

VEDAÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME AOS INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

PROHIBITION OF REGIME PROGRESSION TO MEMBERS OF CRIMINAL ORGANIZATION

Carlos Eduardo Ferreira dos Santos

Mestrando em Política Criminal pela Universidad de Salamanca – Espanha.

Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia

Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG.

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Advogado.

eduardosantos39012@gmail.com

RESUMO

O estudo versa sobre as modificações advindas do acréscimo do § 9º ao art. 2º da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013. Em razão da nova redação conferida pela Lei 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 E CONVENCIONALIDADE.

ABSTRACT

The study deals with the modifications resulting from the addition of § 9 to art. 2º of law nº 12.850/2013. Due to the new wording provided by law nº 13.964/2019, regime progression, conditional release and other prisons benefits are forbidden to those convicted of belonging to a criminal organization or to those that committed crimes through a criminal organization which they still maintain an associative bond. 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 norms, as well as on doctrine and case law research. In the end, it appears that the new law is approaching the Pennsylvania's or cellular's penitentiary system; complies with the principle of individualization of punishment, being constitutional and compatible with the principle of conventionality of international norms, 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 AND CONVENTIONALITY.

Artigo recebido em 31/3/2020 e aprovado em 21/8/2020.

INTRODUÇÃO

O presente estudo 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 recentíssima Lei 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 sobretudo 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 13.964/2019 foi publicada em 24 de dezembro do ano passado 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 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 13.964/2019; distinguir os regimes de execução da pena (fechado, semiaberto ou aberto); identificar mudanças advindas em razão do § 9º acrescido ao art. 2º da Lei 12.850/2013, em decorrência da recente Lei 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 se proíbe 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 art. 5º, XLVI, da CF/88. 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.

1 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 ocupação (VON LISZT, 2006, p. 416-417).

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 por Clemente XI em Roma, no ano de 1704, destinada aos moços pervertidos, sendo executado o 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, tendo início 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*” (VON LISZT, 2006, p. 418).

Disso resulta que, desde o início do estabelecimento da pena privativa de liberdade como sanção derivada de ilícito penal, se buscou 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 da 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 adotado (CUELLO CALÓN, 1958).

Por sua vez, direito penitenciário refere-se ao conjunto de normas disciplinadoras da execução da pena e da modalidade da reação punitiva, ou seja, alude aos sujeitos da execução, aos organismos competentes, ao rito administrativo e à tutela dos direitos dos condenados (JIMENEZ DE ASÚA, 1950).

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 liberdade (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010).

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: o pensilvânico, o auburniano e o progressivo.

1.1 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 dia e a noite (VON LISZT, 2006). 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 silêncio (BITENCOURT, 2017, p. 91-92).

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 presos (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010). 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 pensilvânico” (BITENCOURT, 2008, p. 125). 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 (FONTAN BALESTRA, 1998).

1.2 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 Auburn” (CUELLO CALÓN, 1958, p. 311-312). 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 sanções (VON LISZT, 2006).

Com a implantação desse sistema penitenciário, implantou-se o trabalho em comum realizado em oficinas, sendo que os reclusos executavam trabalhos próprios da indústria (FONTAN BALESTRA, 1998). 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 Unidos (CUELLO CALÓN, 1958, p. 312-313).

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 noturno (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010).

1.3 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 recompensado e, após certo tempo, era concedida a liberdade condicional (FONTAN BALESTRA, 1998).

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 preso (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010).

Nesse sistema existem quatro períodos. 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 destacavam na atividade laborativa eram premiados e, ao passar de uma classe para outra, recebiam maior remuneração e outras vantagens. A terceira etapa consistia 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 recebia o benefício do livramento condicional se tivesse desempenhado um bom trabalho e ostentasse um bom comportamento (FONTAN BALESTRA, 1998).

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 condicional (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2010).

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.

1.4 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 penas (FONTAN BALESTRA, 1998).

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 art. 33, § 1º, “a”, “b” e “c”, do Código Penal. O sistema progressivo é o adotado de modo geral, conforme o § 2º do art. 33 do Código Penal brasileiro. Igualmente, o *caput* do art. 112 da Lei de Execução Penal estabelece: “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 13.964/2019).

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.

2 MUDANÇAS ADVINDAS DO § 9º DO ART. 2º DA LEI 12.850/2013

O art. 14 da Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) acrescentou dois parágrafos à Lei 12.850/2013, que trata sobre organização criminosa. O objeto do presente estudo se concentrará na inclusão do § 9º ao art. 2º da Lei 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 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 (BRASIL, 2013a).

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 a 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 criminal (JESCHECK, 1993).

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 delitos (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2012, p. 186).

Tal perspectiva pode ser dialogada com a teoria preventiva especial da pena, tendo por escopo promover a desistência do autor da prática de futuros crimes (ROXIN, 1997). Vale dizer, objetiva im-

pedir 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” (WELZEL, 1956, p. 239).

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 (crime de organização criminosa, crime de colarinho branco, lavagem de dinheiro, corrupção, tráfico de drogas, tráfico de armas, crime contra a incolumidade pública).

Com efeito, as medidas mais rigorosas impostas aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo são necessárias, uma vez que 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) (BITENCOURT, 2017, p. 97, grifo do autor).

Portanto, a previsão contida no art. 2º, § 9º, da Lei 12.850/2013 oriunda da Lei 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 penal (KAISER, 1988).

2.1 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 13.964/2019), o tempo mínimo de cumprimento da pena para a progressão de regime era de 1/6 para

os delitos em geral (art. 112 da Lei 7.210/1984). Agora, com a 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:

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:

[...]

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

[...]

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; (BRASIL, 1984).

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 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 art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei 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, é 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 do art. 112 da Lei 7.210/1984 possui os seguintes termos: “§ 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**” (grifo nosso).

Com efeito, considerando a parte final do dispositivo supramencionado juntamente com o § 9º do art. 2º da Lei 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 (BRASIL, 2013a).

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 da liberdade.

2.2 REQUISITOS PARA OBTENÇÃO DE SAÍDA TEMPORÁRIA, LIVRAMENTO CONDICIONAL, ANISTIA, GRAÇA, INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENAS (OUTROS BENEFÍCIOS PENAIIS)

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 a 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, comumente 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 7.210/1984). O período máximo de concessão desse benefício é de 35 dias por ano (art. 124 da Lei 7.210/1984), devendo, ainda, ser concedida mediante autorização motivada do juiz). Com a alteração decorrente da Lei 13.964/2019, não será concedido o benefício ao condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte (art. 122, § 2º, Lei 7.210/1984).

Posto isso, o juiz pode conceder **livramento condicional** a condenados à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos se atendidos os pressupostos, entre 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 art. 83 do Código Penal. Entrementes, com a alteração decorrente da Lei 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 12.850/2013).

Registre-se que, durante o tempo de liberdade concedido pelo livramento condicional, se o preso não cometer fato que enseja a revogação do benefício, terá a punibilidade extinta (art. 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 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 a comutação – art. 739 do Código de Processo Penal. Cabe ao presidente da República comutar penas – art. 84, XII, da CF/88 (BITENCOURT, 2008).

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 art. 2º da Lei 12.850/2013, acrescido pelo art. 14 da Lei 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 dissociação 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 (a anistia, a graça, o indulto); ou que a reduzam, a exemplo da comutação. Ao contrário, deve-se estimular pedagogicamente a progressão de regime ao condenado que tenha modificado seu comportamento, que tenha evoluído moralmente e que se tenha ressocializado. Agora, cabe identificar o conceito de “organização criminosa” do qual faz menção a nova lei.

2.3 CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Na concepção do direito internacional, o art. 2º, alínea “a”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional 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 Congresso Nacional ratificou a referida convenção por meio do Decreto Legislativo 231, em 29 de maio de 2003, e o presidente da República editou o Decreto 5.015, em 12 de março de 2004 (BRASIL, 2003, 2004).

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 Estado*” (JIMENEZ DE ASÚA, 1958, p. 94). 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 (BRASIL, 2013b).

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

A associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, 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” (REGIS PRADO, 2016, p. 552).

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 internamente (BALTAZAR, 2014, p. 1.267).

3 CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME ANTE O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

No que concerne ao exame de constitucionalidade, com o acréscimo do § 9º ao art. 2º da Lei 12.850/2013, promovido pelo art. 14 da Lei 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. Sobre tal modificação poder-se-ia questionar eventual afronta ao princípio da individualização da pena constante no art. 5º, XLVI, da CF/88.

Para responder a tal indagação, registre-se inicialmente que o princípio constitucional da individualização da pena foi estampado na Constituição de 1946 em seu art. 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 pena (MAXIMILIANO, 1948, p. 160).

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. “Assim reclama que a pena seja ajustada, graduada, segundo essa responsabilidade. Tal graduação é exatamente a individualização da pena” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 59). 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 judicialmente (MIR PUIG, 2006).

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 penal”. Ao contrário, o legislador tem previsto frequentemente ‘grupos valorativos especiais’ em razão de ‘casos especialmente graves’ ou ‘menos graves’ (JESCHECK, 1993, p. 786). 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 apropriado (CUELLO CALÓN, 1958, p. 35-46).

No mesmo sentido, Günter Kaiser preleciona que a resposta criminal se correlaciona 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 delinque”. Assim, a problemática consiste em identificar “qual sanção se aplica e pode aplicar-se, contra qual delinquente e com que efeito” (KAISER, 1988, p. 166-167). Conseqüentemente, 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” (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 2012, p. 181 e 191).

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 até mesmo

de agravamento sancionatório em razão da natureza do crime e da 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 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 STF 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 (BRASIL, 2006).

Ora, conforme trecho da transcrição acima, é inconstitucional a imposição exclusiva de regime fechado como forma de cumprimento de pena. Entrementes, o que o § 9º do art. 2º da Lei 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 disposto 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 art. 5º, XLVI, da CF/88, 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 CF/88 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 delito (MUÑOZ CONDE, 2010). 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 infrator” (NOVELINO, 2019, p. 448), isto é, a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa 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 art. 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” (BRASIL, 1940).

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 bem como com 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 mudança de regime – progressão –, tampouco abreviar o tempo de cumprimento da pena – livramento condicional, graça, anistia, indulto, comutação –, mas exigí-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 art. 2º da Lei 12.850/2013 é constitucional.

4 CONVENCIONALIDADE DA LEI DIANTE DAS 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” (MAZZUOLI, 2009, p. 114). 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 constitucionalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 114-115).

Assim, o controle de convencionalidade consiste na verificação de compatibilidade das normas de direito interno – normas nacionais – com as normas internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2011).

Desse modo, é relevante identificar se a vedação de progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo conforme § 9º do art. 2º da Lei 12.850/2013 viola norma internacional de direitos humanos. Assim, 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 interno (MAZZUOLI, 2017, p. 208).

Considerando a especificidade da matéria, para a realização do controle de convencionalidade faz-se necessário consultar norma internacional específica sobre tratamento de presos, bem como norma internacional que disponha acerca da caracterização de tortura. Além disso, deve-se atentar que, na interpretação dos direitos humanos, os conceitos e os 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 humanos (RAMOS, 2012, p. 87).

Por conseguinte, como forma de verificar a compatibilidade do § 9º do art. 2º da Lei 12.850/2013, impõe-se confrontá-lo com o art. 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” (BRASIL, 1992).

Posto isso, os vocábulos “tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante” previstos no art. 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 Reclusos, 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 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** (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, p. 3, grifo nosso).

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 liberdade (SILVA, 2005). 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 art. 2º da Lei 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 sofrimento” (SILVA, 2005, p. 1.411). 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 com os 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 art. 1º da Parte 1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991, estabelece que não serão considerados 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; 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** (BRASIL, 1991, grifo nosso).

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.

tima decorrente da privação de liberdade imposta mediante prévia decisão jurisdicional. Haja vista a oposição do apenado em se ressoacializar, 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, tal vedação 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 art. 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 art. 1º, item 1, da Convenção sobre Tortura –, é compatível com os direitos humanos a disposição contida no § 9º do art. 2º da Lei 12.850/2013, que veda a progressão de regime aos integrantes de organização criminosa com a qual ainda mantenham vínculo associativo.

CONCLUSÃO

O presente estudo analisou as modificações advindas do § 9º do art. 2º da Lei 12.850/2013, haja vista o art. 14 da Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), bem como apreciou os modelos de sistemas penitenciários e os tipos de regime de cumprimento da pena.

A modificação trazida pelo § 9º do art. 2º da Lei 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 art. 2º da Lei 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 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 aos 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 CF/88 atribui ao poder legiferante estabelecer preceitos sobre a individualização da pena (art. 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 art. 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. p. 1.267.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 91-92.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 125; 722-723.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Legislativo n. 231, de 2003. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de dezembro de 2000. **Diário da Câmara dos Deputados**. Brasília, DF, 30 maio 2003. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreleg/2003/decretolegislativo-231-29-maio-2003-496863-norma-pl.html>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.
- BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 18 ago. 2020.
- BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.
- BRASIL. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 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 n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras pro-

vidências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 31 mar. 2020.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Habeas Corpus n. 82.959/SP. PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. [...]. Relator: ministro Marco Aurélio, 23 fev. 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 1 set. 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7931/false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. STF. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). Habeas Corpus n. 96.007. TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI N. 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei n. 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. Relator: ministro Marco Aurélio, 12 de junho de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 7 fev. 2013b. 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. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1958. Tomo I. p. 35-46; 266; 311-313.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988: Arts. 1º a 103**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 59.

FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal: Introducción y Parte General**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 545; 570-572.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y a la Política Criminal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012. p. 181-191.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 4. ed. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 3-7; 786.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. p. 94.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950. Tomo I, p. 51.

KAISER, Günter. **Introducción a la Criminología**. Traducción de José Arturo Rodríguez Núñez. 7. ed. Madrid: Editorial Dykinson, 1988. p. 166-167; 223-231.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 208.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009, p. 113-139. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 31 mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 565.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006. p. 720-722.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal: Parte General**. 8. ed. Valência: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 532; 555-556.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 448.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87.

REGIS PRADO, Luiz. **Direito Penal Econômico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 552.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tradução de Diego Manuel Luzón *et al.* Madrid: Civitas, 1997. Tomo I, p. 85.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 454 e 1.411.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes - UNODC. **Resolução 70/175, de 17 de dezembro de 2015 (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos - Regras de Nelson Mandela)**. [S.l.], 2015. 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**. Obra fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2006. v. I. p. 416-418. (Coleção História do Direito Brasileiro, v. 9). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496219>. Acesso em: 31 mar. 2020.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p. 239.