



UNIVERSIDADE TIRADENTES - UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - ARTIGO CIENTÍFICO

INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL

Ebert Oliveira Pessoa
Prof Ronaldo Alves Marinho da Silva

Aracaju
2020

EBERT OLIVEIRA PESSOA

INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo –
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para a obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.

Banca Examinadora

Prof. Orientador Ronaldo Alves Marinho da Silva
Universidade Tiradentes

Prof Ms. Julio Cesar
Universidade Tiradentes

Prof Ms . Nelson Teodomiro
Universidade Tiradentes

INCIDENTES NA EXECUÇÃO PENAL

INCIDENTS IN CRIMINAL EXECUTION.

Ebert Oliveira Pessoa

RESUMO

No decorrer da marcha processual, podem brotar questões precedentes, as quais precisam ser resolvidas anteriormente ao enfrentar o tema central. Chamados de incidentes processuais. Deste modo, o objetivo do presente artigo não é esgotar o tema a respeito do Incidentes na Execução, e tão somente analisar sobre alguns dos institutos de maior relevância, limita-se o estudo aos incidentes contidos no Título VII da Lei de Execução Penal, quais sejam: conversão, excesso ou desvio, anistia e indulto. Quanto a metodologia do presente estudo, enquadra-se como básica concentrando-se em questões teóricas, de abordagem qualitativa analisando o significado e as relações dos fenômenos, de cunho exploratório o qual busca maior aproximação com o problema, utilizando-se de procedimento bibliográfico em que o levantamento de dados foi realizado através de livros, artigos, teses e sites.

Palavras-chave: Código penal. Lei de Execução Penal. Incidente na execução penal.

ABSTRACT

In the course of the procedural march, precedent issues may arise, which need to be resolved beforehand when facing the central theme. Called procedural incidents. Thus, the objective of the present article is not to exhaust the topic regarding the Incidents in the Execution, and to only analyze about some of the most relevant institutes, the study is limited to the incidents contained in Title VII of the Law of Penal Execution, which are: conversion, excess or deviation, amnesty and pardon. As for the methodology of the present study, it is classified as basic, concentrating on theoretical questions, with a qualitative approach analyzing the meaning and relations of the phenomena, of an exploratory nature which seeks a closer approach to the problem, using a bibliographic procedure in that the data survey was carried out through books, articles, theses and websites.

Keywords: Penal code. Penal Execution Law. Incident in criminal execution.

1 INTRODUÇÃO

No desenvolvimento do processo podem surgir questões secundárias que recaem sobre o procedimento principal, cabendo-lhe ser solucionando antes da decisão da causa ser proferida, quando se trata do processo penal de conhecimento. São as chamadas questões incidentais.

No entanto, essas questões incidentais não são exclusivas do processo de conhecimento, podendo ocorrer também durante a fase de execução da sentença condenatória. Assim, existem questões jurídicas posteriores à sentença condenatória ou absolvição imprópria, que recaem sobre a fase de execução da pena, cabendo ao juízo da execução a obrigação de solucioná-las no curso do processo de execução.

A Lei n.º 7210 de 1984 a Lei de Execução Penal (LEP), reconhece expressamente a existência destes procedimentos secundários, e disciplina sobre o tema por meio de título específico, intitulado como “Título VII - Dos incidentes de execução”.

Mencionado título é dividido em três capítulos que tratam sobre o tema de incidentes na execução, dispostos da seguinte forma: Das conversões (art. 180 a 184); do excesso ou desvio (art. 185 e art. 186) e da anistia e do indulto (art. 197 a 193).

O rol estabelecido no Título VII não se trata de um rol taxativo, existindo inúmeros outros na própria Lei de Execução Penal, embora não tenha expressa menção.

Levando em consideração que o objetivo do presente artigo não é esgotar o tema a respeito do Incidentes na Execução, e tão somente analisar sobre alguns dos institutos de maior relevância, limita-se o estudo aos incidentes contidos no Título VII da Lei de Execução Penal, quais sejam: conversão, excesso ou desvio, anistia e indulto.

Quanto a metodologia do presente estudo, enquadra-se como básica concentrando-se em questões teóricas, de abordagem qualitativa analisando o significado e as relações dos fenômenos, de cunho exploratório o qual busca maior aproximação com o problema, utilizando-se de procedimento bibliográfico em que o levantamento de dados foi realizado através de livros, artigos, teses e sites.

2 DO EXCESSO OU DESVIO NA EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O poder estatal é quem têm o direito exclusivo de realização de punição, sendo um direito indelegável e que é imposta de maneira abstrata e de forma indistinta para todos os seres humanos. A partir do instante em que um delituoso incube um crime o direito de punir do Estado que era abstrato e que se impunha a todos, torna-se algo concreto e é particularizado para quem perpetrado o crime.

O anseio de punir do Estado em reprimir o direito de liberdade do delinquente ao seu direito de punição, constitui uma relação jurídico punitiva entre o Estado e o criminoso, causando o que é nomeado de punibilidade que é a consolidação da ambição punitiva.

De acordo Fernando Capez (2012) o direito de punir é, assim, uma manifestação da soberania de um Estado, que consiste na prerrogativa, *in abstracto*, de se impor de maneira coativa a qualquer indivíduo que venha a incidir alguma infração penal, não respeitando a ordem jurídica vigente e pondo em perigo a paz social.

Para que seja atribuído ao realizador da infração penal uma punição, o Estado tem que se valer de diversas atividades que explique o crime, aclarando suas razões, as ocasiões da ocorrência e a identificação do seu agente. As atividades oficiais nomeadas persecução penal, são concebidas a partir do estabelecimento de um inquérito policial, procedimento de natureza investigatória tendendo averiguar a prática de uma infração penal e seu agente.

Após isso, com a propositura da ação pelo Ministério Público (MP) realizando a função do próprio poder estatal, é instaurado o processo considerando ao princípio do devido processo legal. Por fim, com a inserção da pretensão acusatória vem a execução penal concluindo as atividades da persecução penal.

2.1 Execução Penal

Com a intenção de desempenhar a concreta e essencial pretensão de punição do Estado, a execução da pena desse instante em diante designada de pretensão executória, pela razão de já haver uma sentença judicial transitada em julgado pronunciada dentro do apropriado processo legal que adjudica ao agente uma sanção da pena prevista legalmente..

A execução penal tem intenção dupla, uma de realizar a punição do delinquente e outra a de precaver a prática de mais crimes, por meio da intimidação e reeducação coletiva das pessoas. A Lei de Execução da pena em seu art. 105 augura: “Transitado em julgado a

sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

2.1.1 Princípios da Execução Penal

A execução da pena tem sua natureza mista, pois tem ações puramente administrativas, bem como, ações jurisdicionais que se formam no decorrer de todo o processo, e como existe o processo, de modo óbvio que estão presentes como princípios da execução da pena os princípios constitucionais que conduzem o processo.

Segundo a classificação do Fernando Capez (2012):

2.1.1.1 Princípio do Contraditório

A Constituição da República posiciona que os abrangidos em relações jurídica processual, além de estarem cientes de todas as ações e decisões do processo, irão ter a chance de se manifestarem de forma prévia a respeito, precisando até mesmo o juiz da execução conservar nos autos do processo todas as petições e cartas atinentes a manutenção do direito ao contraditório e ampla defesa.

Inciso LV do art. 5º da CF - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

2.1.1.2 Princípio da Ampla Defesa

Antevista também no Inciso LV do art. 5º, a ampla defesa relaciona-se ao direito de uma defesa técnica feita por profissionais diplomados e habilitados, bem como, também será aceita a autodefesa que acompanha por parte do condenado de todas as provas que produziu-se em desfavor do mesmo que venha a intervir na forma de cumprimento penal.

O sentenciado irá ter sempre o direito a assistência advocatícia, e em circunstância de não poder ter seu próprio advogado em decorrência da ausência de recursos financeiros, o Estado irá restar esta assistência jurídica como é previsto na CF art. 5º Inciso LXXIV “o Estado irá prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que realizem a comprovação da falta de recursos”.

A Lei de Execução Penal em seu art. 15 prevê que a assistência jurídica e a Lei nº 12.313/2010, que modifica a Lei de Execução Penal, confere competências à Defensoria Pública para prestar estes serviços de assistência jurídica.

2.1.1.3 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

Ao fim do Inciso LV do art. 5º da CF, é previsto o uso dos recursos e formas necessárias a instâncias superiores, quanto decisões jurisdicionais que possam restringir ou conceder algum direito do sentenciado. O art. 19 da Lei de execução penal apresenta a previsão de recurso das decisões pronunciadas pelo Juiz irá caber recurso de agravo, sem efeitos suspensivos.

2.1.1.4 Princípio da Publicidade

Resguardadas as circunstâncias que envolvem crimes contra direito de crianças e de adolescentes e a dignidade sexual não tem que se nutrir o sigilo dos atos realizados na execução da pena. De acordo com o art. 5º Inciso LX a lei só será restringida a publicidade dos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o determinarem.

2.1.15 Princípio da Igualdade

É baseado no relacionamento entre as pessoas, e destes com o Estado. Conforme redação do *caput* do art. 5º da Constituição Federal v-se que todos são iguais diante da lei, e que não há destinação de seja qual for a natureza , onde se garante tanto aos Brasileiros e os residentes estrangeiros que aqui residem a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade,  segurança e  propriedade.

Outras previsoes como a inexistência de juízos ou tribunais de exceção a garantia de seja qual for o indivíduos ao processo legal, em circunstância de privação de liberdade (art. 5º, LIV, da CF) como o tratamento igualitário que o juiz precisa dispensar às partes que integram a relação processual, fazendo com que, nenhuma pessoa sofra nenhum tipo de discriminação no decorrer da execução penal.

2.11.6 Princípio da Legalidade

A pena precisará ser executada em conformidade com a previsão em Lei, não sendo autorizada a privação de liberdade de um sujeito sem o apropriado processo legal. A não ser diante autorização em lei a liberdade do preso não deverá ser negada, sendo estimada ilegal a prisão além do tempo permitido. Disposição Constitucional art. 5º Inciso LXV “a prisão ilegal será relaxada imediatamente pela autoridade judiciária;”.

3 REGIMES PENITENCIÁRIOS DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Com o conceito latente que a prisão desempenha o papel de controlador social nas situações dos crimes estimados mais graves, a pena privativa de liberdade é antevista para a grande parte dos crimes e classifica-se em três espécies: reclusão, detenção e prisão simples. Hoje em dia no Brasil é vigente o sistema vicariante onde o juiz tem a opção de aplicação de uma pena ou medida de segurança, sendo esta imposta aos imputáveis ou semi-imputáveis.

Segundo o art. 110 da LEP, o juiz no ato de estipulação da sentença, irá estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena.

3.2.1 Regime Fechado

A pena se cumpre em estabelecimento penal tipo penitenciário de segurança média ou máxima e o réu será alocado em cela individual que tenha dormitório, sanitário e lavatório, em conformidade com o art. 88 da LEP.

De acordo com o previsto no art. 34 do CP e art. 8º da LEP o infrator que começa o cumprimento penal no regime fechado será sujeitoado ao exame criminológico, visando coletar os elementos imprescindíveis do delinquente para uma individualização justa da execução penal.

O isolamento se restringe excepcionalmente a noite, pois no decorrer do dia o culpado fica sujeitoado ao trabalho comum em conformidade com as capacidades, mas venerando a conformidade com a execução penal. art. 34 § 1º e 2º do código penal.

3.2.2 Regime Semiaberto

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o cumprimento de pena em regime semiaberto ocorre para os condenados entre quatro a oito anos, não sendo o caso de reincidência (CNJ, 2017).

O Código Penal em seu art. 35 estabelece que seja empregado a norma disposta no art. 34 ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto. Isso significa que nesse regime o condenado também poderá ser submetido a realização do exame criminológico, nos termos do art. 8º, parágrafo único da Lei de Execução Penal (LEP), com o intuito de orientar a individualização da execução (GRECO, 2017). E conforme os termos da Súmula n.º 439 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 13 de maio de 2010 que diz que será admitido o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada (BRASIL, 2010).

Do mesmo modo que ao condenado em regime fechado, ao condenado em regime semiaberto é exigido o guia de recolhimento, cuja pena de prisão deverá ser cumprida em colônias agrícolas, industriais ou estabelecimento equivalentes.

Nesse tipo de regime de cumprimento de pena de prisão o condenado tem o direito de trabalhar e de fazer cursos fora do estabelecimento prisional durante o dia, porém deverá retornar à unidade penitenciária à noite.

O condenado também poderá redimir parte do tempo de execução da sua pena, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissionalizante, sendo observado o exposto no art. 126, §1º, I da Lei de Execução Penal (LEP), em conformidade com a redação que lhe foi atribuída pela Lei n.º 12.433/2011 (GRECO, 2017).

Em 2002, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a Súmula n.º 269, que trata sobre a fixação do regime prisional semiaberto, cujo o enunciado da Súmula dispõe que: “É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais” (Súmula 269, 3º Seção, julgado em 22/05/2002, DJ 29/05/2002 p. 135).

O condenado ao regime semiaberto tem o direito, à saída temporária da colônia, com autorização judicial, sem a necessidade de vigilância direta, com o intuito de visitar entes familiares, participar de cursos ou outras atividades relevantes para a ressocialização pelo prazo que não seja superior a sete dias, renováveis quatro vezes por mês, com o prazo mínimo de quarenta e cinco dias entre uma e outra, conforme os art. 12, art. 123 e art. 124 da Lei de Execução Penal (GRECO, 2017).

Nos casos de frequentar os cursos, o tempo de saída do condenado a este regime ora estudado, será o suficiente para o cumprimento das atividades curriculares.

Conforme o exposto, sobre a saída temporária a Súmula 520 do STJ trata que: “o benefício da saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 25/03/2015, DJe 6/4/2015).

Ademais, a Lei n.º 12.258 de 2010 alterou o Código Penal e diversos dispositivos da Lei de Execução Penal estabelecendo que o magistrado ao autorizar a saída temporária do condenado, poderá determinar a monitoração eletrônica do mesmo. Nesta hipótese, o desrespeito às normas da monitoração carretará na revogação da autorização e a possibilidade de o juiz determinar a regressão do regime (GONÇALVES, 2018).

Por fim, de acordo com Victor Eduardo Rios Gonçalves (2018), os condenados que cumprem pena em regime prisional fechado ou semiaberto podem conseguir a denominada permissão de saída, por meio de escolta, nos casos de falecimento de cônjuge ou companheiro, irmão, ascendente ou descendente e, nos casos de precisão de tratamento médico, segundo o art. 120 da Lei de Execução Penal (LEP). Em ocorrendo tais hipóteses, a permissão é concedida pelo diretor do estabelecimento prisional onde o condenado se encontra preso.

3.2.3 Regime Aberto

O regime aberto de cumprimento de pena é direcionado ao indivíduo condenado até quatro anos sem que tenha reincidência de crime. Conforme o art. 36 do Código Penal, esse regime constitui-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado (GONÇALVES, 2018).

O local legalmente adequado para o cumprimento da pena no regime aberto de acordo com o art. 93 e art. 95 da Lei de Execução Penal (LEP) é a em estabelecimento conhecido como Casa do Albergado.

Levando em consideração a inexistência de Casas do Albergado, firmou-se a utilização do regime de prisão-albergue domiciliar (PAD), inicialmente direcionada aos condenados maiores de setenta anos de idade, acometidos de doenças graves, condenadas gestantes ou com filhos menores ou deficientes físicos ou mentais, conforme art. 117 da Lei de Execução Penal (NUCCI, 2017). E o que era pra ser uma exceção, destinada apenas a esses sentenciados, passou a ser regra.

O regime ora em comento permite ao condenado que trabalhe, frequente curso ou pratique outra atividade autorizada, fora do estabelecimento e sem vigilância, permanecendo recolhido durante o período da noite e nos dias de folga, de acordo com o disposto no §1º do art. 36 do Código Penal (GONÇALVES, 2018).

Para esse regime de cumprimento de pena a guia de recolhimento também é uma exigência, visto que o art. 107 da Lei de Execução Penal (LEP) estabelece que ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a presença da guia expedida pela autoridade judiciária (GRECO, 2017).

Conforme os ensinamentos do ilustre Rogério Greco (2017), a particularidade desse regime, que o distingue dos demais regimes anteriormente expostos, diz respeito ao trabalho. Nos regimes fechado e semiaberto o trabalho do apenado faz com que este tenha direito à remição. Já no regime aberto, não existe previsão legal para a remição da pena pelo trabalho, em virtude de que apenas poderá ingressar no regime aberto o condenado que estiver trabalhando ou restar comprovado a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Entretanto, a Lei n.º 12.433/2011, que incluiu o §6º ao art. 126 da LEP, assegura que o apenado que cumprir a pena em regime aberto poderá ter a possibilidade de remir parte do tempo de execução da pena, pela participação em cursos de ensino regular ou profissionalizante, sendo observado o disposto no art. 136, §1º, I da LEP.

Assim, pode ser observado que a *conditio sine qua non* para o início do cumprimento da pena e inclusive a sua progressão para o regime aberto é a possibilidade imediata de trabalho do apenado. De modo que, sem trabalho o condenado não terá a possibilidade do regime aberto (GRECO, 2017).

Ademais, nota-se que a Lei de Execução Penal (LEP) estabelece a exceção da exigência do trabalho nas hipóteses do art. 117 em seus demais incisos.

Por mais, cabe observa-se que a LEP dispõe sobre trabalho, e não em emprego. Assim, mesmo que o apenado exerça um trabalho sem registro, poderá ser concedido o regime aberto. Visto que o desemprego é um infortúnio que devasta o Brasil. De modo que, não se pode exigir do condenado que consiga um emprego após sua condenação, competindo com igualdade com aqueles que mantêm uma fixa criminal limpa. Isso seria impossibilitar, por vias oblíquas, o consentimento do regime aberto (GRECO, 2017).

4 DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS

A Lei de Execução Penal em seu art. 82 em seu *caput* constitui que os estabelecimentos prisionais são destinados aos condenados, aos submetidos às medidas de segurança e aos presos provisoriamente e aos egressos. O §1º do mencionado dispositivo legal estabelece que as mulheres e os maiores de sessenta anos, serão recolhidos separadamente em estabelecimentos próprios e adequados as suas condições.

Assim, segundo Rogério Greco (2017) a Lei de Execução Penal ao estabelecer em seu dispositivo para quem são destinados os estabelecimentos penais constitui que os condenados são os indivíduos que se encontram em cumprimento de pena em regime fechado, semiaberto e aberto, os presos provisórios são os decorrentes de prisão cautelar e os egressos de acordo com o art. 26 da mencionada lei, são os indivíduos que foram liberados definitivamente do estabelecimento prisional, assim como aqueles que foram colocados em liberdade condicional

Ainda de acordo com o autor, quanto as mulheres e aos idosos, cumpre à proteção disposta no art. 5º, XLVIII da Constituição Federal de 1988 que estabelece que a pena será cumprida em estabelecimento prisional diferente, conforme a natureza do crime, a idade e o sexo do apenado. A separação dos apenados homens e mulheres nos estabelecimentos prisionais tem como intuito evitar a promiscuidade e as violências sexuais. Já quanto aos idosos, é justo e necessário um estabelecimento prisional adequado a sua circunstância para o cumprimento de sua pena, por sua situação de maior fragilidade tanto no aspecto físico quanto psicológico, seja no regime fechado, semiaberto ou aberto. Além do mais, quando o idoso possuir mais de setenta anos de idade, estará livre da Casa do Albergado, podendo este recolher-se em sua própria residência, é o chamado albergue domiciliar (GRECO, 2017).

Em suma, a construção dos estabelecimentos penais deve satisfazer os princípios contemporâneos das ciências penitenciárias e da arquitetura para que seja possibilitada a realização de programas de tratamento ou do processo de reinserção dos presos na sociedade.

Conforme Daniel Charles Ferreira de Almeida (2017), a estrutura física do estabelecimento prisional não pode ser incompatível com a base ético-pedagógica do sistema prisional, e a sua arquitetura deve objetivar um uso prático para que seja evitado o desperdício de espaço, impedir os problemas carcerários mais gravosos e conceder o adequado desenvolvimento da execução penal.

Por fim, como já visto, os estabelecimentos penais brasileiros são regulamentados pela Lei n.º 7.210 de 1984, isto é, Lei de Execução Penal (LEP) e, consiste em ser edificações públicas, com particularidades e seguranças específicas conforme as suas finalidades. E, o que

define os tipos de estabelecimentos prisionais basicamente é a finalidade original das unidades. Assim, de acordo com a Lei de Execução Penal em vigor e nos termos legais, os estabelecimentos penais são: Penitenciária (art. 87, LEP); Colônia Agrícola, Industrial ou Similar (art. 91, LEP); Casa do Albergado (art. 93, LEP); Centro de Observação (art. 96, LEP); Hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (art. 99, LEP); Cadeia Pública (art. 102, LEP).

5 DOS INCIDENTES DE EXECUÇÃO

5.1 Conceito e Generalidades

Os incidentes processuais são as questões e os procedimentos secundários, que recaem sobre o procedimento principal, cabendo-lhe ser solucionado antes da decisão da causa ser proferida, quando se trata do processo penal de conhecimento. Assim, na fase da execução, o procedimento não há de ser diferente. Existem questões jurídicas supervenientes à sentença condenatória ou absolvição imprópria, que recaem sobre o processo de execução da pena ou da medida de segurança, cabendo ao juiz da execução a obrigação de solucioná-las no curso do processo executivo. Conforme a natureza das questões incidentes previstas na Lei de Execução Penal (LEP), elas poderão possibilitar a modificação dos rumos da execução, alterando o curso da execução, reduzindo ou até mesmo extinguindo a pena ou a medida de segurança sujeita à execução.

A Lei de Execução Penal estabelece as seguintes espécies de incidentes: As conversões, presentes no Capítulo I, nos arts. 180 a 184 da LEP, o excesso ou desvio constantes no Capítulo II, nos arts. 185 e 186 da LEP, e anistia e indulto contidos no Capítulo III, arts. 187 a 193 do Título VII com expressa menção da Lei de Execução Penal, no entanto, há outros incidentes de execução sem que haja a expressa menção desta lei, tais como, por exemplo, o incidente de unificação de penas.

É importante assinalar que o *sursis* deixou de ser um simples incidente da execução e tornou-se uma modalidade de execução da pena. Assim como também o livramento condicional que deixou de ser compreendido como incidente de execução com a reforma penal de 1984.

A competência originária para solucionar as questões incidentais ao processo de execução é do juiz das execuções penais, que por sua vez poderá deflagrar a conversão *ex officio*, competindo ao Ministério Público a função de fiscalizador e também postulatório.

5.2 As Conversões

No dicionário clássico, “converter” significa sofrer mudança, transformar, alterar. Em sede de Execução Penal, tem a noção de alterar ou substituir uma pena ou uma medida de segurança por outra, incidentemente, no curso da execução da pena.

A conversão ajusta-se ao sistema progressivo e modela-se com a precisão de individualização das penas e das medidas de segurança, propiciando a adaptação do modo de cumprimento de cada uma delas dentro do processo de execução, nos alcances da flexibilidade previstas no texto do dispositivo legal (MARCÃO, 2019).

5.2.1 Das Espécies de Conversões

5.2.1.1 Da Conversão da Pena Privativa de Liberdade, em Restritivas de Direitos

Conforme o art. 180 da Lei de Execução Penal (LEP) estabelece que a pena privativa de liberdade que não seja superior a dois anos, poderá ser substituída em pena restritiva de direitos, desde que sejam obedecidos os requisitos tidos com objetivos ou extrínsecos, sendo eles: que o condenado esteja cumprindo a pena em regime aberto, tenha sido cumprido ao menos um quarto da pena e que os antecedentes e a personalidade do apenado indiquem ser a conversão um critério recomendável (NUCCI, 2018).

No entanto, observa-se que, com o advento da Lei n.º 9.714/1998, alterou a sistemática das penas alternativas, modificando vários dispositivos do Código Penal. Dentre eles, o art. 44 do mencionado código ganhou nova redação e, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando a pena não superior a quatro anos, e desde que sejam cumpridos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva (CUNHA, 2017).

Com isso, o art. 180, caput, da Lei de Execução Penal foi derogado, em consequência de ter sido atingido pela nova redação do dispositivo penal acima mencionado, de modo que a partir do dia 25 de novembro do ano de 1988 passou a ser admitido que a pena privativa de liberdade quando a reprimida imposta na sentença não suplantar quatro anos seja convertida em restritiva de direitos, em sede de incidente de execução (MARCÃO, 2019). Assim, com o art. 180 da LEP derogado, não mais se limitava a transformação da pena privativa de liberdade não superior a dois anos, mas sim a quatro anos, sendo mantidas as condições trazidas nos três incisos do referido artigo legal (CUNHA, 2017).

Como visto, e conforme leciona Renato Marcão (2019), a conversão continua dependente da satisfação dos três requisitos objetivos, quais sejam: que a pena privativa de liberdade, seja ela reclusão, detenção ou prisão simples, não supere quatro anos; que a prisão esteja sendo cumprida em regime aberto (desde o início do cumprimento ou em detrimento da progressão de pena); e que o condenado, ora denominado executado, tenha cumprido ao menos um quarto da pena, sendo examinada eventual detração ou remição.

Além dos requisitos objetivos supramencionados, o executado precisará obedecer aos requisitos subjetivos.

Assim, nos ensinamentos do ilustre doutrinador Guilherme de Sousa Nucci (2018), são os requisitos subjetivos: a) análise dos antecedentes. Cabendo ao juiz a verificação dos antecedentes criminais do condenado. Se forem muitos, sucedidos de crimes dolosos e graves, o magistrado pode negar-lhe a conversão; b) análise da personalidade. Os indivíduos sentenciados que possuem uma boa índole, tais características podem ser atestadas pela Comissão Técnica de Classificação, nas avaliações feitas periodicamente. Estes sentenciados merecem uma maior chance de afastamento de qualquer que seja a forma de prisão, mesmo que a de regime aberto.

Deste modo, o executado deverá ter mérito para a conversão e deverá revelar-se merecedor do benefício, e para que isso ocorra serão investigados seus antecedentes e sua personalidade (MARCÃO, 2019).

Acolhidos os critérios objetivos e se os antecedentes e a personalidade do condenado recomendarem ser a conversão apreciável, o Juiz da Execução, após a oitiva do Ministério Público e da Defesa, caso não seja autora do pedido deverá decidir de forma fundamentada sobre a matéria, sendo cabido o recurso de agravo em execução contra essa decisão, nos termos do art. 197 da Lei de Execução Penal (LEP).

Acentua-se, por conveniente, que o incidente de conversão será capaz de decorrer de pedido do executado, por si ou pelo seu Defensor, de atuação *ex officio* do Juiz da Execução, e por requerimento ordenado pelo Ministério Público, de acordo com o que lhe permite o art. 68, II, e (primeira parte), da Lei de Execução Penal (LEP), sendo preciso que nesta última situação não deverá ser apreciado como *custos legis*, isto é, como fiscal da lei.

Tratar sobre conversão da pena que está sendo executada em regime aberto para restritiva de direitos à partida pode ser compreendida como medida gravosa ao condenado, tendo em vista que no Brasil, quando se trata em cumprimento de pena em regime aberto, logo se pensa em Albergue Domiciliar, o que evidentemente não se quer dizer a mesma coisa.

Assim, a respeito do assunto Renato Marcão (2019) esclarece que a conversão do albergue domiciliar em restritiva de direitos seria claramente uma medida gravosa a figura do condenado, no entanto, é de se verificar que o cumprimento da pena em regime aberto, em casa do albergado, assim como estabelece a lei, é espécie de execução mais rigorosa que o cumprimento de pena restritiva de direitos, derivando daí que, no caso, a conversão do regime aberto em casa do albergado para a restritiva de direitos é medida que se traz benefícios ao condenado.

5.2.1.2 Da Conversão da Pena Restritiva de Direitos em Privativa de Liberdade

De forma evidente de como se encontra submetida a crise da execução das penas privativas de liberdade, procura-se aplicar as penas alternativas. Deste modo, são compreendidas como penas alternativas as medidas que não envolvam a perda da liberdade do indivíduo condenado, dentre as quais se implantam as restritivas de direitos.

Para a aplicação das penas restritivas de direito leva-se em consideração a presença de requisitos objetivos e subjetivos, demonstrando uma importante medida de política criminal, uma pertinente e adequada punição longe dos cárceres, sendo verificada a proporcionalidade, direcionando-se aos condenados que efetuaram infrações penais sem despontar relevante periculosidade ou rigoroso desvio de personalidade, não necessitando de resposta penal mais agressiva (MARCÃO, 2019).

Estando presentes os requisitos, nas sentenças condenatórias que aplicar a pena privativa de liberdade o Juiz competente substituirá por pena restritiva de direitos. Conforme sua natureza, a pena restritiva de direitos subjuga a possibilidade de sua conservação dentro do processo executivo à contentamento de um enumerado de condições, de modo que o não atendimento não justificado a uma das condições pode determinar a sua conversão na pena privativa de liberdade preliminarmente aplicada.

Neste aspecto, a finalidade da conversão é assegurar o êxito das penas alternativas, de forma preventiva, com a intimidação da pena privativa de liberdade, e, e repressivamente, com a determinada conversão no caso concreto (BITENCOURT, 2017). Assim, em outras palavras, a conversão objetiva garantir a efetiva execução das penas alternativas, sendo assegurado a coercibilidade.

De tal sorte que, *in verbis*, o art. 181 da Lei de Execução Penal estabelece que a pena restritiva de direitos será substituída em pena privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 do Código Penal e dos seus respectivos incisos.

Tem-se a conversão obrigatória nas hipóteses previstas no art. 44, §4º do Código Penal, qual seja, quando ocorre o descumprimento injustificado da restrição imposta. E em conversão facultativa nas hipóteses em que prevê o §5º do mencionado artigo legal, hipótese esta em que o juiz poderá deixar de aplica-la.

Assim, conforme os autores Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2018), de forma geral, o art. 45 do Código Penal prever a conversão de qualquer modalidade de pena restritiva de direitos em privativa de liberdade nos casos em que ocorresse condenação, por um outro crime, à pena privativa de liberdade na qual a execução não tenha sido suspensa; e acontecesse o não cumprimento injustificado da restrição imposta. No entanto, com a nova redação atribuída a diversos dispositivos do Código Penal com o advento da Lei n.º 9.714/1988, a determinação passou para os §4º e §5º do art. 44 do Código Penal. E concluiu que se trata, no entanto, de normas gerais, visto que o art. 181 da Lei de Execução Penal (LEP), em seus parágrafos, estabelece a conversão para cada uma das espécies de pena restritiva de direitos de forma separada e assinala quais são as hipóteses em que a conversão ocorre. Deste modo, relaciona-se às penas de prestação de serviços à comunidade disposta no §1º, a pena de limitação de finais de semana, assentada no §2º e a pena de interdição temporária de direitos alinhada no §3º do artigo supramencionado (MIRABETE E FABBRINI, 2018).

Ademais, é importante assinalar que, antes de substituir a pena restritiva de direitos por pena privativa de liberdade, quando presentes uma das hipóteses legalmente autorizadas, deve-se permitir ao condenado o exercício da ampla defesa de seus direitos.

Nesse sentido, Renato Marcão (2019) afirma que é nula a decisão que converte a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, dentro do processo de execução, sem que ao menos se tenha denominado audiência de justificação para a oitiva do executado, que terá que ser regularmente intimado para o comparecimento, juntamente com o seu defensor. Não se pode dificultar injustamente o exercício da ampla defesa e do contraditório, muito menos desobedecer ao devido processo legal.

No que diz respeito ao tempo mínimo de pena privativa de liberdade a ser cumprida após a conversão da pena, a regra atual é mais benéfica que a regra anterior, que estabelecia que a conversão era pelo tempo total da pena aplicada. Entretanto, atualmente, com a nova regra, ainda que a conversão atue nos últimos dias da pena restritiva de direitos, o condenado deverá cumprir no mínimo o período de trinta dias da pena privativa de liberdade (MARCÃO, 2019).

5.2.1.3 Da Conversão da Pena de Prestação de Serviços à Comunidade

Disciplina o art. 148 do Código Penal que em qualquer fase da execução, o juiz poderá, de forma motivada, modificar a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços comunitários.

A pena de prestação de serviços prestados à comunidade será convertida, conforme o art. 181, § 1º, da Lei de Execução Penal quando: o condenado não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou quando não obedecer a intimação por edital; quando o condenado não comparecer, de forma injustificada, à entidade ou ao programa em que deva prestar os serviços; quando este recusar-se a prestar o serviço que lhe foi atribuído de forma injustificada; quando cometer falta grave, sofrer condenação por outro delito à pena privativa de liberdade, na qual a execução não tenha sido suspensa, isto é sursis (MARCÃO, 2019).

De acordo com o art. 149, em seu inciso II da Lei de Execução Penal, cabe ao juízo de execução para o início da execução da pena de prestação de serviços à comunidade, determinar a intimação do condenado, informando-o da entidade, os dias e horário em que precisará cumprir a pena. Fracassada a tentativa de intimação pessoal, por encontrar-se o indivíduo em lugar incerto e não sabido, e esgotada todas as tentativas de localiza-lo para intimação pessoal, ocorrerá a intimação por edital.

5.2.1.4 Da Conversão da Pena de Limitação de Fim de Semana

Conforme dispõe o art. 48 do Código Penal, a pena de limitação de fim de semana consiste na obrigação do executado permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

De acordo com Rogério Sanches Cunha (2017), essa sanção de limitação de fim de semana visa, mediante o recolhimento do executado, principalmente sua reestruturação intelectual e social.

Assim, competirá ao juiz de execução determinar o local, dias e horário em que o condenado deverá cumprir a pena.

Ademias, conforme o art. 181, §2º da Lei de Execução Penal, a pena de limitação de fim de semana poderá ser convertida quando o executado não comparecer ao local designado para o cumprimento da pena; quando este se recusar a exercer as atividades que o juiz de execução determinou; quando o condenado não for encontrado por estar em local incerto e não sabido, ou não atender a intimação por edital; quando praticar falta grave ou sofrer

condenação por outro delito que seja à pena privativa de liberdade, na qual a execução não tenha sido suspensa (sursis).

Tais condutas acima mencionadas apresentam completo descaso do executado para com sua circunstância e com os direcionamentos da execução de sua pena, de tal forma que todas essas situações ensejam a conversão da pena de limitação de fim de semana na pena privativa de liberdade anteriormente fixada na sentença, sendo observados as cautelas já apresentadas, quais sejam, os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal (MARCÃO, 2019).

5.2.1.5 Da Conversão da Pena de Interdição Temporária de Direitos

Conforme o §3º do art. 181 da Lei de Execução Penal, a pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado executar, de forma injustificada, o direito atingido com a pena, quando não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, não atender a intimação feita por edital ou receber condenação por um outro delito à pena privativa de liberdade, na qual a execução não tenha sido suspensa, isto é, sursis.

Os critérios acima demonstrados apresentam manifesta falta de mérito por parte do executado, indicando a inviabilidade da execução da pena alternativa que fora aplicada, determinado a sua conversão para a pena privativa de liberdade originalmente aplicada, atentando-se as cautelas anteriormente mencionadas.

Acentua-se que na primeira hipótese apontada como critério para conversão da pena é necessário que o exercício do direito restringido com a pena seja injustificado (MARCÃO, 2019). Existindo uma justificativa plausível, a conversão da pena não deverá ser imposta.

5.2.1.6 Conversão das Penas e Prestação Pecuniária e de Perda de Bens e valores

Conforme disposição do art. 45 do Código Penal, em seu §1º, a pena de prestação pecuniária incide no pagamento em pecúlio à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com finalidade de cunho social, de importância fixada pelo juiz, cujo o valor não seja inferior a um salário mínimo e nem seja superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Ainda conforme o dispositivo legal, o valor pago será subtraído do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se correspondentes os beneficiários.

5.2.1.7 Conversão da Pena Inominada

Nos termos do art. 45, §2º do Código Penal, a pena de prestação pecuniária poderá instituir em prestação de outra natureza, se não ocorrer aceitação do beneficiário.

Tal indicação de outra natureza, indica a possibilidade de qualquer outra determinação que não seja de cunho pecuniário, isto é, multa ou a perda de bens e valores. Em conformidade com a lei, a pena de prestação inominada encontra-se relacionada com a condição à aceitação do beneficiário, e, em relação à pena de prestação pecuniária, conforme o doutrinador Renato Marcão (2019), tem-se como beneficiários a vítima, os dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social. Inexistente a concordância, não será cabível a sua aplicação.

5.2.1.8 Da Conversão da Pena de Multa em Detenção

Conforme anteriormente estabelecia o art. 182 da Lei de Execução Penal, a pena de multa seria substituída em detenção, na forma do que previa o art. 51 do Código Penal. No entanto, com o advento da Lei n.º 9.268 de 1996, deu uma nova redação ao art. 51, *caput*, e ocorrendo a revogação dos parágrafos 1º e 2º e assim, também revogando o art. 182 da Lei de Execução Penal, de modo que no sistema penal brasileiro não existe mais a possibilidade da conversão da pena de multa em detenção.

5.2.1.9 Da Conversão da Pena em Medida de Segurança

Conforme estabelece o art. 183 da Lei de Execução Penal, redação dada pela Lei n.º 12.313 de 2010: “Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.”

Neste aspecto, necessário se faz a distinção de duas hipóteses, quais sejam: No caso em que o condenado sofrer de doença mental, não se tratando de uma enfermidade permanente, deverá ser aplicado o disposto no art. 41 do Código Penal, assim, o condenado é transferido para o hospital de custódia e tratamento psíquico pelo tempo suficiente para que seja curado, de modo que, o período em que esteja afastado do presídio também seja

considerado como cumprimento de pena (NUCCI, 2018). Nesta hipótese, não se trata de conversão da pena em medida de segurança, mas apenas uma providência a ser tomada para cuidar da doença do condenado, visto que, apresentando melhora em seu quadro, voltará ao cumprimento de sua pena no presídio de onde saiu.

Na hipótese em que a doença mental tenha natureza duradoura, a transferência do condenado não será de caráter transitório, mas, sim, definitivo. De forma que, caberá ao juiz converter a pena em medida de segurança, aplicando-se o estabelecido no art. 183 da Lei de Execução Penal.

O autor Guilherme de Souza Cunha (2018) leciona que no que diz respeito a duração da medida de segurança nos casos de doença mental de caráter permanente, há quatro correntes que discutem a respeito do assunto:

A primeira corrente diz que a medida de segurança tem duração indefinida, em conformidade com o art. 97, §1º do Código Penal;

A segunda corrente dispõe que a duração da medida de segurança tem a mesma duração da pena privativa de liberdade originalmente aplicada. De modo que o condenado cumpre internado, o restante da pena aplicada;

A terceira corrente acredita que a medida de segurança tenha a duração máxima de trinta anos, limite igualmente fixado para a pena privativa de liberdade, conforme disposto no art. 75 do Código Penal;

A quarta corrente dispõe que a medida de segurança tem a duração máxima em abstrato entevisto como pena para o crime que originou à medida de segurança.

O Superior Tribunal de Justiça (HC 12.957) adotou o entendimento de que, estando decidido que a medida de segurança detentiva aplicada nos termos do art. 183 da Lei de Execução Penal não poderá ter duração maior ao tempo restante da pena, sem prejudicar, afinal, o que recomenda a providência estabelecida no art. 682, §2º do Código de Processo Penal de que se a internação se prolongar até o fim do prazo restante da pena, o condenado terá o destino orientado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes, sujeitando-se à internação de caráter civil (CUNHA, 2017).

6 RECONVERSÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM PENA

Afastando-se qualquer tipo de evasão, no caso em que o condenado tenha melhora da sua enfermidade, após a substituição de sua pena em medida de segurança, deve retornar ao

cumprimento da pena privativa de liberdade, ocorrendo, assim, a reconversão. Outra solução aludiria abuso (NUCCI, 2018).

Guilherme de Souza Cunha (2018) dispõe que no caso em que a pena for convertida em medida de segurança de modo indefinido, ultrapassando até mesmo o teto originalmente fixado como sanção penal pelo Poder Estatal, estaria diante de uma situação prejudicial ao condenado, visto que a imputabilidade deve ser averiguada no momento do delito.

Caso a pena fosse convertida em medida de segurança, no entanto, pouco tempo depois, fosse verificado a melhora do sentenciado, caso lograsse a sua liberdade, seriam muitas as circunstâncias injustificadas (NUCCI, 2018).

O mesmo ocorre no tratamento ambulatorial que poderá ocorrer a conversão em internação, se o indivíduo se demonstrar incompatível com a medida, de acordo com o art. 184, da Lei de Execução Penal. Neste caso, o prazo mínimo de internação será de um ano, conforme o parágrafo único da mencionada lei.

Assim, está igualmente estabelecido no art. 97, §4º do Código Penal brasileiro, visto que o objetivo é buscar a cura do paciente, sendo pouco importante se o indivíduo esteja internado ou em liberdade (NUCCI, 2018).

Assim, não havendo a compatibilidade entre o tratamento ambulatorial e o fim da medida de segurança, em qualquer fase do tratamento ambulatorial, o Juiz poderá determinar a internação do indivíduo, se essa for a providência necessária para os fins curativos (CUNHA, 2017).

Deste modo, assinala-se que, não se trata de regressão, visto que seria (medida punitiva), mas sim curativa.

7 DO EXCESSO OU DESVIO DE EXECUÇÃO

Conforme dispõe o art. 185 da Lei de Execução Penal: “haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

Embora muitos doutrinadores tratem o excesso e o desvio de execução de forma única, os dois incidentes não podem ser confundidos.

Ocorrerá o excesso sempre que na execução da pena ou da medida de segurança restar constatado algo que ultrapasse ao que foi decidido na sentença ou no acórdão submetido à execução, de modo que o excesso sempre será prejudicial ao executado.

Assim, de acordo Haroldo Caetano da Silva (2002) haverá o excesso quando o sentenciado for submetido a tratamento mais rígido do que o determinado na sentença ou estabelecido pela lei.

Por mais, o excesso é quantitativo no tocante ao título que está sendo executado, pois ultrapassa aquilo que deveria (MARCÃO, 2019).

Já o desvio é a modificação do curso normal da execução. Diferencia-se do excesso no modo em que “se revela favorável qualitativamente ao executado” (MARCÃO, 2019), enquanto que o excesso sempre será danoso ao condenado.

Assim, ocorre o excesso quando, por exemplo, a autoridade administrativa ultrapassar, de modo quantitativo, a punição, fazendo com que o condenado cumpra uma sanção administrativa além do limite estabelecido na lei, ao passo que ocorrerá o desvio quando a punição se afastar dos parâmetros legalmente estabelecidos, como por exemplo, manter o condenado em um determinado regime quando já faz jus a outro regime (CUNHA, 2017).

Um outro ponto que merece destaque é que, o excesso só acontece com a violação de direitos do condenado, enquanto que no desvio pode ser que o sentenciado seja beneficiado. Como por exemplo, ocorre o desvio quando se concede a permissão de saída em situações não previstas ou quando não se instaura o procedimento disciplinar após a prática de falta.

Nos termos do art. 186 da Lei de Execução Penal, serão legitimados para provocar o incidente de excesso ou desvio de execução: o Ministério Público (MP), o Conselho Penitenciário, o sentenciado e os demais órgãos da execução penal, inclusive a Defensoria Pública, por decorrência lógica e natural da exaltação do princípio da ampla defesa na execução penal.

Por fim, compreendem-se por órgãos da execução penal o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o próprio magistrado, agindo *ex officio*, o Conselho da Comunidade, o Departamento Penitenciário e o Patronato.

8 DA ANISTIA E DO INDULTO

São manifestações da soberania do Estado a anistia, a graça e o indulto, e por essa razão, são institutos compreendidos como indulgência soberana.

Apesar do art. 107, II, do Código Penal estabelecer a anistia, a graça e o indulto como causas de extinção da punibilidade do agente, a Lei de Execução Penal, n.º 7.210/1984, que foi promulgada no mesmo dia que a Parte Geral do Código Penal, n.º 7.209/1984, aponta

apenas à anistia e o indulto, como é possível conferir na análise dos artigos 187 a 193 do Código Penal.

Entretanto, embora a Lei de Execução Penal não mencione expressamente a graça, está inserida no capítulo pois é intitulada como indulto de caráter individual.

Assim, conforme Renato Marcão (2019) a solução para tamanho alvoroço legislativo é encontrado na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal em seu item 172, onde se lê que:

As disposições em torno da anistia e do indulto (artigo 186 e seguintes) aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo. A Constituição Federal, aliás, não se refere à graça, mas somente à anistia e ao indulto (artigo 8º, XVI; 43, VIII; 57, VI; 81, XXII). Em sentido amplo, a graça abrangeria tanto a anistia como o indulto.

Em suma, serão observados no que incide cada um dos institutos, advertindo que também são cabíveis em crimes de ação penal privada, circunstâncias em que se transfere para o particular somente o direito de perseguir a punição. Por consequência, a titularidade do direito punitivo permanece do Estado.

No instituto da anistia o Estado, por intermédio da lei penal, devidamente discutida no Congresso Nacional e sancionada pelo poder executivo federal, por motivos de clemência, política social, dentre outros fatores, esquece um fato criminoso, deletando seus efeitos penais principais e secundários, no entanto, os efeitos extrapenais, são permanecidos, podendo por exemplo, a sentença condenatória definitiva ser executada no juízo civil (CUNHA, 2017). Assim, não atingindo os efeitos extrapenais da conduta praticada, mesmo após a sua concessão, podem existir, por exemplo, a obrigação de reparar o dano (MARCÃO, 2019).

Assim, como ato de soberania do Estado, a anistia é um ato político com embasamento na Constituição Federal de 1988, inserida no rol de competências exclusivas da União no art. 21, XVII. E, conforme estabelecido no art. 48, VIII da Constituição Federal, a concessão da anistia é atribuída ao Congresso Nacional.

Logo, a graça e o indulto, aqui tratados em conjunto ponderando as várias semelhanças entre os institutos, são conferidos pelo Presidente da República, por decreto presidencial, conforme disposição do art. 84, XII da Constituição Federal de 1988, podendo ser delegada aos Ministros de Estado, Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União.

Os institutos atingem somente os efeitos executórios penais da condenação, permanecendo o crime, a condenação irrecorrível e os efeitos secundários penais e extrapenais (CUNHA, 2017).

8.1 Da anistia, graça e indulto nos crimes hediondos e equiparados

A Lei n.º 8.072/1990, em seu inciso I estabelece que os crimes compreendidos como hediondos e equiparados são insuscetíveis aos institutos da anistia, da graça e do indulto. Entretanto, a Constituição Federal é menos restritiva quanto a este assunto, visto que, em seu inciso XLIII do art. 5º, impede apenas a concessão de anistia e graça, nada aludindo a respeito da proibição do indulto.

Diante desse cenário, Rogério Sanches Cunha (2017) leciona que existem correntes que discutem e questionam a respeito da ampliação feita pelo legislador ordinário ser constitucional ou não.

Uma primeira corrente afirma ser impossível a ampliação. Compreendendo que se as causas que extinguem a punibilidade vedadas no texto da Constituição Federal são duas, não poderia a lei infraconstitucional estabelecer uma terceira limitação. Observando-se, ainda que a concessão do indulto está inserida entre as atribuições privativas do Presidente da República, não cabendo ao legislador ordinário limitá-lo do exercício dessa atribuição.

Contrariamente a esta corrente, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu o entendimento no sentido de ser o instituto do indulto uma espécie do poder de graça do Presidente da República, e, desta forma, atingido pela vedação constitucional.

No que diz respeito ao Supremo Tribunal Federal entender no sentido da ampliação da aplicação da proibição constitucional, até mesmo para os crimes cometidos antes da vigência da Lei n.º 8.072/90, não é a posição que prevalece atualmente na Corte, mas sim a da irretroatividade da lei mais gravosa (CUNHA, 2017).

Ademais, nos preceitos do art. 187 da Lei de Execução Penal: “concedida a anistia, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade”.

De acordo com o doutrinador Rogério Sanches Cunha (2017), a anistia pode ser: própria, quando é concedida antes da condenação do agente; imprópria, quando concedida depois da condenação do agente. Irrestrita quando alcança indeterminadamente a todos os criminosos; restrita quando atinge determinados criminosos, sendo exigido certas condições individuais do agente para que se obtenha o benefício, como por exemplo, ser o agente réu

primário. Incondicionada quando a lei não impõe nenhum requisito para a concessão do benefício; condicionada quando a lei impõe requisitos para a concessão do benefício, como por exemplo, o ressarcimento do dano. E finalmente, a anistia é comum quando incide sobre os crimes comuns e especial quando se aplica aos crimes políticos.

No caso da anistia condicionada, isto é, quando a lei impõe determinados requisitos para a sua concessão, a declaração de extinção da punibilidade do agente só pode acontecer após consulta aos interessados. A não aceitação do benefício impede, no tocante ao seu agente, a extinção do direito de punir do Estado (CUNHA, 2017).

Importante frisar que, uma vez concedida a anistia, isto é, a renúncia do Estado do seu poder punitivo, não pode uma lei superveniente impedir os efeitos extintivos da punibilidade da anistia, devendo ser respeitada a garantia constitucional da proibição da retroatividade desfavorável.

Conforme o art. 188 da Lei de Execução Penal estabelece que: “o indulto individual poderá ser provocado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa”.

Assim, o indulto individual é o perdão concedido pelo Presidente da República, por meio de decreto, direcionado especificamente a um condenado, levando-se em consideração, seu mérito incomum no cumprimento da pena, como por exemplo, um ato de bravura ou heroísmo, mas também por questões humanitária, como por exemplo, um indivíduo que esteja gravemente doente ou à beira da morte.

O instituto da graça, ou seja, o indulto individual, e o indulto coletivo podem ser: pleno, quando extingue completamente a pena ou parcial, quando concede apenas redução da pena ou sua comutação. Incondicionado, quando a lei não impõe requisito para a concessão deste benefício ou condicionado quando a lei impõe requisitos para a concessão deste benefício (CUNHA, 2017).

A graça (indulto individual) possui previsão nos artigos 188 e 192 da Lei de Execução Penal, enquanto que o indulto coletivo está previsto no art. 193 da lei.

8.2 Dos Crimes Hediondos e Equiparados e o Indulto Humanitário

O Indulto compreendido como humanitário conferidos aos agentes que cometeram crimes hediondos e equiparados são concedidos por motivos de grave deficiência física ou em razão de debilitado estado de saúde do indivíduo.

Vale-se o entendimento de que a mencionada causa extintiva da punibilidade pode ser atribuída até mesmo para os condenados por delitos hediondos ou assemelhados, nestas hipóteses não seria aplicável a vedação do art. 2º, inciso I da Lei n.º 8.072/1990. E, por força do princípio da humanidade os condenados por crimes de especial gravidade também possuem o direito de sofrer o seu estado doentio em placidez ou de aprontar-se para a morte com dignidade, de maneira especial nas conjecturas em que os procedimentos médicos não possam ser proporcionados no próprio estabelecimento penal.

9 CONCLUSÃO

Consoante demonstrado nos capítulos do presente artigo científico, no curso do processo, poderão ser apreciados e julgados os incidentes da execução que recaem sobre a fase de execução da pena, sendo estes: a conversão das penas, o excesso ou o desvio de execução e anistia ou indulto. Não sendo esse rol exaustivo, é cabível a ocorrência de outros incidentes.

Ademais, foi observado que no curso do presente trabalho que no que tange a pena privativa de liberdade não superior a dois anos poderá ser convertida em restritiva de direitos nos termos do art. 180 da Lei de Execução Penal (LEP).

Conforme o art. 44, §4º do Código Penal, a pena restritiva de direitos pode ser convertida em pena privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta.

No que diz respeito a pena de multa, por força do advento da Lei n.º 9.714/1998, não poderá mais ser convertida em pena privativa de liberdade.

Não obstante, p excesso ou desvio de execução ocorre quando algum ato praticado em relação ao condenado ultrapassar os limites da pena fixada na sentença. Embora muitos doutrinadores tratem o excesso e o desvio de execução de forma única, os dois incidentes não podem ser confundidos. De modo que, ocorrerá o excesso quando o sentenciado for submetido a tratamento mais rígido do que o determinado na sentença ou estabelecido pela lei. Já o desvio é a modificação do curso normal da execução e diferencia-se do excesso no modo em que se revela favorável qualitativamente ao executado, enquanto que o excesso sempre será danoso ao condenado.

Os incidentes de excesso ou desvio podem ser suscitados pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário, pelo próprio sentenciado ou por qualquer dos demais órgãos a execução penal, conforme mencionado no art. 185 e 186 da Lei de Execução Penal.

Quanto ao instituto da anistia, o juiz da execução, de ofício, a requerimento de qualquer um dos interessados, inclusive do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade da administração penitenciária, declarará extinta a punibilidade, conforme o art. 187 da Lei de Execução Penal.

Importante assinalar que, uma vez concedida tal instituto, não poderá uma lei superveniente impedir os efeitos extintivos da punibilidade da anistia.

A respeito do indulto, este pode ser provocado pelos mesmos interessados e, uma vez concedido pelo Presidente da República, caberá ao juiz declarar extinta a punibilidade do sentenciado ou em caso de comutação ajustar a pena. E, sendo o indulto coletivo, o juiz procederá da mesma forma, nos termos do decreto do Presidente da República.

A graça (indulto individual) possui previsão nos artigos 188 e 192 da Lei de Execução Penal, enquanto que o indulto coletivo está previsto no art. 193 da lei.

A respeito dos crimes hediondos e equiparados, a Lei n.º 8.072/1990, em seu inciso I estabeleceu que os crimes hediondos e equiparados são insuscetíveis aos institutos da anistia, da graça e do indulto. No entanto, a Constituição Federal foi menos restritiva, visto que, no inciso XLIII do art. 5º, impede apenas a concessão de anistia e graça, nada aludindo a respeito da proibição do indulto. E diante desse cenário, existem correntes que discutem e questionam a respeito da ampliação feita pelo legislador ordinário ser constitucional ou não. A primeira corrente afirma ser impossível a ampliação, por entender que se as causas que extingue a punibilidade do agente vedadas no texto constitucional são duas, não pode a lei infraconstitucional estabelecer uma terceira limitação. Já o STF entende de forma contrária a primeira corrente, entendendo no sentido de ser o instituto do indulto uma espécie do poder de graça do Presidente da República, e, desta forma, atingido pela vedação constitucional.

Quanto ao indulto humanitário é conferido à agentes que cometeram crimes hediondos e equiparados. São concedidos por motivos de grave deficiência física ou em razão de debilitado estado de saúde do indivíduo.

Pode-se afirmar que tais institutos, quando aplicados de forma correta, contribuem de forma relevante as políticas penitenciárias, no sentido de que contribuem significativamente para a reinserção dos indivíduos perante a sociedade, e de outro modo, reduz os custos da manutenção dos encarcerados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Charles Ferreira de. Estabelecimentos penais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55478>. Acesso em: 5 nov. 2020.

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

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. **Lei n° 9.268**, de 1° de abril de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19268.htm> Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei n° 12.433** de 29 de Junho de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12433.htm> Acesso em: 25 out. 2020.

_____. **Lei n° 7.210**, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm> Acesso em: 25 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal simplificado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CNJ. **Critérios para progressão de regime de penas**, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/criterio-de-juizes-para-pena-a-presos-em-regime-aberto-semi-aberto-e-fechado/>> Acesso em: 20 out. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de execução penal**, 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal: Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I, 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. **Execução Penal**, 14ª Ed. Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**, 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.