-o para que se mantenha à sua disposição. Em algum momento, o agente começará a ter um comportamento abusivo,

seguido de justificativas. Na sequência, passará a praticar novas microviolências (como empurrões, insultos, intimidações), as quais, paulatinamente, farão a mulher perder todo o espírito crítico até ir se acostumando. Esse ciclo de violência interno desestabiliza a mulher, que se sente confusa e perde a confiança em si mesma. Nesse momento, abre-se espaço para a terceira fase do ciclo, consistente na explosão de violência seguida do medo de suas consequências, por parte do agressor, das promessas de mudança e da reconciliação (Falcón Caro, 2008).

Observa-se que os agressores têm uma crença nos estereótipos sexuais machistas, que os fazem crer que o papel da mulher em uma relação é o de obedecer ao parceiro. Pode-se somar a essa crença um conjunto de alterações psicológicas, como baixa autoestima, necessidade extrema de valorização ou transtornos da personalidade. Já no tocante às vítimas, percebe-se que a mulher que está submetida a uma relação de dominação violenta não consegue enxergar uma solução possível, por isso é um erro pensar na vítima como alguém com traços de personalidade masoquistas (Falcón Caro, 2008).

Para além da mulher, existem as vítimas indiretas da violência doméstica, que são principalmente os filhos que presenciam os maus-tratos. Essas crianças podem vir a expressar sua agressividade no meio social ou escolar. Existe, ainda, uma consequência mais grave, que é a possibilidade de transmissão intergeracional da violência, ocasião em que as pautas da violência podem ser transmitidas de uma geração a outra por meio da aprendizagem social. Esse fenômeno ocorre porque a família desempenha um papel fundamental no processo de socialização das crianças. O âmbito familiar é o espaço no qual a criança assimila, de forma gradual, “um complexo básico e estável de valores, ideias e padrões” de conduta, organizando seus esquemas de referência. A violência é aprendida, de modo que as crianças, que são maltratadas por seus pais ou que precisam tolerar situações de maus-tratos contra seus pais ou irmãos, têm maior risco de, quando adultas, virem a maltratar seus próprios filhos ou parceiros ou, ainda, de serem maltratadas por eles (Falcón Caro, 2008). Assim, as pesquisas viti-

mológicas alertam para esse aspecto tão importante do conflito vivenciado no meio familiar: a reversibilidade das categorias de vítimas, uma vez que muitos são os infratores que foram vítimas de maus-tratos na infância e que, quando adultos, podem reproduzir esse comportamento (Oliveira, 1999).

Desse modo, com o aporte das pesquisas na área da psicologia social, a vitimologia inclina-se à proposição de formas alternativas de solução dos conflitos que envolvem a violência doméstica. Pretende-se, com isso, trazer a vítima como participante da relação de violência, que precisa de um programa estatal de acolhimento. Almeja-se, assim, evitar a transmissão intergeracional da violência no âmbito familiar, tanto no que diz respeito às mulheres vítimas como aos homens agressores, que também podem ser submetidos a programas de reeducação e de controle da ira, mediados por profissionais da psicologia.

Outro problema que tem causado preocupação nos últimos anos, a partir do aumento expressivo do número de divórcios entre casais com filhos, é a alienação parental. Embora não constitua crime, o conceito de alienação parental³ foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 12.318/2010 (Brasil, 2010). Trata-se de um tipo de abuso moral que fere o direito fundamental da criança ou do adolescente à convivência familiar saudável. Normalmente, esse tipo de abuso ocorre por parte do genitor que não aceita o fim do relacionamento amoroso e, como mecanismo de vingança, tenta dificultar o convívio do filho com o outro genitor ou desqualificá-lo perante a criança ou o adolescente.

Nesse caso, a perícia psicológica ou biopsicossocial se faz, muitas vezes, necessária para

a comprovação do abuso moral. Verificada a ocorrência do problema, poderá haver alteração da guarda, encaminhamento do abusador para acompanhamento terapêutico ou, em situações mais graves, a suspensão da autoridade parental.

Muitos são os desafios do sistema de justiça como um todo no sentido de se tornar mais efetivo, contribuindo concretamente para a adoção de medidas eficazes de solução dos conflitos sociais e familiares. O papel dos profissionais da área da psicologia, para além da constituição de prova pericial para embasar as decisões judiciais, também envolve a tarefa de indicar o caminho terapêutico ou pedagógico mais adequado para cada situação de conflito ou de violência, uma vez que a mera aplicação da punição poderá ser insuficiente.

A EXECUÇÃO PENAL E SEUS INCIDENTES

O direito de execução penal é um ramo autônomo, que não se confunde com o direito penal nem com o direito processual penal, uma vez que integra aspectos de direito material, direito processual e direito administrativo. Pretende-se destacar aqui os principais incidentes de execução criminal,⁴ que, por dependerem de decisão judicial, representam a máxima expressão da natureza jurisdicional da execução. No entanto, na rotina de uma penitenciária, é inegável o peso que as decisões da autoridade administrativa, dos funcionários e dos técnicos (psicólogos e assistentes sociais) têm na vida do condenado, uma vez que, por meio de seus pareceres, influenciam a decisão judicial.

Ao lado da expressiva atuação da direção da casa prisional, que pode definir os rumos do cumprimento da pena, existem códigos de conduta implícitos e não escritos. Muitos deles são definidos por autoridades paralelas: as lideranças de dentro da própria massa carcerária e de facções criminosas. A execução de uma pena

³Conceito legal de alienação parental, conforme o art. 2º da Lei nº 12.318/2010: "Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este" (Brasil, 2010).

⁴A explicação sobre os principais incidentes de execução deste subitem em parte reproduz publicação anterior, constante em Gonçalves (2015).

privativa de liberdade, portanto, é muito mais complexa do que se pode imaginar.

Os incidentes da execução penal estão previstos tanto no Código Penal quanto na Lei de Execução Penal (LEP) e se dividem em incidentes qualitativos, incidentes quantitativos e incidentes extintivos. É importante referir que os incidentes envolvem direito público subjetivo do condenado, podendo ser concedidos, em regra, de ofício pelo juízo de execução e solicitados pelo próprio condenado, independentemente de advogado. A seguir, serão tratados apenas os incidentes que podem envolver parecer fundamentado da equipe técnica da casa prisional ou acompanhamento dessa equipe.

Incidentes qualitativos

Os incidentes qualitativos modificam as condições de cumprimento da pena, alterando-as para situações mais benéficas, com a conquista de maior liberdade, ou mais gravosas, como a restrição do espaço de liberdade anteriormente concedida, dependendo do tempo de cumprimento da pena e do comportamento carcerário do apenado. São eles: progressão de regime, regressão de regime e livramento condicional.

Progressão de regime

A LEP adotou o sistema progressivo entre regimes penais, com a finalidade de atender ao princípio da individualização da execução penal, mencionado no art. 5º da Lei nº 7.210/84 (Brasil, 1984). Desse modo, na fase executória, considera-se o percurso do indivíduo durante o cumprimento de pena para a conquista da progressão para um regime penal menos severo, bem como para a consecução da liberdade condicional.

A progressão de regime pressupõe a constatação de bom comportamento carcerário, atestado pela direção da casa prisional. Ao lado do requisito de ordem subjetiva, está o tempo de cumprimento de pena. O art. 112 da Lei nº 7.210/84 estabelece que o condenado deve cumprir ao menos um sexto da pena no regime anterior, independentemente de ser primário ou reincidente (Brasil, 1984). No entanto, o art. 2º

da Lei nº 8.072/90 vedava, na sua origem, a concessão de progressão de regime para os condenados por crime hediondo, tráfico de drogas, tortura e terrorismo, uma vez que o regime original estabelecido para esses delitos seria o integralmente fechado (Brasil, 1990b). Esse dispositivo legal foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por ferir o princípio da individualização da pena. Em seu voto, o ministro Cezar Peluso mencionou a abrangência do referido princípio nos seguintes termos (STF, 2006, documento *on-line*):

Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia ser aberta por norma de igual hierarquia nominalógica (HC 82.959 – DJ 1.9.2006).

O referido julgado deu origem à Súmula Vinculante 26 do STF, que dispõe:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º, da Lei nº 8072, 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 (STF, 2009, documento *on-line*).

Diante da declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, no caso de crimes hediondos e equiparados, os juízos de execução começaram a conceder a progressão de regime, com base nos critérios do art. 112 da Lei nº 7.210/84. Cedendo à pressão midiática, o Congresso Nacional reuniu-se para aprovar a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que determinou nova redação para os parágrafos 1º e 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/90. Assim, ficou determinado o regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados, desde que atendidos os demais requisitos legais. Estabeleceu-se, também, a necessidade de cumprimento de dois quintos da pena no regime anterior para condenados primários e de três quintos para condenados reincidentes.

É importante referir que a progressão de regime não acontece aos *saltos*, ou seja, direto do regime fechado para o regime aberto. O condenado que esteja cumprindo pena no regime fechado só poderá progredir para o regime imediatamente mais brando, que será o semiaberto. Havendo solicitação de realização de exame criminológico, manifestam-se individualmente sobre a conduta carcerária do apenado os seguintes funcionários: diretor da casa prisional, agentes penitenciários responsáveis pela segurança e pelo trabalho, psicólogo e assistente social.

Regressão de regime

O sistema progressivo leva em consideração a conduta do apenado durante todo o cumprimento da pena, a fim de assegurar sua individualização. Desse modo, a Lei nº 7.210/84 estabelece a possibilidade de regressão para o regime imediatamente mais gravoso em virtude da prática de falta disciplinar de natureza grave por parte do condenado, conforme disposição do art. 118 da mesma lei. As faltas disciplinares graves estão previstas no art. 50 da LEP.⁵

⁵O art. 50 da Lei nº 7.210/84 dispõe: Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no

regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art. 39, desta lei; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório. Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que: I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art. 39, desta lei (Brasil, 1984).

É importante referir que o juiz de execução não está obrigado a determinar a regressão de regime no caso de prática de falta disciplinar de natureza grave, devidamente apurada por procedimento administrativo disciplinar, homologado judicialmente. Deve-se avaliar o caso concreto, a fim de impedir que o princípio da proporcionalidade seja violado por uma decisão precipitada. Uma situação muito comum acontece entre os apenados dos regimes aberto e semiaberto. Eles não retornam para o estabelecimento prisional no horário devido, atrasam-se ou retornam para a casa de familiares e deixam para se apresentar espontaneamente um ou dois dias depois. São enquadrados como foragidos e, em muitos casos, mesmo com a apresentação espontânea, recebem a regressão para um regime mais gravoso. Entretanto, há muita diferença entre um foragido que foi capturado pela polícia e um indivíduo que refletiu melhor e resolveu se apresentar espontaneamente na casa prisional ou na Vara de Execuções Criminais; por isso, a punição para os dois casos não poderia ser idêntica. Normalmente, nessas situações, o indivíduo está na casa da família, e é a própria família que o incentiva a retornar para a casa prisional a fim de cumprir o que lhe resta de pena.

Livramento condicional

O livramento condicional constitui-se em direito mais benéfico do que o cumprimento de pena em regime aberto, mesmo em relação à modalidade de prisão domiciliar. Trata-se de uma situação de liberdade, condicionada ao cumprimento de algumas exigências. O instituto está regulado entre os arts. 83 e 90 do Código Penal (Brasil, 1940), bem como entre os

regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art. 39, desta lei; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório. Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que: I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art. 39, desta lei (Brasil, 1984).

arts. 131 e 146 da Lei nº 7.210/84 (Brasil, 1984). Para a obtenção do livramento condicional, o condenado deve ostentar bom comportamento carcerário, atestado pela direção da casa prisional, e ter cumprido certo lapso temporal. Nos crimes que não são hediondos nem equiparados a tais, o condenado primário deve ter cumprido mais de um terço da pena; já o condenado reincidente deve ter cumprido mais da metade de sua pena. No caso de condenado por crime hediondo ou equiparado, o tempo de cumprimento de pena exigido para a conquista do direito será de mais de dois terços da pena.

As condições a que fica submetido o condenado, durante o livramento condicional, estão estabelecidas no art. 32 da Lei nº 7.210/84. Havendo descumprimento injustificado de uma das condições impostas pelo juízo de execução, poderá ser revogado o livramento condicional. É importante ressaltar que a acusação da prática de novo delito durante o período de liberdade condicional autoriza a suspensão do livramento até que o novo processo chegue a seu fim. A suspensão, prevista no art. 145 da Lei nº 7.210/84, deve-se dar especialmente se houver decretação de prisão provisória em virtude da nova acusação, o que inviabilizaria a permanência do acusado em liberdade. Caso o condenado seja absolvido no novo processo, o livramento condicional será restabelecido. No entanto, havendo condenação definitiva pelo novo delito, praticado durante o período de prova, o livramento condicional será necessariamente revogado. Nessa última hipótese, o tempo de liberdade não contará como tempo de cumprimento de pena, devido à quebra da confiança depositada no condenado.

Outra modalidade de revogação do livramento acontece quando sobrevêm condenações por crimes praticados antes do período de prova do livramento condicional e o resultado da soma ou da unificação das penas não permite que o condenado permaneça em liberdade. Essa situação ocorre quando o condenado não atende mais ao requisito de ordem objetiva, ou seja, ao tempo exigido de cumprimento da nova pena total, que está definido no art. 83 do Código Penal. Nesse tipo de revogação, não há quebra de confiança, por isso o tempo de liber-

dade é computado como tempo de pena efetivamente cumprido. Além disso, o livramento poderá ser novamente pleiteado assim que a fração de pena exigida vier a ser efetivamente cumprida.

Incidentes quantitativos

Os incidentes quantitativos têm o condão de reduzir o tempo de cumprimento de pena do condenado e estão condicionados ao cumprimento dos requisitos legais. São eles: a comutação de pena, a remição e a detração.

Comutação de pena

A comutação de pena está prevista em decreto presidencial, o chamado decreto natalino, uma vez que é publicado anualmente, sempre no mês de dezembro. Implica o desconto de um percentual de pena do condenado. Cada decreto apresenta os requisitos para a obtenção da comutação de pena, só podendo ser aplicada quando não estiverem presentes os requisitos para a concessão do indulto natalino. Não se concede comutação de pena para condenados por crimes hediondos ou equiparados. Normalmente, além de ostentar bom comportamento carcerário, o condenado primário deve ter cumprido certo lapso temporal de pena.

Remição

A remição de pena está regulada no art. 126 da Lei nº 7.210/84 e estabelece que o condenado que cumpre pena nos regimes fechado e semiaberto poderá remir, por tempo de trabalho ou de estudo, parte do tempo de execução da pena. Assim, poderá remir ou abater um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar ou a cada três dias de trabalho. O trabalho que dá direito à remição pode ser tanto nas atividades internas da penitenciária, como cozinha, faxina ou atividades administrativas, como também o trabalho remunerado a partir de uma parceria público-privada com uma empresa que utiliza a mão de obra carcerária.

Merece destaque a discussão sobre a possibilidade ou não de perda dos dias já remidos após a prática de falta disciplinar de natureza

grave, conforme previsão do art. 127 da LEP. Entende-se que a perda de dias remidos, quando a decisão que concedeu a remição já transitou em julgado, é inconstitucional, uma vez que ela violaria o direito adquirido e a coisa julgada. Esse entendimento tem sido corroborado pela jurisprudência. Marcão (2011, p. 231), entretanto, discorda desse entendimento. Para ele, “a perda dos dias remidos é consequência obrigatória” da prática de falta disciplinar grave. Argumenta, citando parte de um acórdão de 1997 do Tribunal de Alçada de São Paulo, que:

[...] o benefício da remição foi criado como forma salutar de política criminal, para retirar os condenados da ociosidade do cárcere, premiando os bons presos e funcionando como um termômetro na disciplina interna dos presídios. Portanto, não é inconstitucional o art. 127 da Lei nº 7.210/84 ao determinar a perda dos dias remidos quando o condenado cometer falta considerada como grave, pois seria injusto tratar com igualdade os desiguais, remindo os dias trabalhados tanto dos faltosos como daqueles que se portam com boa conduta.

É importante destacar que a remição é concedida sempre em relação ao tempo de efetivo trabalho ou de estudo já realizado, referindo-se, portanto, ao passado. Pretender que após a concessão da remição esse direito adquirido seja retirado do apenado por falta disciplinar posterior certamente viola a coisa julgada. Além disso, a participação ativa do apenado em atividades de trabalho e de estudo deve ser sempre estimulada. Sabe-se que o ambiente prisional brasileiro é um lugar de extrema tensão e de violações constantes aos direitos fundamentais dos encarcerados; por isso, os conflitos são previsíveis. A remição não é um benefício, mas um direito público subjetivo para quem já o conquistou, independentemente do comportamento futuro no cárcere. É importante lembrar que as atividades laborativas nem sequer são remuneradas, a não ser quando executadas em parceria com a iniciativa privada, e, mesmo nesse caso, a remuneração percebida é de

três quartos do salário mínimo, nos termos do art. 29 da LEP.

Incidentes extintivos

Os incidentes extintivos da execução promovem o esquecimento jurídico do ilícito ou a extinção da pena. Constituem “emanações da soberania do Estado”, sendo eles: o indulto, a graça e a anistia (Marcão, 2011).

Indulto

Os requisitos para a obtenção de indulto são definidos anualmente e publicados no mês de dezembro, mediante decreto presidencial. Trata-se do chamado decreto natalino, por consistir em um direito concedido pelo Presidente da República. Os requisitos são variáveis, e as situações diversas, mas, como regra, nos decretos natalinos dos últimos anos, têm-se exigido bom comportamento carcerário (sempre atestado pelo diretor da casa prisional) e o cumprimento de metade da pena até a data do Natal, do ano da publicação do decreto, para os condenados reincidentes, e o cumprimento de um terço da pena, até a mesma data de referência, para os condenados primários. Não é admitida concessão de indulto para condenados por crimes hediondos e equiparados. Salienta-se que o indulto é coletivo e pode ser concedido de ofício, mas extingue somente a pena, embora esteja equivocadamente arrolado como causa de extinção da punibilidade no art. 107 do Código Penal.

Graça

Embora mencionada no art. 5º, XLIII, da Constituição da República, a graça não foi regulada na LEP, razão pela qual se entende que seria uma espécie de indulto individual condicionado à solicitação prévia do interessado. A competência para a concessão da graça é do Presidente da República, por meio da publicação de decreto de indulto individual, após tramitar o pedido no Ministério da Justiça. O procedimento completo para a solicitação da graça está previsto entre os arts. 734 e 742 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941). A graça é um instituto previsto em lei, porém pouco utilizado

na prática, justamente por ser individual e não coletivo, o que dificulta a construção de argumentos sólidos para sua obtenção. Os casos de condenados portadores de doenças graves em geral já estão contemplados pelos requisitos do indulto, e para os crimes hediondos e equiparados a graça não é permitida.

Anistia

A anistia consiste no esquecimento jurídico do ilícito, tendo por objeto fatos definidos como crimes e não indivíduos. Os crimes geralmente são de natureza política, militar ou eleitoral. É concedida por meio de lei de competência do Congresso Nacional, conforme determina o art. 84, VIII, da Constituição da República. A anistia pode ser total ou parcial, podendo ser concedida antes ou depois da condenação de alguém. Ela extingue “todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto de reincidência, permanecendo, contudo, a obrigação de indenizar”, não podendo ser revogada depois de concedida (Bitencourt, 2012, p. 862).

Para concluir, é possível afirmar que os profissionais da área da saúde mental têm um papel importante em diversos momentos do funcionamento do sistema de justiça. Participam do acompanhamento da trajetória prisional dos condenados, definem o grau de capacidade mental dos acusados em processo penal e realizam perícias a fim de contribuir para a produção da prova tanto no processo penal como nos processos das áreas de família e da infância e juventude.

Podem ser destacados dois grandes desafios que se impõem a esses profissionais. O primeiro diz respeito ao acolhimento dos indivíduos em situação de vulnerabilidade e sofrimento psíquico. O segundo refere-se ao desenvolvimento de uma linguagem acessível, capaz de contribuir para a melhor resolução dos conflitos que chegam ao Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

Bitencourt, C. R. (2012). *Tratado de direito penal: parte geral*. (17. ed.). São Paulo: Saraiva.

Bonavides, P. (2008). *Curso de direito constitucional* (22. ed.). São Paulo: Malheiros.

Brasil. (1940). *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm

Brasil. (1941). *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

Brasil. (1984). *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Brasil. (1990a). *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm

Brasil. (1990b). *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm

Brasil. (2010). *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

Falcón Caro, M. D. C. (2008). Realidad individual, social y jurídica de la mujer víctima de la violencia de género. In M. H. Moreno (Coord.), *Hostigamiento y hábitat social: Una perspectiva victimológica* (pp. 24-45). Granada: COMARES.

Gesu, C. (2014). *Prova penal e falsas memórias* (2. ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Gonçalves, V. C. (2015). Direito penitenciário: Reflexões e noções preliminares. In A. R. I. Silva (Org.), *Temas de direito penal, criminologia e processo penal* (pp. 71-90). Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Gonçalves, V. C. (2016). Violência contra a mulher: Contribuições da vitimologia. *Sistema Penal e Violência*, 8(1), 38-52.

Lopes Jr. A. (2014). *Direito processual penal* (11. ed.). São Paulo: Saraiva.

Marcão, R. (2011). *Curso de execução penal* (9. ed.). São Paulo: Saraiva.

Oliveira, A. S. S. (1999). *A vítima e o direito penal: Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Pacelli, E., & Fischer, D. (2015). *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência* (7. ed.). São Paulo: Atlas.

Reale, M. (2004). *Lições preliminares de direito* (27. ed.). São Paulo: Saraiva.

Supremo Tribunal Federal. (2006). Habeas corpus 82.959-7 São Paulo. *Diário de Justiça*, 01 de setembro de 2006. Ementário nº 2245-3. Recuperado de <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>.

Supremo Tribunal Federal. (2009). Súmula 26. 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 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. *Diário de Justiça Eletrônico*, de 23 dezembro de 2009. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>

LEITURA RECOMENDADA

Larrauri, E. (1990). *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo Veintiuno.