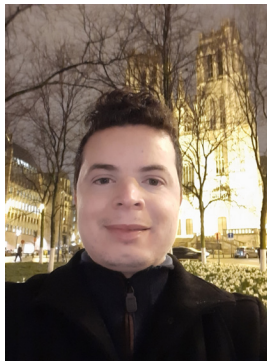


Vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa¹

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos



Advogado e consultor jurídico. Membro consultor da Comissão Especial de Direito Penal Econômico, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Integra o grupo de investigação “Estado, Instituciones y Desarrollo”, da “Asociación Latinoamericana de Ciencia Política” e o comitê de pesquisa “Systemes judiciaires comparés” da “Association Internationale de Science Politique”. Mestrando em Política Criminal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Kursou o Programa Avançado em *Compliance* pelo “Institute for Advanced Management – CEU IAM” (Espanha). Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

RESUMO: O estudo versa sobre as modificações advindas do acréscimo do § 9º ao artigo 2º da Lei nº 12.850/2013. Em razão da nova redação conferida pela Lei nº 13.964/2019, vedam-se a progressão de regime, o livramento condicional e outros benefícios prisionais aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo. A problemática consiste em identificar se a proibição de progressão de regime se assemelha a alguma modalidade de sistema penitenciário, se as referidas mudanças são constitucionais e se respeitam os direitos humanos. A metodologia utilizada baseia-se na análise de normas, nacionais e internacionais, bem como na pesquisa de doutrina e jurisprudência. Ao final desse estudo, verifica-se que a nova lei se aproxima do sistema penitenciário pensilvânico ou celular; atende ao princípio da individualização da pena, sendo constitucional e compatível com o princípio da convencionalidade de normas internacionais, mormente com as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas penitenciários. Vedação de progressão de regime. Organização criminosa. Constitucionalidade. Convencionalidade.

¹ Artigo anteriormente publicado na *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, v. 111, n. 2, p. 268-288, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/586/110>. Acesso em: 18 jan. 2021.

ABSTRACT: The study deals with the modifications resulting from the addition of § 9º to art. 2º of law nº 12.850/2013. Due to the new wording provided by law nº 13.964/2019, the progression of the regime, conditional release and other prison benefits to those convicted of belonging to a criminal organization or crimes committed through a criminal organization that still maintain an associative bond are prohibited. The problem is to identify whether the prohibition on regime progression is similar to any type of prison system; whether these changes are constitutional and whether human rights are respected. The methodology used is based on the analysis of national and international standards, as well as on doctrine and jurisprudence research. In the end, it appears that the new law is approaching the pensilvanic system or cellular penitentiary system; complies with the principle of individualization of punishment, being constitutional and compatible with the principle of conventionality in international standards, in particular with the United Nations Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

KEYWORDS: Penitentiary systems. Prohibition of regime progression. Criminal organization. Constitutionality. Conventionality.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Modelos de sistema penitenciário. 2.1 Sistema pensilvânico ou celular. 2.2 Sistema auburniano. 2.3 Sistema progressivo. 2.4 Regimes de cumprimento da pena (fechado, aberto, semiaberto). 3 Mudanças advindas do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013. 3.1 Requisitos objetivos e subjetivos para progressão de regime. 3.2 Requisitos para obtenção de saída temporária, livramento condicional, anistia, graça, indulto e comutação de penas (outros benefícios penais). 3.3 Conceito de organização criminosa. 4 Constitucionalidade da vedação de progressão face ao princípio da individualização da pena. 5 Convencionalidade da lei face às normas de direitos humanos. 6 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Trata-se de estudo que analisa a vedação de progressão de regime aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem praticado crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo, prevista na Lei nº 13.964/2019, bem como aprecia a constitucionalidade em face do princípio da individualização da pena e da convencionalidade de tal legislação à luz do direito internacional.

A temática é sobremodo relevante em razão de nova legislação ter modificado a legislação penal, especificamente no que se refere à execução da pena.

Afigura-se pertinente o estudo, porquanto a Lei nº 13.964/2019 foi publicada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor trinta dias depois, ensejando mudança profunda na seara penal.

Desse modo, objetiva-se identificar os modelos de sistemas penitenciários (pensilvânico ou celular, auburniano e o progressivo);

as características e requisitos da progressão de pena; os regimes de cumprimento da pena (fechado, semiaberto e aberto); o conceito de organização criminosa; os requisitos para saída temporária, livramento condicional, anistia, graça, indulto e comutação de penas. Outrossim, tem por escopo analisar as teorias a respeito desse assunto; examinar a modificação ocorrida pela nova lei com base no princípio da individualização da pena, previsto na Constituição Federal de 1988 (CF/88); bem como verificar a compatibilidade com normas de direitos humanos.

A metodologia a ser utilizada consiste na análise de legislação, doutrina nacional e estrangeira e jurisprudência pátria. Em razão do controle de convencionalidade, também serão utilizadas normas internacionais sobre direitos humanos.

A problemática consiste em identificar qual sistema penitenciário de cumprimento de pena (pensilvânico ou celular, auburniano e progressivo) se assemelha à proibição de progressão de regime disposto na Lei nº 13.964/2019; distinguir os regimes de execução da pena (fechado, semiaberto ou aberto); identificar mudanças advindas em razão do § 9º, acrescido ao artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, em decorrência da Lei nº 13.964/2019. Por fim, resta identificar se essas mudanças são constitucionais e convencionais, ou seja, compatíveis com as normas de direitos humanos.

A proposição exposta é de que a vedação de progressão de regime, de livramento condicional ou de outros benefícios prisionais aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa é um modelo de sistema penitenciário adotado – o pensilvânico ou o celular –, em razão da maior periculosidade do agente, da capacidade de comandar os outros presos e de cometer novos delitos. Nesse sentido, nega-se a ampliação da liberdade decorrente da mudança de regime – progressão da pena –, bem como

proíbe-se a saída antecipada do estabelecimento prisional, devendo ser cumprida a pena em sua inteireza, conforme fora condenado, sem benefícios como o livramento condicional ou outros benefícios penais.

A modificação legislativa atende ao princípio da individualização da pena, esculpido no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, compatibiliza-se, ainda, com normas internacionais de direitos humanos, a exemplo das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, conhecidas como “Regras de Nelson Mandela”, assim como a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Em face da compatibilidade com normas de direitos humanos, a referida alteração legislativa atende ao requisito da convencionalidade de normas.

2 Modelos de sistema penitenciário

Antes de adentrar especificamente em sistema penitenciário, afigura-se útil tecer alguns comentários sobre a prisão como elemento sancionador. Historicamente, a pena de prisão, como decorrência de sanção criminal, é fenômeno moderno. Conforme lição de Von Liszt, as chamadas casas de correção foram aparecendo, sucessivamente, no fim do século XVI e começo do século XVII:

[...] Londres em 1550, Amsterdam em 1595 e 1596, Lubech e Bremen em 1613, Hamburgo em 1619, etc., destinadas aos vagabundos e ociosos, aos mendigos, às mulheres libertinas, aos criados incorrigíveis e aos meninos viciados, tinham a princípio o caráter de estabelecimentos de educação forçada. Mas já no decurso do século XVII começou-se a encerrar nelas, para segurança da sociedade, criminosos condenados, com o que aqueles estabelecimentos foram desviados do seu primitivo destino. No século XVIII as casas de correção hospedavam indivíduos das classes mais diversas,

aglomerados em espaços insuficientes, sem a necessária inspeção e sem correspondente ocupação².

As precursoras das prisões modernas foram a de Franci, aberta em Florença em 1677, que utilizava a figura da prisão celular, bem como a casa de correção erigida em Roma, no ano de 1704, por Clemente XI, destinada aos moços pervertidos, sendo executado trabalho comum de forma silenciosa durante o dia e o recolhimento à prisão no período noturno. Mas a predominância de pena restritiva da liberdade humana e a imposição de prisão propriamente dita só tiveram seu começo com a casa de correção de Gand, em 1772, na qual os apenados trabalhavam em comum durante o dia e ficavam em suas celas no período noturno. Por volta de 1773, John Howard realizou estudos na Inglaterra e no continente da Europa, tendo publicado, em 1777, a obra “The state of prisons in England and Wales”³.

Disso resulta que, desde o início do estabelecimento da pena privativa de liberdade como sanção derivada de ilícito penal, buscou-se estudar e comparar os tipos de prisão e suas características. Considerando a necessidade de regular a forma de cumprimento da pena, bem como disciplinar o sistema prisional, impõe-se um conjunto de regras regedoras do funcionamento dos presídios, e a disciplina carcerária, daí surge a ideia de “sistema penitenciário”.

Nessa perspectiva, quando se fala em “sistema penitenciário”, faz-se referência às diretrizes e aos elementos essenciais da execução das penas privativas de liberdade. Por seu turno, o regime penitenciário é composto de conjunto de normas que regula a vida dos reclusos no estabelecimento prisional. As normas atinentes ao regime penitenciário

impostas aos presos serão influenciadas pelo sistema penitenciário adotado⁴.

Por sua vez, direito penitenciário refere-se ao conjunto de normas disciplinadoras da execução da pena, da modalidade da reação punitiva, ou seja, alude aos sujeitos da execução, aos organismos competentes, ao rito administrativo e à tutela dos direitos dos condenados⁵.

Assim, a execução da pena ocorrerá em conformidade com o sistema penitenciário adotado. Corroborando Muñoz Conde, asseverando que sistema penitenciário consiste num conjunto de normas que regula o funcionamento interno das prisões, orientadas consoante a finalidade perquirida com a privação da liberdade⁶.

Em outras palavras, o modelo de prisão adotado por determinado ordenamento jurídico se baseará de acordo com o escopo a ser atingido com a restrição à liberdade da pessoa humana.

A doutrina aponta três modelos de sistemas penitenciários, quais sejam: o *pensilvânico*, o *auburniano* e o *progressivo*.

2.1 Sistema pensilvânico ou celular

Esse sistema penitenciário decorreu das insatisfações demonstradas pelas colônias dos Estados Unidos, uma das quais era sobre o envio de criminosos ingleses à América (1775). Além disso, a sociedade de prisões da Filadélfia obteve vitória ao limitar a pena de morte, bem como conseguiu que fosse utilizado na penitenciária de Walnutstreet (Filadélfia, 1790) o regime de prisão celular durante o

2 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 416 e 417.

3 *Ibidem*, p. 417.

4 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 266.

5 JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1950, p. 51.

6 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 555.

dia e a noite⁷. Para implementação do sistema pensilvânico ou celular, Bitencourt explicita:

[...] Ordenou-se, por meio de uma lei, a construção de um edifício celular no jardim da prisão (preventiva) de *Walnut Street* (construída em 1776), com o fim de aplicar o *solitary confinement* aos condenados. Não se aplicou, contudo, o sistema celular completo; impôs-se o isolamento em celas individuais somente aos mais perigosos; os outros foram mantidos em celas comuns; a estes, por sua vez, era permitido trabalhar conjuntamente durante o dia. Aplicou-se a rigorosa lei do silêncio⁸.

Os antecedentes históricos mais importantes sobre o sistema penitenciário pensilvânico ou celular ocorreram nos Estados Unidos da América, também em razão das ideias de Howard, ao indicar a disciplina como fator para reforma moral do apenado.

Tal modelo surgiu no final do século XVIII, caracterizando-se pelo isolamento absoluto dos reclusos entre si e com o mundo exterior. O escopo era promover o arrependimento moral do apenado por meio da meditação, do silêncio e do isolamento, como forma de evitar a propagação de ideias ilícitas entre os presos⁹. Assim,

[...] Benjamin Franklin difundiu as ideias de Howard, especialmente no que se refere ao isolamento do preso, que será uma das características fundamentais do sistema celular pensilvânico¹⁰.

Entre os benefícios do isolamento absoluto, destacam-se a facilitação de vigilância sobre os presos; a inibição de corrupção e associações delitivas no interior do cárcere; o favorecimento do aprendizado de trabalho na própria cela e a reflexão sobre o mal causado, estimulando a mudança de pensamentos e de atitudes ¹¹.

2.2 Sistema auburniano

Em seguida, surgiu o sistema auburniano, que deriva do nome da cidade de Auburn, em Nova York.

[...] Se o Estado da Pensilvânia adquiriu celebridade por seu sistema penitenciário baseado no isolamento celular diurno e noturno, o estado de Nova York logo ganhou fama com a implantação de um novo regime carcerário, o chamado sistema de Auburn¹².

Isso porque, em 1823, foi substituído o *solitary-system* pelo *silente-system*. Em outras palavras, deixou-se o sistema de isolamento total do indivíduo para o sistema coletivo de trabalho, porém, de forma silenciosa. No sistema auburniano, o trabalho e o silêncio eram obrigatórios; no caso de indisciplina, os presos sofriam severas sanções¹³.

Com a implantação desse sistema penitenciário, implantou-se o trabalho em comum, realizado em oficinas, sendo que os reclusos executavam trabalhos próprios da indústria¹⁴.

7 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 418.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91-92.

9 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 555.

10 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*.

Parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 125.

11 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 570.

12 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 311-312.

13 VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 418.

14 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 570.

Os defensores desse sistema apontavam as seguintes vantagens:

[...] 1. Economia de construção [os presos ficavam em isolamento somente no período noturno, tendo vida comum durante o dia, sob a regra do silêncio. Desse modo, não era necessário construir inúmeras celas individuais, diminuindo os custos de construção]; 2. Redução de gastos mediante o trabalho coletivo; 3. Evitar os maus efeitos do isolamento completo; 4. Evitar a contaminação moral por meio da regra do silêncio. Esse sistema, talvez por adaptar-se melhor ao sentido prático dos americanos, pois permitia combinar uma dura disciplina com um trabalho produtivo, foi adotado na maioria das prisões dos Estados Unidos¹⁵.

Posto isso, o modelo auburniano consiste no trabalho coletivo realizado pelos apenados, de modo a ter uma atividade a ser feita durante o dia e com a finalidade também de torná-los mais produtivos. Ademais, caracteriza-se ainda pelo silêncio e isolamento noturno¹⁶.

2.3 Sistema progressivo

Esse sistema é conhecido como irlandês, por ter sido aplicado na Irlanda de forma legal por obra de Sir Walter Crofton, a despeito de ter sido iniciado pelo capitão Maconochie, que o implantara na ilha de Norfolk. Encaminhavam para esta ilha os piores delinquentes da Inglaterra, sendo comuns revoltas em razão do rigor aplicado. Diante disso, Maconochie projetou um sistema mais benéfico, no qual o recluso que tivesse bom desempenho tanto

na disciplina quanto no trabalho receberia o benefício de ser liberado da prisão antes do tempo previsto na condenação. O bom comportamento era recompensando e, após certo tempo, era concedida a liberdade condicional¹⁷.

De fato, a maioria dos estabelecimentos penitenciários da atualidade utilizam o sistema progressivo, tendo o grande diferencial de preparar, por etapas, o apenado para a vida em liberdade, de modo a saber conviver com outras pessoas no ambiente social. Caracteriza-se, essencialmente, por períodos distintos durante o cumprimento da pena, graduando-se a rigidez com a progressiva liberdade, progredindo ou regredindo, a depender da boa ou má conduta do preso¹⁸.

Nesse sistema existem quatro períodos¹⁹. No primeiro período, é utilizado o sistema filadélfico (celular), sendo o apenado mantido recluso durante o dia e a noite. No segundo momento, é aplicado o sistema auburniano, com trabalho coletivo de forma silenciosa no período diurno e reclusão celular no período noturno. Os presos que mais se destacam na atividade laborativa são premiados e, ao passar de uma classe para outra, recebem maior remuneração e outras vantagens. A terceira etapa consiste na preparação do condenado para a vida em liberdade, ocasião em que o apenado trabalha ao ar livre, especialmente em colônia agrícola. Por fim, no quarto período, o preso recebe o benefício do livramento condicional se tiver desempenhado um bom trabalho e ostentar um bom comportamento.

15 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Repressão del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 312-313.

16 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 556.

17 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 571.

18 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 556.

19 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 572.

O modelo de sistema penitenciário espanhol assemelha-se ao brasileiro, na medida em que há graus de liberdade, tendo, por início, a fase de isolamento, depois, o favorecimento de contatos com o mundo exterior, para, em seguida, ter a pré-liberdade e o livramento condicional²⁰.

Nessa modalidade, a liberdade é concedida aos poucos, progressivamente. Caracteriza-se por liberação gradual do apenado comparativamente ao rigor carcerário, adaptando-o para a vida em sociedade, após o cumprimento da pena.

2.4 Regimes de cumprimento da pena (fechado, semiaberto, aberto)

Do cometimento de ilícito penal decorre a respectiva sanção. Considerando a necessidade de adaptar as diversas formas de delinquência, distinguir a pena dos crimes graves e leves, bem como existir lei prévia autorizando aplicação diferenciada de punição, adota-se a pluralidade de penas²¹.

Em razão da pluralidade de penas, existem três tipos de regime de cumprimento de pena, de modo a adaptar de acordo com a reprovabilidade da conduta. A execução da condenação pode ocorrer no regime fechado, semiaberto e aberto.

No regime fechado, a execução da pena será feita em estabelecimento de segurança máxima ou média. No regime semiaberto, a pena será cumprida em colônia agrícola, industrial ou outra similar. Por fim, no regime aberto, a pena será cumprida em casa de albergado ou outra semelhante, conforme artigo 33, § 1º, “a”, “b” e “c” do Código Penal. O sistema progressivo é o adotado de modo geral, conforme o § 2º do artigo 33 do Cód-

go Penal Brasileiro. Igualmente, o *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) estabelece:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...] (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Sem dúvida, o sistema progressivo é o que melhor atende à função ressocializadora da pena, pois tem o condão de estimular pedagogicamente o preso a ter um bom comportamento e a trabalhar, de modo que, quando obtiver a liberdade, poderá ter uma vida normal, como a de qualquer outro cidadão.



Fonte: www.verfilmeshd.gratis

3 Mudanças advindas do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013

O artigo 14 da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime) acrescentou dois parágrafos à Lei nº 12.850/2013, que trata sobre organização criminosa. O objeto do presente estudo se concentrará na inclusão do § 9º ao artigo 2º

20 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 556.

21 FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 545.

da Lei nº 12.850/2013, que trata da vedação de progressão de regime aos integrantes que tenham pertencido a uma organização criminosa ou que tenham cometido crimes por meio de organização criminosa.

Em decorrência do § 9º adicionado à Lei nº 12.850/2013, a partir de agora, o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por ter cometido crime por meio da referida organização, com a qual ainda mantinha vínculo associativo, não terá direito à progressão no regime, ao livramento condicional ou a outros benefícios prisionais se ficar caracterizada a manutenção do vínculo associativo.

Nesse caso, distinguem-se os critérios para a progressão da pena ou para a obtenção de outros benefícios entre os presos que tenham se afastado de atividades de associação criminosa. De fato, não se mostra crível a concessão de privilégios diminutivos da pena de prisão quando o condenado ainda continua atuando em prol da organização criminosa, causando graves danos à sociedade. Segue a nova redação do dispositivo:

Art. 2º. [...]

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

O maior rigor imposto decorre do não atendimento dos requisitos objetivos e subjetivos para a progressão do regime, porquanto demonstra que o preso não mudou seu comportamento reprovável ao manter vínculo com associação criminosa. Assim, não se verifica a emenda ou a reforma moral, não fazendo jus à saída antecipada do estabelecimento prisional. Consequentemente, deve cumprir todo o período da pena à que fora condenado

na sentença judicial. Ademais, protege-se a sociedade de sofrer novas lesões a bens jurídicos, não devendo ser liberado antes do prazo determinado na decisão do juiz criminal²².

Impende salientar recentes tendências de reformas de sistemas penais que pretendem instrumentalizar o sistema penitenciário em um sistema penal de “asseguramento e neutralização” do autor de graves delitos²³.

Tal perspectiva pode ser dialogada com a teoria preventiva especial da pena, tendo por escopo promover a desistência do autor da prática de futuros crimes²⁴. Vale dizer, objetiva impedir a ocorrência de novos delitos por meio de certa influência sobre o apenado, devendo adaptar-se à personalidade do preso. Para isso, é necessário “intimidar o delinquente ocasional, reeducar o criminoso corrigível e inocuizar o delinquente incorrigível”²⁵.

Desse modo, é necessário maior rigor na punição de crimes decorrentes da *macrocriminalidade*, compreendida esta como o delito de graves consequências, cometido contra a coletividade de pessoas, ocasionando desorganização na estrutura social. Exemplificadamente, crime de organização criminosa, crimes de colarinho branco, lavagem de dinheiro, corrupção, tráfico de drogas, tráfico de armas, crimes contra a incolumidade pública, etc.

Com efeito, as medidas mais rigorosas impostas aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo são necessárias, uma vez que

22 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 62.

23 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 186.

24 ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 85.

25 WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956, p. 239.

representam alto risco à sociedade, possuem poder de mando na macrocriminalidade e podem determinar ordens de dentro da prisão para atingir a coletividade.

De fato, o rigor no cumprimento da pena aplicado aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo se assemelha ao sistema penitenciário pensilvânico ou celular, haja vista o isolamento dos presos, entre si e com o mundo exterior, obstando a perpetração de novos delitos de notória gravidade. Ademais, mesmo na obra denominada “Falência da Pena de Prisão”, Cezar Roberto Bitencourt admite, atualmente, a utilização do regime penitenciário pensilvânico ou celular em situações específicas:

[...] Em circunstâncias especiais, admite-se um regime que resulta parecido com o filadélfico. Essas circunstâncias podem ser: a) a separação dos internos em celas individuais durante a noite é a melhor resposta aos problemas que se originam ao encarcerar-se um grupo de pessoas”; c) [...] “o regime celular também se aplica aos delinquentes perigosos (psicopatas de periculosidade extrema e presos com alto grau de nocividade)²⁶.

Portanto, a previsão contida no artigo 2º, § 9º, da Lei nº 12.850/2013, oriunda da Lei nº 13.964/2019, com incidência específica sobre os condenados que ainda mantenham vinculação com organização criminosa, mesmo durante o cumprimento da pena, atende aos preceitos da criminologia, perpassando sobre as conexões e as estruturas subjacentes ao fenômeno delitivo, bem como às nefastas consequências na perspectiva social, de modo a significar um melhoramento do direito penal²⁷.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 97, destaquei.

27 KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed.

3.1 Requisitos objetivos e subjetivos para progressão de regime

A progressão no regime é prevista como regra no modelo de sistema penitenciário progressivo. Exposto isso, a progressão consiste na obtenção gradual da liberdade pelo apenado, passando do regime mais rigoroso para o mais brando, adaptando-o para a vida em liberdade após a saída do sistema prisional.

A progressão no regime de pena exige um mínimo de tempo de cumprimento de restrição à liberdade, sendo esse critério chamado de requisito objetivo. Antes da nova legislação (Lei nº 13.964/2019), o tempo mínimo de cumprimento da pena para a progressão de regime era de 1/6 para os delitos em geral (artigo 112 da Lei nº 7.210/1984). Agora, com a recentíssima reforma penal e processual penal, houve ampliação do prazo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, conforme a gravidade da conduta.

No caso do presente estudo, que versa sobre os líderes de organização criminosa, a novel legislação estabelece o requisito de ter cumprido 50% da pena, ou seja, metade do período da condenação para que se obtenha a mudança para o regime mais brando – progressão de regime. O novo texto legal possui a seguinte redação:

Artigo 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

[...]

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

[...]

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização

Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p. 31.

criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado;

Por sua vez, o requisito subjetivo consiste no bom comportamento do apenado no estabelecimento prisional, baseando-se no mérito. A boa conduta do apenado durante o cumprimento da pena lhe permitirá obter o benefício de transferência para o regime disciplinar mais brando, isto é, com mais liberdade. Considerando que o preso cumpra condenação no estabelecimento prisional, caberá ao respectivo diretor ou ao responsável avaliar objetivamente se o apenado possui boa conduta carcerária, conforme estabelece o § 1º do artigo 112 da Lei nº 7.210/1984.

Ademais, baseada na nova legislação, somente será cabível a progressão de regime nas hipóteses não vedadas por lei, ou seja, para conceder o benefício aos presos, necessário perscrutar a admissibilidade legal da progressão de regime, que é medida promotora de maior liberdade durante o cumprimento da pena. Em outras palavras, a satisfação de requisitos objetivos e subjetivos não autoriza, por si só, a progressão no regime. A parte final da nova redação do § 1º e § 2º do artigo 112 da Lei nº 7.210/1984 possui os seguintes termos:

Art. 112. [...]

§ 1º. Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, *respeitadas as normas que vedam a progressão*. (destaquei)

Com efeito, considerando a parte final do dispositivo supramencionado, juntamente com o § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, não terá direito à progressão de regime o condenado por integrar organização criminosa ou por ter praticado crime por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenha vínculo associativo. O novo dispositivo legal contém a seguinte redação:

Art. 2º [...]

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Disso resulta que o integrante de organização criminosa que não tenha mais vínculo com organização ilícita terá de cumprir metade da pena para progredir de regime. Noutro giro, se o líder ou integrante de organização criminosa ainda mantiver o referido vínculo associativo criminoso, não terá direito à progressão de regime, porquanto não mudara o comportamento, não fazendo jus, portanto, à liberação antecipada.

3.2 Requisitos para obtenção de saída temporária, livramento condicional, anistia, graça, indulto e comutação de penas (outros benefícios penais)

Para os crimes em geral, quando não há óbice legislativo, têm direito à saída temporária os condenados que cumprem pena no regime semiaberto para visitar à família, frequentar curso e outras atividades que promovam o convívio social.

Como requisito para obtenção do benefício de *saída temporária* durante a execução da pena, em geral o apenado deve ter bom comportamento, cumprir um sexto da pena, se primário, ou um quarto, se reincidente, além da compatibilidade do benefício à sanção aplicada (arts. 122 e 123 da Lei nº 7.210/1984). O período máximo de concessão desse benefício é de 35 dias por ano (art. 124 da Lei nº 7.210/1984), devendo ainda ser concedida mediante autorização motivada do juiz. Com a alteração decorrente da Lei nº 13.964/2019, não será concedido o benefício ao condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte (art. 122, § 2º, Lei nº 7.210/1984).

Posto isso, o juiz pode conceder *livramento condicional* aos condenados em geral à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos se atendidos os pressupostos, dentre os quais: cumprimento de mais de um terço da pena, se o condenado for primário; mais da metade, se reincidente; e mais de dois terços da pena, se for condenado por crime hediondo; além de bom comportamento carcerário, nos termos do artigo 83 do Código Penal. Entrementes, com a alteração decorrente da Lei nº 13.964/2019, não terá direito ao benefício o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por ter praticado crime por meio de organização criminosa (art. 2º, § 9º, Lei nº 12.850/2013).

Registre-se que, durante o tempo de liberdade concedido pelo livramento condicional, se o preso não cometer fato que enseje a revogação do benefício, terá a punibilidade extinta (artigo 90 do Código Penal). Disso resulta que a parte final ou significativa da sentença condenatória não será cumprida com privação de liberdade, sendo considerada cumprida a pena pelo condenado – agora em liberdade –, bastando trabalhar, ir periodicamente ao juízo, não mudar de território sem comunicação, recolher-se em casa em certos horários e não frequentar determinados lugares (art. 132 da Lei nº 7.210/1984). Por isso é um benefício generoso e muito útil aos que realmente modificaram no aspecto moral, ressocializando-se.

Outrossim, a *anistia*, a *graça* e o *indulto* são espécies de “clemência soberana”, sendo originalmente concedidos para diminuir o rigor desproporcional da pena que seria aplicada. A anistia é modalidade de extinção da punibilidade, excluindo os efeitos penais, sendo o delito esquecido juridicamente, tendo por objeto fatos (acontecimentos) reputados como crimes políticos, militares ou eleitorais, não alcançando crimes comuns. Pode ser concedida total ou parcialmente. Cabe ao Congresso Nacional conceder anistia (art. 48, VIII, da CF/88). A graça é concedida pelo Presidente da República aos condenados por

crimes comuns, sendo concedida a indivíduo determinado. O indulto é causa que extingue a punibilidade em razão da natureza do crime e da quantidade da pena aplicada, podendo, ainda, a lei estabelecer outros critérios. Também pode ser parcial ou total, concedido individualmente ou coletivamente. Cabe ao Presidente da República conceder indulto (art. 84, XII, da CF/88). A comutação da pena consiste em modificar a pena aplicada, diminuindo a quantidade da pena ou modificando-a nos termos do decreto concessivo, podendo o condenado recusar à comutação (art. 739 do CPP). Cabe ao Presidente da República comutar penas (art. 84, XII, da CF/88)²⁸.

Assim, a saída temporária, o livramento condicional, a anistia, a graça, o indulto e a comutação de penas são vedados aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham o vínculo associativo. Desse modo, não poderão ser concedidos tais benefícios ou outros de natureza penal aos condenados nessas circunstâncias, nos termos do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, acrescido pelo artigo 14 da Lei nº 13.964/2019.

Com efeito, a lei inovou substancialmente, recrudescendo em relação à criminalidade organizada que se opunha à reforma moral. Demonstra que a condenação penal não foi suficiente para promover a desvinculação do vínculo associativo, tampouco para promover a ressocialização. Portanto, não devem ser concedidos benefícios que ampliem a liberdade – como a mudança de regime de cumprimento de pena –, ou que antecipem a liberação – a exemplo da liberdade condicional –; ou até mesmo que extingam a punibilidade – anistia, graça, indulto –; ou que a reduzam, a exemplo da comutação. Ao contrário, deve-se estimular pedagogicamente a progressão de regime ao condenado que

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 722-723.

tenha modificado seu comportamento, que tenha evoluído moralmente e que tenha ressocializado. Agora, cabe identificar o conceito de “organização criminosa”, à qual faz menção a nova lei.

3.3 Conceito de organização criminosa

Na concepção do direito internacional, o artigo 2, alínea “a”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional²⁹ define “organização criminosa” como sendo um “grupo criminoso organizado”, isto é:

[...] Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

O Presidente da República editou o Decreto nº 5.015, em 12 de março de 2004, e o Congresso Nacional o ratificou por meio do Decreto Legislativo nº 231, em 29 de maio de 2003.

Em que pese a conceituação de organização criminosa feita por norma de Direito Internacional, não é instrumento jurídico adequado para tipificar delito, pois violaria o princípio da legalidade, uma vez que somente a lei em sentido estrito pode criar conduta criminosa e estabelecer a respectiva sanção (art. 5º, XXXIX, da CF/88). A doutrina compartilha do mesmo entendimento:

Convenios internacionales. El tratado internacional sólo es obligatorio para los súbditos de un país cuando una ley

interna lo ha convertido en legislación del Estado³⁰.

Também, nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que julgou ser imprescindível a existência de lei nacional, conforme trecho do voto do Ministro Relator Marco Aurélio:

Vale dizer que a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também ter-se, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa. Conjugam-se os dois períodos do inciso XXXIX em comento para dizer-se que, sem a definição da conduta e a apenação, não há prática criminosa glosada penalmente. Por isso, a melhor doutrina sustenta que, no Brasil, ainda não compõe a ordem jurídica previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa.

(STF, Primeira Turma, HC 96.007/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/06/2012, DJe 07/02/2013)

Assim, ante a impossibilidade de tratado internacional tipificar delitos – inclusive conceituar “organização criminosa”. No âmbito nacional, foi promulgada a Lei nº 12.850/2013, que definiu legalmente o conceito de “organização criminosa”, tratou sobre a investigação criminal, meios de obtenção da prova e tipificou as infrações penais correlatas. Para a legislação brasileira, nos termos do § 1º do artigo 1º da referida norma, considera-se organização criminosa:

[...] A associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas,

29 BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 18 jan. 2020.

30 JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal. La ley y el delito*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958, p. 94.

ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Afora a disposição normativa, Luiz Regis Prado elenca as principais características da “criminalidade organizada”, quais sejam: “a) acumulação de poder econômico; b) alto poder de corrupção; c) alto poder de intimidação; d) estrutura piramidal”³¹.

Ademais, ao fazer o cotejo analítico entre o conceito internacional e o nacional sobre organização criminosa, verificam-se diferenças, tendo a lei brasileira as seguintes características: a) maior número de agentes; b) estruturação ordenada, ao exigir divisão de tarefas; c) admissão de qualquer vantagem, não só de natureza econômica, mas material. Assim, a despeito de algumas distinções na conceituação do instituto, o Brasil deu cumprimento ao disposto na Convenção, sendo a conduta tipificada e punida internamente³².



Crédito: Pedro Vilela

4 Constitucionalidade da vedação de progressão de regime face ao princípio da individualização da pena

No que concerne ao exame de constitucionalidade, com o acréscimo do § 9º ao artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, promovido pelo artigo 14 da Lei nº 13.964/2019, modificou-se a concessão de progressão de regime, de livramento condicional e de outros benefícios penais ao condenado por integrar organização criminosa com a qual ainda mantenha vínculo associativo. De tal modificação, poder-se-ia questionar eventual afronta ao princípio da individualização da pena, constante no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Para responder a tal indagação, registre-se inicialmente que o princípio constitucional da individualização da pena foi estampado na Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 29. Sobre esse novel cânone, dissertava o constitucionalista Carlos Maximiliano, nos comentários à Constituição de 1946:

[...] A pena visa o futuro; não colima simplesmente punir; procura um resultado útil à sociedade, não piorar o homem, mas contribuir para a sua regeneração. Deixa de ser um castigo, para se transformar em instrumento de reintegração social. Por isto, a pena se não aplica cegamente a qualquer culpado; têm-se em apreço as condições pessoais do indiciado; é individualizada. A sua adaptação ao homem é, em verdade, o que se chama individualização da pena³³.

De acordo com o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, desse princípio exsurge a necessidade de a pena guardar correspondência entre a responsabilidade e a punição.

31 REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 552.

32 BALTAZAR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1267.

33 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, v. III, p. 160.

[...] Assim reclama que a pena seja ajustada, graduada, segundo essa responsabilidade. Tal graduação é exatamente a individualização da pena³⁴.

Conforme lição de Mir Puig, a determinação da pena significa a fixação da sanção penal correspondente ao delito, afetando a natureza da reprimenda, a quantidade a ser cumprida e, dependendo da pena aplicada, a substituição ou até a suspensão da execução. A individualização da pena decorre de determinação legal, determinação judicial e determinação administrativa. Além disso, ocorre no âmbito penitenciário, sendo controlada judicialmente³⁵.

Por conseguinte, o primeiro momento da individualização da pena ocorre na seara legislativa, por meio das leis. Nesse caso, a norma legal proveniente do Estado estabelece formalmente o tipo de pena, a sua duração, bem como a quantidade máxima e mínima da medida punitiva. Registre-se que:

[...] a determinação legal da pena não se esgota no estabelecimento de um marco punitivo que seja o mesmo para todos os supostos subsumíveis no preceito penal³⁶.

Ao contrário, o legislador tem previsto frequentemente “grupos valorativos especiais” em razão de “casos especialmente graves” ou “menos graves”³⁷.

Além disso, após a condenação e no decorrer da pena, o apenado será avaliado quanto ao seu comportamento carcerário. Na lição de Cuello Calón:

[...] O estudo do apenado durante a fase de execução penal aspira: a) a determinar seu grau atual de adaptação social ou sua inadaptação; b) a conhecer se possui ou não condições de readaptabilidade. Em atenção a estas finalidades deverá ser traçado o tratamento que se considere mais apropriado³⁸.

No mesmo sentido, Günter Kaiser preleva que a resposta “criminal correlaciona-se ao contexto do controle delitivo.

[...] Como é sabido, a sociedade com seu instrumento jurídico penal não somente dispõe de uma sanção criminal. Em vez disso, tem uma série de meios de reação frente à pessoa de conduta desviada que delinque³⁹.

Assim, a problemática consiste em identificar “qual sanção se aplica e pode aplicar-se, contra qual delinquente e com que efeito”⁴⁰.

Consectariamente, da individualização da pena prevista legislativamente pode resultar desde a “abolição da pena de prisão de curta duração e substitutivas” até mesmo o “agravamento da pena para os reincidentes e delinquentes habituais”⁴¹.

Desse modo, ao legislador cabe estabelecer normativamente a valoração objetiva do injusto, isto é, dispor desde medidas abolicionistas, em face de delitos de menor relevância social; e até mesmo de agravamento sancionatório, em razão da natureza do crime e da

34 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 59.

35 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006, p. 720-722.

36 JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p. 786.

37 *Ibidem*.

38 CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958, p. 35-46.

39 KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988, p. 166-167.

40 *Ibidem*.

41 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012, p. 181 e 191.

oposição do apenado em se ressocializar, de modo a atender o princípio da proporcionalidade na individualização da pena.

Outrossim, a temática concernente à progressão de regime, ao livramento condicional e a outros benefícios penais – a exemplo de anistia, graça, indulto e comutação – faz parte do modelo de regime de cumprimento da pena, que pode ser fechado, semiaberto ou aberto, em razão da pluralidade de delitos, conforme exposto anteriormente.

Assim, progressão de regime não se confunde com a imposição exclusiva de regime fechado, que é apenas uma das formas de cumprimento da sanção, ao lado do regime semiaberto ou aberto, *v.g.* Disso resulta que, se a condenação penal for de três anos em regime semiaberto, o condenado terá de cumprir os três referidos anos no regime semiaberto, sem possibilidade de avançar para o regime aberto.

Impende registrar que a nova legislação tão somente proíbe a progressão de regime, em nenhum momento determina o regime exclusivamente fechado. Isso porque a imposição de regime unicamente fechado foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por entender violado o princípio da individualidade da pena. A ementa do julgado possui os seguintes termos:

Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

(STF, Tribunal Pleno, HC 82.959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJ 01/09/2006)

Ora, conforme trecho da transcrição acima, é inconstitucional a imposição exclu-

siva de regime fechado como forma de cumprimento de pena. Entrementes, o que o § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 proíbe é a progressão de regime, ou seja, veda a mudança do regime fechado para o semiaberto e do semiaberto para o aberto.

Por conseguinte, o condenado poderá cumprir toda a sua pena no regime semiaberto, por exemplo, se nesse regime tiver sido condenado pelo juiz sentenciante. Assim, a vedação de progressão de regime disposta na nova legislação não se confunde com a imposição de regime exclusivamente fechado, sendo distintos os institutos.

Posto isso, urge mencionar que essa nova medida legislativa corresponde justamente à previsão constitucional contida no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988, que atribuiu ao legislador definir critérios e diferenciações, de modo a distinguir a sanção penal aos crimes que requeiram maior rigor repressivo. A norma da Constituição Federal de 1988 possui os seguintes termos:

[...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]

Consectariamente, a atividade a ser desenvolvida pelo legislador, na individualização da pena, permite que seja estabelecido o marco penal genérico para cada delito⁴². Ademais,

[...] no plano legislativo, dirige-se ao legislador no momento da fixação dos limites mínimos e máximos, do regime de cumprimento e dos benefícios concedíveis ao infrator⁴³.

Isto é, a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa

42 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 532.

43 NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 448.

constitui validamente supressão de benefício ao apenado – em razão da liberdade de conformação do legislador –, devendo a pena ser cumprida no regime a que fora condenado, seja o fechado, seja o semiaberto, seja o aberto.

Verifica-se que não há uma única forma de execução da pena, porquanto esta poderá ser cumprida no regime fechado, semiaberto ou aberto, de acordo com a sentença criminal, nos termos do *caput* do artigo 33 do Código Penal:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Dessa forma, o novel dispositivo é constitucional. Com efeito, a manutenção do vínculo associativo, por parte do condenado por esse mesmo delito, demonstra que a persecução penal e que o édito condenatório não foram suficientes para a desvinculação com a organização criminosa, nem para a ressocialização, permanecendo os mesmos efeitos deletérios de tal associação ilícita, gerando risco de novos crimes à população.

Daí a necessidade de não ampliar a liberdade com a mudança de regime – progressão –, tampouco abreviar o tempo de cumprimento da pena – livramento condicional, graça, anistia, indulto, comutação –, mas exigi-la de modo integral. Por isso, devem ser obstados: progressão de regime, livramento condicional e outros benefícios penais.

Ao realizar tal distinção, finda por estimular pedagogicamente os condenados que não possuem nenhum vínculo associativo ou que se ressocializaram, devendo receber os benefícios da execução penal. Assim, o disposto no § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 é constitucional.

5 Convencionalidade da lei face às normas de direitos humanos

É cediço que normas nacionais e internacionais repercutem de algum modo sobre os direitos humanos. Tal fenômeno implica pluralidade normativa, podendo cada uma atingir os direitos humanos sob diferentes perspectivas e graus de intensidade. A fim de identificar se a aplicação da norma é compatível com os direitos humanos, afigura-se útil perscrutar acerca do controle de convencionalidade. Esse instrumento de controle de leis significa a análise de “compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”⁴⁴. Igualmente, pode ser compreendido como:

[...] As normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade⁴⁵.

Assim, o controle de convencionalidade⁴⁶ consiste na verificação de compatibilidade das normas de direito interno – normas nacionais –, com as normas internacionais de direitos humanos.

Desse modo, é relevante identificar se a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com

44 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 114.

45 *Ibidem*, p. 114-115.

46 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

a qual ainda mantenham vínculo associativo, conforme o § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, viola norma internacional de direitos humanos.

Cabe aos aplicadores do Direito realizar o controle de convencionalidade, mormente o juiz, que tem o dever de aplicar as normas vigentes no ordenamento jurídico:

[...] Também não há dúvida quanto a poder (dever) o juiz do foro controlar a convencionalidade das leis estrangeiras tendo como paradigmas as normas internacionais em vigor no seu Estado, sobretudo as de direitos humanos, que têm primazia hierárquica sobre todas as normas menos benéficas do Direito interno⁴⁷.

Considerando a especificidade da matéria, para a realização do controle de convencionalidade, faz-se necessário consultar norma internacional específica sobre o tratamento de presos, bem como sobre norma internacional que disponha acerca da caracterização de tortura. Além disso, deve-se atentar que, na interpretação dos direitos humanos, os conceitos e termos constantes dos tratados internacionais possuem sentido próprio, em razão do princípio da “interpretação autônoma”:

[...] Como consequência do princípio da efetividade, consolidou-se, na doutrina e na jurisprudência internacional, o princípio da “interpretação autônoma”. De acordo com tal princípio, os conceitos e termos inseridos nos tratados de direitos humanos podem possuir sentidos próprios, distintos dos sentidos a eles atribuídos pelo direito interno, para dotar de maior efetividade os textos internacionais de direitos humanos⁴⁸.

Por conseguinte, como forma de verificar a compatibilidade do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, impõe-se confrontá-lo com o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, pois assegura que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes” (Decreto nº 592/1992).

Posto isso, os vocábulos “tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante”, previstos do artigo 7º do Pacto de Direitos Civis, possuem sentido próprio, ou seja, conteúdo específico na seara internacional. Assim, para a interpretação do preceito no âmbito do direito internacional, afigura-se útil apreciar as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos⁴⁹, conhecidas como “Regras de Nelson Mandela”.

Essas regras consistem num conjunto de práticas elementares, que devem ser adotadas no tratamento de pessoas privadas de liberdade, isto é, representam o consenso geral da atualidade sobre princípios básicos a serem utilizados nos estabelecimentos prisionais, com o escopo de promover a dignidade humana.

Desse modo, ao consultar as diretrizes constantes das Regras de Nelson Mandela, a regra 3 reconhece que a detenção priva a liberdade com o mundo exterior, e, na parte final, admite “agravar o sofrimento inerente” em “casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina”. Segue o texto da norma internacional:

Regra 3 - A detenção e quaisquer outras medidas que excluam uma pessoa

humanos na ordem internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

- 49 UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.

47 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 208.

48 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos*

do contacto com o mundo exterior são penosas pelo facto de, ao ser privada da sua liberdade, lhe ser retirado o direito à autodeterminação. Assim, o sistema prisional não deve agravar o sofrimento inerente a esta situação, exceto em casos pontuais em que a separação seja justificável ou nos casos em que seja necessário manter a disciplina.

O vocábulo “detenção” deriva do latim *detentio*, de *detinere* (deter, reter), significando deter ou reter algo ou alguém. Nesse sentido, a detenção priva o ser humano da liberdade⁵⁰. Portanto, a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo configura detenção e medida que exclui o apenado do contato com o mundo exterior. De fato, a medida ocasiona sofrimento ao preso, mas se trata de sofrimento inerente à condição de privação da liberdade durante o período de cumprimento da pena, tendo por escopo prevenir novos e graves delitos perpetrados de dentro do cárcere, bem como manter a disciplina carcerária. Assim, a proibição de concessão de benefícios é consentânea com os direitos humanos, conforme regra 3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos.

Neste momento, cabe apreciar a modificação legislativa constante do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 sob a perspectiva da proibição da pena de tortura. Comumente, o vocábulo *tortura* é:

[...] tido na mesma significação de tormento. É o sofrimento, ou a dor provocada por maus-tratos físicos ou morais. Torturar a vítima é produzir-lhe um sofrimento desnecessário. É tornar mais angustioso o sofrimento⁵¹.

Percebe-se que a tortura constitui ato deliberadamente praticado com a intenção perversa de causar sofrimento ilegítimo, imerecido, desarrazoável. Em outras palavras, a tortura significa impor um mal físico ou psíquico com o escopo de lesionar intimamente o ser humano, em desconformidade com o ordenamento jurídico e aos preceitos elementares da Justiça.

Outrossim, afora a definição genérica, é salutar o exame da palavra “tortura” na especificidade dos direitos humanos. Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes define o conceito de “tortura” na perspectiva do Direito Internacional, bem como elenca preceitos básicos para tratamento digno a pessoas privadas de liberdade ou submetidas a controle estatal.

A parte final do item 1, do artigo 1º, da Parte 1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁵², promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, estabelece que não se considera tortura “as dores ou sofrimentos” derivados de “sanções legítimas”, que “sejam inerentes a tais sanções” ou que “delas decorram”. Segue o texto:

ARTIGO 1º - 1. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas;

50 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 454.

51 *Ibidem*, p. 1411.

52 BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/doo40.htm. Acesso em: 19 jan. 2020.

ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. *Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.* (Destaquei)

Com efeito, a vedação de progressão de regime e de outros benefícios penais aos integrantes de organização criminosa – com a qual ainda mantenham vínculo associativo – configura sanção legítima, decorrente da privação de liberdade imposta mediante prévia decisão jurisdicional. Haja vista a oposição do apenado em se ressocializar, não faz jus à concessão de vantagens no decorrer da execução penal. Registre-se que a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa tão somente nega a concessão de vantagem penal (benefício meritório), consistente em obter parte da liberdade antecipadamente, isto é, antes do cumprimento da pena a que fora condenado. Assim, não caracteriza “tortura”, na concepção do direito internacional dos direitos humanos, porquanto a medida decorre de sanção legítima imposta pelo Estado, em razão do mau comportamento do próprio apenado, estando baseada na lei e harmonizada com a parte final do artigo 1º da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Portanto, com base em normas internacionais de direitos humanos – regra 3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, bem como o artigo 1º, item 1, da Convenção sobre Tortura –, afigura-se compatível com os direitos humanos a disposição contida no § 9º do artigo 2 da Lei nº 12.850/2013, que veda a progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo.



Fonte: www.velhogeneral.com.br

6 Conclusão

O presente estudo analisou as modificações advindas do § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, haja vista o artigo 14 da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), bem como apreendeu os modelos de sistemas penitenciários e os tipos de regime de cumprimento da pena.

A modificação trazida pelo § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013 veda a progressão de regime de pena, a obtenção de livramento condicional ou outros benefícios prisionais aos condenados por integrarem organização criminosa ou por terem cometido crimes por meio de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo.

A problemática consistiu na verificação de qual sistema penitenciário se assemelha à vedação de progressão de regime aos condenados especificados no dispositivo, se tais mudanças são constitucionais e consentâneas com os direitos humanos.

Explicitou-se ao longo do estudo que a norma disposta no § 9º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, que veda a progressão de regime, possui semelhanças com o sistema pensilvânico ou celular.

Ademais, essas mudanças impositivas de maior rigor ocorrem em face do risco de cometimento de novos delitos, considerando

a insuficiência da condenação para promover evolução moral e a ressocialização.

Nesse espectro, não devem ser concedidos benefícios aos integrantes de organização criminosa, já condenados, que ainda mantenham vínculo com organização criminosa. Assim, não fazem jus à progressão de regime, à liberdade condicional, à anistia, à graça, ao indulto, à comutação de penas ou a outros benefícios de natureza penal.

De fato, conforme visto, o sistema progressivo – no qual é cumprida a pena –, é apenas um modelo de sistema penitenciário, existindo também o sistema pensilvânico ou celular e o auburniano.

Ademais, cabe ao legislador realizar tal escolha, até porque a Constituição Federal de 1988 atribui ao poder legiferante estabelecer preceitos sobre a individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da CF/88). Disso resulta que a nova lei atende ao princípio da individualização da pena, sendo constitucional.

Por fim, essas modificações compatibilizam-se com normas internacionais de direitos humanos, atendendo ao princípio da convencionalidade, consoante disposto na regra 3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), bem como no artigo 1º, item 1, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Referências

BALTAZAR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. Causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Decreto no 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Decreto no 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL. Decreto no 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Decreto no 5.015/2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 7.210/1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 12.850/2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. Lei no 13.964/2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 82.959/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 23/02/2006, DJe 01/09/2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. HC 96.007/SP, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 12/06/2012, DJe 07/02/2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur223873/false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *La moderna penología*. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución). Tomo I. Barcelona: Bosch Casa, 1958.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho penal*. Introducción y parte general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

JESCHECK, Hans. *Tratado de derecho penal*. Parte general. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de derecho penal*. La ley y el delito. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Buenos Aires: Losada, 1950.

KAISER, Günter. *Introducción a la criminología*. 7. ed. Trad. José Arturo Rodríguez Núñez. Madrid: Dykinson, 1988.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. III.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal*. Parte general. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REGIS PRADO, Luiz. *Direito penal econômico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos* (Regras de Nelson Mandela). Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal alemão*. V. I. História do Direito brasileiro. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal*. Parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.