

HELOÁ MAGRINI BUZATO

EXECUÇÃO PENAL: PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
COGEAE
2012

HELOÁ MAGRINI BUZATO

R.A 00069464

EXECUÇÃO PENAL: PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME

Monografia apresentada para obtenção do título de especialista no curso de Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
SÃO PAULO
COGEAE
2012

AGRADECIMENTOS

Nessa oportunidade, quero expressar meus profundos agradecimentos, com toda sinceridade e carinho, ao Professor Doutor Cláudio José Langroiva Pereira, exemplo de dedicação à carreira jurídica e acadêmica, que no processo de construção do presente trabalho, esteve sempre disposto a orientar de forma muitíssimo competente e cuidadosa.

À Doutora Fabíola Sucasas Negrão, membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, que atuou durante vários anos nos processos de execução penal, pelo estímulo e apoio a mim dispensados durante os três anos de estágio desenvolvidos na instituição, que não se preocupou em apenas ensinar o direito, mas sobretudo a vida.

Finalmente, a todo o corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que contribuiu sobremaneira para a minha formação acadêmica e pessoal.

Aos meus pais Simone e Divanir, pela incansável luta e infinito amor a mim dispensado. Que eu não os decepcione.

À minha avó Helena (in memorian), pelo eterno exemplo de vida.

Ao Bruno, tão querido, assíduo incentivador das minhas ainda humildes conquistas.

"Minha honra é minha vida. Uma e outra se completam. Tire minha honra e minha vida se esvai." (Shakespeare)

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade abranger assuntos de grande relevância na atualidade, a progressão e a regressão de regime, que ocorrem na fase executória da pena. O principal objetivo desse estudo é demonstrar que diversas questões ligadas aos referidos temas dividem opiniões, e a eficácia de tais regulamentações, por vezes, está condicionada à realidade do sistema carcerário brasileiro. A Lei de Execução Penal, Lei nº. 7.210/84 não trouxe, em seus dispositivos, todas as respostas da problemática que cerca o assunto. Discorreremos sobre cada um dos regimes de cumprimento de pena, apontando suas características e refletindo sobre os institutos da progressão e da regressão, quando tais regimes serão experimentados pela primeira vez ou tentados novamente, com obediência a uma série de requisitos. Com isso, procuraremos identificar quais os efeitos gerados com a ocorrência de tais incidentes, salientando a importância e o real sentido da progressão e da regressão, cujos resultados transbordam o sistema carcerário e atingem a humanidade, ainda que não se tenha a pretensão de, neste trabalho, esgotar-se o assunto.

Palavras-chave: progressão de regime, regressão de regime, execução penal, eficácia, regimes de cumprimento de pena, sistema carcerário.

ABSTRACT

This study aims to cover issues of great importance nowadays, the progression and regression of regime, which occur in the executor stage of the penalty. The main objective of this study is to show that many questions about the referred themes divide opinions, and the efficacy of those regulations, sometimes, is conditioned to the reality of the prison system. The criminal execution law (Lei de Execução Penal), Law nº 7.210/84, did not bring in its rules all the answers to the problematic that involves the subject. It will talk about each one of the regimes of completion of penalty, showing their features and reflecting about the progression and regression institutes, when these rules will be experimented for the first time or retried, according to a series of requisites. With that, this study will identify which are the effects generated with the occurrence of that incidents, stressing the importance of the real meaning of the progression and regression, which results overflows the prison system and reach the humanity, although it has not the intention, in this work, to run out the matter.

Keywords: progression of regime, regression of regime, criminal execution, efficacy, regimes of completion of penalty, prison system.

EXECUÇÃO PENAL: PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1 Constituição Federal e Sistema de Penas.....	12
1.1 Dignidade humana e individualização da pena.....	12
1.2 Espécies de penas e sua previsão constitucional.....	15
2 A Execução Penal.....	22
2.1 Conceito e objeto da execução penal.....	22
2.2 Natureza jurídica.....	25
2.3 Juízo da Execução.....	26
2.4 Atuação do Ministério Público.....	27
3 A pena privativa de liberdade e seu sistema de cumprimento.....	30
3.1 Origem histórica da pena privativa de liberdade.....	30
3.2 Pena privativa de liberdade e regimes de cumprimento.....	32
3.3 Requisitos e características do regime fechado.....	33
3.4 Requisitos e características do regime semiaberto.....	36
3.5 Requisitos, características e condições do regime aberto.....	37
3.6 Regime disciplinar diferenciado.....	40
4 Sistema da execução da pena privativa de liberdade.....	43
4.1 Sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade.....	43
4.2 Requisitos objetivos para a progressão.....	44
4.3 Requisitos subjetivos para a progressão.....	46
4.4 Progressão gradativa e progressão por saltos.....	48
4.5 Progressão nos crimes hediondos.....	51
4.6 Regressão de regime.....	56
4.6.1 Prática de fato definido como crime doloso.....	58
4.6.2 Falta grave.....	60
4.6.3 Condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.....	62
4.6.4 Frustrar os fins da execução.....	63
4.6.5 Não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.....	63
4.7 Regressão cautelar.....	64

4.8	Regressão na prisão preventiva.....	66
5	A execução provisória da pena e as decisões dos Tribunais Superiores.....	68
	Conclusão.....	73
	Referências bibliográficas.....	76
	Anexos.....	77

INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar sobre os institutos da progressão e regressão de regime, com base principalmente na Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, temas atuais que envolvem questões várias como veremos adiante, ainda que não se tenha a pretensão de, neste estudo, esgotar-se tais assuntos.

Esses institutos permitiram que o sentenciado, segundo seu mérito ou demérito, além do requisito objetivo no caso da progressão, progrida ou retroceda no processo de cumprimento de pena e alcance da liberdade.

Analisaremos os principais aspectos da Lei de Execução Penal, demonstrando os problemas e controversas existentes em alguns assuntos que circundam os institutos da progressão e regressão de regime.

Inicialmente, analisaremos a pena sob o prisma constitucional, os importantes princípios da dignidade humana e individualização da pena, elencando as garantias do réu e as espécies de penas previstas na Carta Maior.

No capítulo posterior, falaremos em linhas gerais sobre o processo de execução penal e a Lei n. 7.210/84 que o regulamentou.

Analisar-se-á, ainda neste capítulo, o conceito e objeto, natureza jurídica, além da atuação do juízo e do ministério público nesse processo.

O seguinte capítulo tratará da pena privativa de liberdade, podendo ser de reclusão, detenção e prisão simples, da origem histórica desse tipo de pena, e dos requisitos e características principais de cada um dos seus regimes de cumprimento, quais sejam, regime fechado, semiaberto e aberto, também o regime disciplinar diferenciado, em verdade uma sanção.

No quarto capítulo falaremos sobre o caráter progressivo da pena privativa de liberdade, sobre o requisito objetivo, lapso temporal, e subjetivo, mérito, necessários para o alcance de tal benefício.

Examinaremos as linhas doutrinárias e jurisprudenciais que defendem a progressão gradativa e a progressão por saltos, suas fundamentações e embasamentos, e analisaremos a

alteração que a Lei 11.464/07 trouxe à Lei 8.072/90, permitindo a progressão para condenados por crimes hediondos e equiparados, contudo com lapso temporal diverso.

Discutiremos também nesse capítulo as causas de regressão de regime que fazem com que o sentenciado retorne a regime mais gravoso e examinaremos uma a uma as faltas graves; além disso, analisaremos a regressão cautelar, que susta provisoriamente o regime no qual o sentenciado cumpre pena até a conclusão do procedimento disciplinar instaurado para apuração da falta, bem como a regressão na prisão preventiva, mesmo ainda não havendo condenação.

Por fim, no último capítulo, trataremos da execução provisória da pena e das decisões referentes ao tema dos tribunais superiores, colacionando o entendimento passado e o entendimento presente, muito mais garantista.

Encerrando o trabalho, apresentaremos as conclusões sobre o tema ora tratado.

Destarte, desenvolveremos o presente estudo fundamentado em pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, buscando identificar, dentro da realidade do país, do nosso sistema carcerário e da necessidade da sociedade brasileira, quais são os efeitos decorrentes da progressão e regressão de regime.

CAPÍTULO I

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SISTEMA DE PENAS

1.1 Dignidade humana e individualização da pena

O princípio que estrutura um Estado Democrático de Direito é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sendo a dignidade humana um valor supremo, o maior deles, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos II, XLVII e XLIX, que deve ser obedecido incondicionalmente.

No direito penal brasileiro, referido princípio preceitua que uma sanção penal somente recairá sobre o indivíduo quando houver violação ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Da dignidade da pessoa humana decorrem outros importantes princípios norteadores do Direito Penal, como: princípio da intervenção mínima, princípio da ofensividade, princípio da proporcionalidade, princípio da insignificância ou da bagatela, entre outros.

A própria Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984, também observa o princípio da dignidade da pessoa humana e preceitua em seu artigo 40: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Aliás, toda a Lei de Execução Penal, em diversos momentos, prevê institutos norteados pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tais como a progressão de regime, o livramento condicional, a remição de penas, a graça e o indulto etc.

Além disso, primando pelo efetivo cumprimento do referido preceito constitucional, a Lei de Execução Penal veda a imposição de pena cruel, pena de morte – salvo em casos de guerra declarada-, prisão perpétua, cumprimento integral da pena em regime fechado, entre outros.

O princípio da dignidade da pessoa humana é pressuposto a ser observado na execução da pena tanto do preso provisório quanto do preso já condenado, que devem ter tratamento digno e humanitário, principalmente para que se cumpra o processo de ressocialização, que é, na verdade, a função principal da pena, e que voltem ao convívio social melhores do que quando entraram no sistema prisional.

Mas infelizmente, verdade é que no atual sistema prisional brasileiro os sentenciados, sendo condenados à pena de prisão, também são condenados a viverem amontoados em razão da super população dos presídios, com falta de higiene, passando fome e outras necessidades básicas, além de humilhações, o que caracteriza manifesta afronta aos preceitos constitucionais estabelecidos.

Entende-se que a prisão, nos tempos atuais, só deteriora o indivíduo.

Também dentre os princípios que se enquadram em “dignidade da pessoa humana” encontra-se o importante princípio da individualização da pena, que estudaremos a seguir.

O princípio da individualização da pena também é um princípio consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVI, que prevê:

Art. 5º, XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.”

A garantia da individualização da pena decorre justamente do princípio da dignidade da pessoa humana reconhecendo que todo ser humano tem dignidade e merece ser tratado como ser único que é.

Sobre o princípio da individualização da pena ensina Ney Moura Teles:

“O princípio da individualização da pena é uma garantia constitucional, devendo ser observado a fim de que cada indivíduo receba uma pena correspondente a suas necessidades, em face de seu comportamento, e que seja apenas e não mais do que o suficiente para a reprovação que se lhe faz, pelo que ele fez e para a prevenção do crime”.¹

¹ MOURA TELES, Ney Moura. **Direito Penal, parte geral: arts. 1ª a 120, Vol. 1.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 45.

A primeira intervenção do princípio da individualização da pena sobre um indivíduo ocorre quando o legislador seleciona quais bens têm mais relevância e serão tutelados pelo direito penal e, portanto, quais condutas atingirão esses bens. Nesse passo é que o legislador comina penas ao indivíduo que infringir certas normas, sejam mais graves se o bem resguardado for de maior valor, sejam mais leves se o bem resguardado for de menor valor, sejam mais graves se o crime for cometido a título de dolo ou mais leves se for cometido de forma culposa etc. Esta é a chamada fase da cominação das penas.²

Estabelecendo o nível de gravidade das infrações praticadas pelo agente o legislador fixa um grau mínimo e um grau máximo da pena, um intervalo dentro do qual a pena será aplicada.

O segundo momento em que a individualização é considerada é no momento da aplicação da pena, quando o magistrado deverá considerar o patamar mínimo e máximo que o legislador estabeleceu para fixar a pena ao caso concreto, isto é, deverá observar os preceitos legais.

Os critérios a serem adotados para a individualização da pena estão contidos nos textos dos artigos 59 e 68 do Código Penal e são fatores a serem observados pelo juiz não só na fixação da pena mas também durante o seu cumprimento, já que a execução da pena é dinâmica, e são eles: a culpabilidade, os antecedentes do agente, a conduta social, a personalidade do infrator, os motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima.

Como esclarecido, também deverá ser observada a individualização no momento da execução da pena, que não pode ser igual para todos os condenados.

O sistema de execução não pode ser padronizado, cada sentenciado deve, particularmente, ter as oportunidades e os subsídios necessários à sua ressocialização a depender de seu mérito, caráter, grau de arrependimento, perspectiva de crescimento psicológico etc.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVIII, estabelece que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Em observância ao preceito constitucional, o artigo 5º da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, também prevê: “Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

² MOURA TELES, 2006, p. 42.

Institutos que claramente homenageiam a individualização da pena são a progressão e a regressão de regime, objetos do presente trabalho, eis que são, em verdade, um prêmio e uma sanção que decorrem da conduta individual de cada preso, além disso, também o livramento condicional, a comutação de penas, a remição, as saídas temporárias, entre outros.

Na fase da execução da pena privativa de liberdade, não só o juiz mas também o diretor do presídio deve ser atentar à individualização na medida em que, mais de perto, poderá observar o comportamento de cada preso.

A execução da pena, do início ao fim, se pauta no princípio da individualização da pena.

1.2 Espécies de penas e sua previsão constitucional

O artigo 32 do Código Penal prevê as seguintes penas no nosso ordenamento jurídico: pena privativa de liberdade, penas restritivas de direito e pena de multa; estas são as principais e as quais estudaremos.

A legislação penal especial ainda prevê outros tipos de pena: a prisão simples, a pena de morte (para crimes militares em tempo de guerra), entre outras.

Referidas penas estão em consonância com os preceitos da Constituição Federal de 1988, que prevê, em seu artigo 5º, inciso XLVII, que não haverá penas de: morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e penas cruéis.

Veremos a partir de agora cada um dos principais tipos de pena.

A pena privativa de liberdade é a modalidade de pena que retira o condenado do convívio social, limitando seu direito de ir e vir em razão de prisão. Pode ser dividida em prisão perpétua e prisão temporária, sendo a primeira vedada pelo já mencionado inciso XLVII, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Ao julgar procedente a ação, o juiz, aplicando pena privativa de liberdade, por primeiro verificará a possibilidade da substituição desta pena em pena restritiva de direitos,

dentre as modalidades prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana, como preceitua o artigo 43 do Código Penal Brasileiro.

Para ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, o juiz deve então verificar o preenchimento de alguns requisitos, elencados posteriormente.

No caso do não preenchimento desses requisitos, o magistrado estabelecerá o cumprimento de pena privativa de liberdade, que poderá ser de reclusão ou de detenção, quando então determinará um regime inicial de cumprimento que poderá ser o regime fechado, semiaberto ou aberto e, em algumas situações, o regime disciplinar diferenciado, com observação do disposto no artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

Em relação às penas privativas de liberdade, Julio Fabbrini Mirabete tece os seguintes comentários:

O sistema de penas privativas de liberdade e seu fim constituem verdadeira contradição. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer.³

A pena privativa de liberdade será dividida em pena de reclusão, de detenção e prisão simples.

A pena de reclusão poderá ser cumprida em qualquer dos três regimes – fechado, semiaberto e aberto -, já a pena de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo no caso de regressão, quando o sentenciado será transferido a regime mais gravoso, conforme dispõe o artigo 33, do Código Penal que estudaremos a frente.

A pena de prisão simples é a pena aplicada somente às contravenções penais, nunca será cumprida no regime fechado, nem mesmo em virtude de regressão.

A pena de reclusão não admite fiança, já a de detenção admite; o rito processual das duas modalidades de pena privativa de liberdade também pode ser diferente, e as interceptações telefônicas somente podem ocorrer nos crimes puníveis com pena de reclusão, com fulcro no artigo 2º, III, Lei nº 9.296/96, Lei das Interceptações Telefônicas.

Sobre as penas restritivas de direitos, também chamadas de penas alternativas, são fórmulas que o legislador encontrou de substituir as penas privativas de liberdade e de não aprisionar o sentenciado.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 251.

Há forte tendência, atualmente, de que as penas restritivas de direitos sejam cada vez mais aplicadas nos casos de crimes menos graves e criminosos que não colocam em risco a sociedade. Nesse passo, a pena privativa de liberdade só seria aplicada a casos realmente necessários.

Sobre essa modalidade de pena, Julio Fabbrini Mirabete ainda argumenta:

Tem sido bastante combatida, afirmando-se ser ela instrumento degradante, destruidora da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral. Apontam-se na exposição de motivos da Lei 7.209 seus inconvenientes: o tipo de tratamento penal frequentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinquentes habituais e multirreincidentes; os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais; as consequências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.⁴

Como dito, o artigo 43 do Código Penal prevê quais são as espécies de pena privativa de liberdade: prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade e a entidades públicas; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Esse rol é exaustivo, portanto, não pode o juiz criar outra modalidade de pena restritiva.

Os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos são os previstos nos incisos I, II, III, IV, V e VI do artigo 44, do Código Penal, sendo eles:

- a) a pena privativa de liberdade a ser aplicada no caso concreto deve ser igual ou inferior a quatro anos. Contudo, tratando-se de crime culposos, poderá haver substituição mesmo que a pena privativa de liberdade seja superior ao limite legal;
- b) o crime deve ser cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. Porém, no caso de crime culposos cometido com violência, como ocorre, por exemplo, no crime de lesão corporal culposa, é possível a substituição da pena mesmo assim;
- c) não ser o réu reincidente em crime doloso;
- d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta ou a personalidade, e os motivos e circunstâncias do crime recomendarem a substituição.

⁴ MIRABETE, 2004, p. 248.

Falemos agora sobre cada uma das modalidades de pena restritiva de direitos anteriormente elencadas.

A pena de prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou, na sua falta, a seus dependentes, ou à entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, que não pode ser inferior a um salário mínimo, nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. A quantia será fixada pelo juiz a depender da capacidade econômica do condenado e da gravidade do prejuízo causado à vítima ou seus herdeiros.

Observa-se, entretanto, que a depender da aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode ser substituída por prestação de outra natureza, como por exemplo, distribuição de cestas básicas a entidades sociais.

Importante salientar, nessa oportunidade, que a pena de prestação pecuniária diferencia-se, e muito, da pena de multa. Vejamos.

A prestação pecuniária é pena restritiva de direitos, e a pena de multa é pena pecuniária propriamente dita.

Além disso, a prestação pecuniária, como esclarecido, é destinada à vítima do crime, seus herdeiros ou entidade social, não podendo ser inferior a um salário mínimo; já a pena de multa destina-se ao Fundo Pecuniário Nacional e é fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, que podem ser calculados entre um trigésimo do salário mínimo vigente até cinco vezes o valor do salário mínimo.

Ainda, o valor pago a título de prestação pecuniária será descontado havendo eventual condenação à reparação civil, se os beneficiários forem os mesmos; a multa, porém, não poderá ser deduzida.

A pena de perda de bens e valores é a que atinge bens móveis, imóveis ou de valores pertencentes ao condenado, é o confisco do patrimônio lícito do condenado em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

O valor dos bens/valores a serem retirados do sentenciado será de, no máximo, o montante do prejuízo causado à vítima ou o proveito obtido pelo agente ou por terceira pessoa, sempre o que for maior.

Na aplicação dessa pena deve-se observar que não se pode alcançar bens de terceiros tendo em vista que a pena não pode passar da pessoa do condenado – princípio da intranscendência.

Ressalte-se também que a pena de perda de bens e valores em muito se distancia da pena de confisco.

A perda de bens e valores é pena restritiva de direitos e recai sobre o patrimônio lícito do sentenciado, o confisco é efeito da condenação e atinge os instrumentos e produtos do crime.

Sobre a pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, esta consiste na atribuição de tarefas não remuneradas ao sentenciado, que podem ser prestadas em entidades assistenciais, escolas, hospitais, entre outros estabelecimentos, e devem ser aplicadas atentando-se às suas aptidões.

É um ônus para o sentenciado e não constitui relação de emprego entre este e a quem presta serviço.

Essa pena só pode ser aplicada se a condenação à pena privativa de liberdade for superior a seis meses e a tarefa – prestação de serviços - deve ser cumprida à razão de uma hora por cada dia de condenação, não podendo prejudicar a jornada de trabalho normal do agente.

Contudo, se a pena privativa de liberdade for superior a um ano, a prestação de serviços pode, como faculdade do condenado, ser cumprida em menor tempo, até metade do tempo da pena privativa.

Quanto à pena de interdição temporária de direitos, estas estão previstas no artigo 47 do Código Penal e são de quatro tipos.

Nessa modalidade de pena, pode-se proibir o exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo, e só pode ser aplicada ao crime cometido no exercício de cargo ou função efetiva, com violação aos seus interesses.

A pena de interdição temporária de direitos também pode proibir o exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, autorização ou licença do Poder Público, sendo que também só será aplicada ao crime cometido durante o exercício da profissão ou atividade.⁵

Poderá também ser suspensa autorização ou habilitação para dirigir veículo e se proibir o agente de frequentar determinados lugares.

Sobre a pena de limitação de fim de semana, para cumprimento dessa pena, o sentenciado deve permanecer, por cinco horas diárias aos sábados e domingos, em Casa do Albergado ou outro estabelecimento adequado, que encaminhará, mensalmente ao juiz, um relatório sobre o condenado.

⁵ MIRABETE, 2004, p. 273.

Na casa do albergado ou outro estabelecimento adequado poderiam ser ministrados aos sentenciados cursos e palestras, atribuídas a eles atividades educativas, conforme determina o artigo 48 e parágrafo único do Código Penal.

Em que pese a bem intencionada determinação do texto legal, a verdade é que a criação dessa modalidade de pena restritiva de direitos foi completamente frustrada.

Quase não existem casas do albergado e, nesses casos, a pena é cumprida na própria residência do condenado, o que vem sendo admitido desde que o apenado compareça mensalmente em juízo a fim de justificar suas atividades. O apenado não pode ser culpado pela ineficiência estatal.

Importante salientar que, sobrevivendo condenação à pena privativa de liberdade durante o cumprimento da pena restritiva de direitos, não é obrigatória a sua conversão desde que seja compatível o cumprimento das duas.

O parágrafo 5º, do mesmo artigo 44, dispõe que haverá conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade quando:

- a) o condenado não for encontrado para ser intimado do início do cumprimento da pena;
- b) houver o descumprimento injustificado da restrição imposta ou quando o condenado praticar falta grave.

De qualquer modo, antes da conversão, é dada ao sentenciado a oportunidade de se defender com observância do devido processo legal e do contraditório.

Ocorrendo conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, será descontado da pena privativa de liberdade o tempo em que o sentenciado esteve solto cumprindo a restritiva de direitos, devendo ele somente cumprir o período restante, respeitando-se, contudo, um mínimo de trinta dias de reclusão ou detenção.

Ressalte-se, entretanto, que no caso de conversão da pena restritiva de direitos na modalidade prestação pecuniária, deve-se deduzir do tempo da privativa de liberdade o correspondente ao percentual já pago pelo condenado.

A terceira espécie de pena é a pena de multa.

Esta é uma sanção penal patrimonial que consiste no pagamento de determinado valor ao Fundo Penitenciário Nacional.

Como esclarecido, o critério utilizado para a aplicação da multa é o dia-multa, que varia entre dez e trezentos e sessenta dias-multa.

O valor de cada dia-multa é fixado de acordo com a capacidade econômica do agente, sendo o mínimo de 1/30 e o máximo de cinco vezes o salário mínimo vigente. Tal

regra também homenageia o princípio da individualização de pena, já tratado no presente trabalho.

Contudo, no caso de ser aplicada no máximo a regra anterior, e ainda assim for ineficaz o valor da multa em razão do elevado poder econômico do agente, o juiz pode aumentá-lo até o triplo.

É possível, ainda, o parcelamento da multa a requerimento do condenado.

Se o sentenciado não pagar a multa no prazo legal, proceder-se-á ao pagamento forçado da pena, e se ainda assim não pagar, a multa será convertida em dívida de valor, mas nunca haverá a conversão desta em privativa de liberdade por não ser modalidade de pena restritiva de direitos.

Ocorrendo a morte do sentenciado antes de pagar a multa, esta dívida não se estenderá aos seus herdeiros, pois mesmo inscrita na dívida ativa da Fazenda, não perderá seu caráter penal.

CAPÍTULO II A EXECUÇÃO PENAL

2.1 Conceito e objeto da execução penal

A execução penal é, em suma, a consequência da condenação e se traduz na efetiva punição, no cumprimento de uma pena, seja ela de qualquer espécie, como estudamos anteriormente.

Sobre a finalidade da pena, existem três entendimentos ainda discutidos atualmente: de que os fins da pena seriam apenas de caráter retributivo, ou de que seriam apenas de caráter preventivo e, por fim, de que seriam de caráter retributivo e preventivo, juntos.

Para a teoria absoluta ou teoria da retribuição, a finalidade da pena é retributiva, retribuir o mal com um castigo merecido em razão da conduta criminosa praticada.

Sobre o caráter retributivo da pena, vale ressaltar a crítica:

(...) a concepção da pena como retribuição é ínsita ao sentimento de vingança, seja como satisfação ao sentimento de revolta da vítima ou seus familiares (caso não tenham em seu íntimo perdoado o autor da infração penal), seja como satisfação em razão da cólera da sociedade, algo absolutamente fluido e insensato. Ocorre que o sentimento de vingança é, de fato, uma das reações menos nobres do ser humano a ponto da vingança poder ser considerada, dependendo da razão que a originou, até mesmo motivo torpe no crime de homicídio (TJSP, *RJTJSP* 78/393; TJSC, *RT*781/677), que é uma das suas qualificadoras (CP, art. 121, §2º, II). A nosso ver, ter como fundamento da pena a retribuição do mal causado (o delito) com um outro mal (a inflição da pena) – o que, como visto na rubrica acima, é algo praticamente atávico do ser humano, atrelado à vingança -, afigura-se, cada vez mais teoricamente insustentável (...).⁶

⁶ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JUNIOR, Roberto, e DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Revista, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 124.

Do mesmo modo, Ney Moura Teles também critica a teoria retributiva e afirma:

Inadmissíveis, pois, as teorias retributivas, principalmente porque não apresentam os pressupostos, os requisitos, da pena e, desse modo, não limitam o poder estatal de punir, deixando o legislador livre para incriminar qualquer comportamento, qualquer conduta humana, qualquer fato, e cominar quaisquer espécies de pena em quaisquer quantidades.⁷

Para esta teoria, não importa a ressocialização do condenado, o importante é que pague o mal causado com a prática criminosa sendo castigado. Tal teoria não vê o preso como um sujeito de direitos.

Entende-se ser absolutamente inaceitável o critério adotado pela teoria retributiva; o sentenciado é um sujeito de direitos e está acobertado pela garantia constitucional do tratamento humanitário, como vimos ao estudarmos o princípio da dignidade da pessoa humana.

Já para a teoria relativa, a finalidade da pena é preventiva; diz-se que esta teoria busca impor aos agentes criminosos punições visando evitar a prática de novas infrações penais.

Esta, por outro lado, não se preocupa com a imposição de castigo ao criminoso, mas em proteger a sociedade de novos delitos.⁸

Mas esta teoria também não é a mais adequada eis que, no caso de criminosos eventuais, ou seja, que provavelmente não mais repetiriam a conduta delitiva, não haveria motivo para a imposição de pena.

Importante destacar, nesse passo, que a teoria relativa em dois braços, a teoria da prevenção geral e a teoria da prevenção especial.

A teoria da prevenção geral se destina ao controle da violência com a intimidação de uma generalidade de pessoas; o risco, nesse caso, é de haver verdadeiro crescimento desenfreado nas medidas punitivas do Estado, seja na imposição de penas extremamente altas ou muito severas.

Sobre essa teoria, o doutrinador Ney Moura Teles também tece críticas. Vejamos:

Contra essas teorias levantam-se algumas objeções sérias. A primeira delas é o perigo da utilização, pelo Estado, de verdadeiro terror intimidatório que se

⁷ MOURA TELES, 2006, p. 288.

⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 386.

faz acompanhar da falsa ilusão de que o Direito Penal resolverá o problema da criminalidade, o que é verdadeiro engodo.⁹

A teoria da prevenção geral ainda tem duas veias, a prevenção geral negativa e a prevenção geral positiva.

A prevenção geral negativa busca desestimular o autor de um delito a praticar outras infrações penais e também toda a coletividade, à medida que demonstra a imperatividade da pena, intimidando o agente e a sociedade de um modo geral.

A prevenção geral positiva objetiva demonstrar a força do Direito Penal e gerar confiança a todos no ordenamento jurídico.

Já a prevenção especial diz respeito à pessoa do condenado e visa que o mesmo não volte a delinquir.

Também pode ser negativa e positiva.

A prevenção especial negativa busca evitar a reincidência do condenado através de sua intimidação ao experimentar a pena que lhe foi imposta; experimentará, então, as consequências do crime que cometeu.

Já a prevenção especial positiva prega a ressocialização do criminoso.¹⁰

Quanto à teoria mista ou unificadora, para ela a pena tem dupla finalidade: a retribuição e a prevenção.

Para esta teoria, a pena deve castigar o condenado pelo mal que causou e evitar a reincidência criminosa, tanto no que diz respeito à sociedade quanto ao próprio condenado.

A teoria mista foi a teoria adotada pelo artigo 59, *caput*, do Código Penal, que dispõe:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime (...) - grifo nosso.

O Código Penal acertadamente adotou a posição mais abrangente sobre os fins da pena.

Previu o diploma legal a necessidade da retribuição, da imposição de um castigo ao criminoso para que pague pelo ilícito cometido e não venha a delinquir novamente, mas

⁹ MOURA TELES, 2006, p. 288.

¹⁰ Ibid, p. 289.

também a imperiosidade da prevenção para que não haja cometimento de novos crimes pelo próprio criminoso e pela sociedade que o cerca.

2.2 Natureza jurídica

Quanto à natureza jurídica da pena, este tema gera grande discussão aos estudiosos da matéria e há três posições. Vejamos.

Há quem entenda que a pena tem natureza jurisdicional apenas; muitos doutrinadores defendem que sua natureza é jurisdicional tendo em vista que a jurisdição está presente na execução penal não somente até a coisa julgada da condenação prolatada através do Poder Judiciário, mas também nos atos da própria execução da pena, quando o juiz é chamado a decidir os incidentes da execução, progressão e/ou regressão de regime, livramento condicional, comutação da pena, remição, entre outros institutos da execução penal.

No sistema da execução penal jurisdicional, o preso é titular de direitos e obrigações.

Em outra mão, outros amparam a tese de que a natureza da pena seria somente administrativa, afirmando que a execução, propriamente dita da pena, ocorre em estabelecimentos da administração pública, administrados pela administração pública, que também trataria de administrar toda a vida do preso e o satisfatório cumprimento de sua pena.

Nessa linha, a atividade jurisdicional do Estado acabaria com a sentença condenatória, a execução penal seria matéria puramente administrativa.

Mas entende-se que apesar de ser o Poder Executivo o administrador e mantenedor do estabelecimento prisional onde o preso cumprirá sua pena e ser ele o regulador do efetivo cumprimento da fase executiva do processo, não quer dizer que seja apenas administrativa a natureza jurídica da execução penal já que, mesmo já na fase de cumprimento, muitos são os momentos em que o juiz é chamado a julgar, como veremos.

Por outro lado e com uma terceira posição, há também os que sustentam que a execução penal é de natureza mista ou eclética, garantindo que algumas normas da execução

competem ao direito administrativo, já que são reguladoras, e outras normas pertencem ao direito processual. E esta é a corrente à qual nos filiamos.

Acredita-se que, tendo em vista a complexidade da atividade ligada à execução penal, sua natureza jurídica é mista, já que esta matéria não se restringe somente ao âmbito administrativo ou ao âmbito jurisdicional, mas se unem em prol do satisfatório cumprimento da pena.

Em que pese o juiz confiar, ao final do processo, o regular cumprimento da pena ao diretor do presídio, membro do Poder Executivo, que ocorrerá dentro de um estabelecimento da Administração Pública e mantido por ela, é o Poder Judiciário quem continuará decidindo os incidentes da execução após a condenação, durante o cumprimento da pena.

Fala-se, portanto, em um entrosamento entre as atividades judiciárias e administrativas; o Judiciário se vale, após a condenação, do auxílio do Executivo no cumprimento da pena, que tem melhor estrutura para gerir estabelecimentos prisionais, sem, contudo, abdicar do seu poder de decidir os incidentes executivos declarando definitivamente o Direito.

2.3 Juízo da execução

A competência do juízo das execuções encontra-se definida no artigo 66 da Lei de Execução Penal, o qual, entre outras coisas, prevê que é o juízo da execução que julga os incidentes do processo de execução, determina a forma de cumprimento da pena pelo sentenciado, inclusive no que toca à progressão e à regressão de regime, objetos desse trabalho.

Incidentes da execução são os episódios que ocorrem dentro desse processo para os quais o juiz é chamado a julgar.

Esta competência tem início a partir da prisão do condenado, se a pena for privativa de liberdade.

A Vara das Execuções trata-se de vara complexa, de muito trabalho e de difícil condução tendo em vista o volume de requerimentos e problemas a serem resolvidos, sendo que muitos deles exigem soluções imediatas. Essas soluções, por vezes, podem repercutir favorável ou desfavoravelmente na opinião pública devido, também, à diversidade de teorias sustentadas, muitas delas descritas e debatidas no presente trabalho.

O juiz da execução penal terá ainda funções administrativas, seja inspecionando periodicamente os estabelecimentos prisionais, tomando providências para o seu adequado funcionamento e aplicando corretamente a lei, bem como prolatando sentenças, entre outras coisas.

Em regra, o juiz competente para a execução da pena é o juiz da condenação, o juiz da sentença, isso ocorre normalmente nas Comarcas de primeira e segunda entrâncias, nas quais o juiz possui funções cumulativas e exerce todas as matérias da função jurisdicional, mesmo nos casos em que o sentenciado cumpre pena em outra comarca.

Já nas Comarcas como das de terceira entrância, há um juízo especializado, próprio da execução, ou seja, uma vara privativa das execuções.

No caso de prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, ou seja, execução provisória, o juízo competente também é o da condenação, que decidirá sobre todos os pedidos pelo réu formulados, como, por exemplo, o requerimento de progressão de regime, o qual será discutido adiante.

2.4 Atuação do Ministério Público

O Ministério Público tem suas funções, no que tange à execução da pena, elencadas no artigo 68 da Lei de Execução Penal, que prevê:

Incumbe, ainda, ao Ministério Público:

I - fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento;

II - requerer:

a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo;

b) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução;

c) a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança;

- d) a revogação da medida de segurança;
 - e) a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional;
 - f) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior;
- III - interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante execução.

Deve, principalmente, exercer fiscalização para que a pena imposta seja efetivamente e integralmente cumprida.

Sua legitimidade na função de fiscalizar, no âmbito administrativo, nasce sempre que se tratar de direito público primário, tal como ocorre quando as regras do regime progressivo não são cumpridas, o que acarretará a regressão de regime, que será analisada posteriormente.

Em verdade, o Ministério Público exerce uma tríplice função na esfera das execuções penais, vejamos.

Exerce função jurisdicional, ao recorrer contra as decisões que forem proferidas com as quais não se conforme, tal como se determina o artigo 68, inciso III, da Lei de Execução Penal anteriormente transcrito; função administrativa, pois deve, entre outras coisas, visitar estabelecimentos prisionais, oportunidade em que ouvirá os presos e responderá às suas perguntas; e também função fiscalizatória, pois deverá participar de todo o processo executivo, pronunciando-se em relação aos pedidos e manifestando-se em todos os incidentes.

Sobre a atuação do Ministério Público, Guilherme de Souza Nucci assim leciona:

Cabe ao Ministério Público atuar como parte parcial, pleiteando contra os interesses do condenado – como ocorre, por exemplo, quando requer a regressão de regime, em face do descumprimento das condições –, ora pode atuar como parte imparcial (*custus legis*), fiscalizando a correta aplicação da Lei e garantindo que o sentenciado tenha respeitado os seus direitos – como acontece, a título de ilustração, quando requer o reconhecimento da remição em seu benefício (art. 68, LEP).¹¹

Se o promotor de justiça, intimado, não se manifestar na fase executória da pena sobre algum incidente que determina sua atuação, ou se não lhe for dada oportunidade de ser ouvido, poderá ensejar a nulidade da sentença em razão da inobservância do disposto no artigo 67 da Lei de Execuções Penais, que prescreve que o membro do Ministério Público fiscalizará a execução da pena oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 939/940.

Portanto, o membro do Ministério Público deve ter oportunidade de se manifestar, com base em preceito legal e, ressalte-se, a jurisprudência cristalizada é no sentido de se reconhecer a nulidade absoluta nos casos de progressão e regressão de regime, onde o resultado da decisão referente a este incidente causará total modificação no cumprimento da pena do sentenciado.

CAPÍTULO III

A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SEU SISTEMA DE CUMPRIMENTO

3.1 Origem histórica da pena privativa de liberdade

A origem da pena de prisão é tão antiga quanto a história da humanidade. Por tal razão é muito difícil falar com exatidão do tempo em que se iniciou a prática do encarceramento de delinqüentes.

Muitas vezes, na antiguidade, as prisões não tinham caráter punitivo, mas serviam basicamente para preservar fisicamente os réus até o momento de serem julgados; as penas, nesses tempos, eram principalmente as penas de morte e as corporais (tortura).

A idéia da pena privativa de liberdade somente como custódia de marginais até o julgamento perdurou durante a idade média.

Mas já nessa época surgiu a prisão de Estado, ou seja, a prisão dos inimigos do poder, e também a prisão eclesiástica, que se destinava aos clérigos rebeldes que agiam contra a igreja.

Nos séculos XVI e XVII toda a Europa enfrentava séria crise econômica e a pobreza se estendia por todo o continente. Nesse cenário, muitos delinquiavam e roubavam para subsistir.

A pena de morte já não era a solução adequada tendo em vista que, se esta fosse aplicada, atingiria um enorme número de pessoas e caracterizaria verdadeiro extermínio.

Nesse passo Michel Foucault afirma:

Tem-se a impressão de que o século XVIII abriu a crise dessa economia e propôs para resolvê-la a lei fundamental de que o castigo deve ter a

“humanidade” como “medida”, sem poder dar um sentido definitivo considerado entretanto incontornável.¹²

Assim é que, na segunda metade do século XVI, a idéia de pena privativa de liberdade, como penalidade imposta ao delinquente, começou a tomar forma em toda a Europa com a criação e construção de prisões destinadas à privação da liberdade dos que cometiam crimes. A verdade é que a pena privativa de liberdade é um avanço no sistema penitenciário existente até então.

Sobre a reforma do direito criminal ainda leciona Michel Foucault:

E a “reforma” propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias de direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, coextensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir.¹³

Ressalte-se, ainda, que o Direito Canônico contribuiu substancialmente para o surgimento da prisão aplicada com função de reabilitação do delinquente; a partir do vocabulário canônico, com “penitência” surgiu a palavra “penitenciária”.

Atualmente se mascara uma maior preocupação com a integridade física e mental do indivíduo, isso se dá sob o argumento de que a pena de morte e a tortura não são previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Mas e quanto à eficácia da pena privativa de liberdade?

O objetivo da pena privativa de liberdade seria, além de retirar o criminoso do convívio social, de forma a proteger a sociedade de seus crimes, também ressocializá-lo até que pudesse voltar a conviver com os demais.

Mas muitos não acreditam na eficácia da prisão e tratam a idéia de prender para punir com negativismo.

Nesse sentido a lição de Ney Moura Teles:

Se é verdade que a pena de morte, as penas corporais, foram, devidamente, banidas do ordenamento jurídico dos povos civilizados, não menos verdadeira é a conclusão de que a pena privativa de liberdade está

¹² FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. 22. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2000, p. 64.

¹³ Ibid, p. 69/70.

completamente falida, e não se presta a coisa alguma, a não ser a tornar o condenado um ser ainda mais revoltado e perigoso para o convívio com a sociedade.¹⁴

Ainda sobre a eficácia da pena privativa de liberdade Michel Foucault já defendia:

Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiães. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é exercício de tirania. A prisão em seu todo é incompatível com toda essa técnica da pena-efeito, da pena representação, da pena função-geral, da pena-sinal e discurso. Ela é a escuridão, a violência e a suspeita.¹⁵

Começou então a surgir movimentos de política criminal que apoiam o fim das penas de prisão de curta duração e sustentam que a pena pecuniária e/ou penas alternativas (restritivas) seriam suficientes e mais eficazes na reabilitação e ressocialização do indivíduo, uma das principais finalidades da pena. Os estudiosos que defendem o tema afirmam que se o condenado é um delinquente habitual, a condenação à pena de prisão de curta duração é ineficaz, e se é um delinquente ocasional, a condenação à pena de prisão vai além do necessário.

A Reforma Penal de 1.984 apostou em referida política criminal, de minimizar a imposição de pena privativa de liberdade, deixando para aplicá-la em casos mais graves, e passou a adotar medidas alternativas a esta, como as penas restritivas de direitos, pena de multa e a suspensão condicional da pena, o *sursis*.

Contudo, a pena de prisão continua a ser o único recurso aplicável aos criminosos de alta periculosidade, apesar de ser muito criticada por não atingir os fins da pena.

3.2 Pena privativa de liberdade e regimes de cumprimento

A pena privativa de liberdade é uma das modalidades de pena previstas no artigo 32 do Código Penal, que prescreve: “*As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa*”.

¹⁴ MOURA TELES, 2006, p. 286.

¹⁵ FOUCAULT, 2000, p. 95.

Referido tipo de pena objetiva recolher o indivíduo à prisão privando-o de sua liberdade de ir e vir, como forma de punir, ressocializar e proteger a sociedade do cometimento de outros delitos.

A prisão terá tempo determinado, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XLII, alínea “b” da Constituição Federal de 1988, que proíbe a pena de caráter perpétuo no sistema prisional Brasileiro.

Conforme estudado anteriormente, as penas privativas de liberdade serão divididas em pena de reclusão, de detenção e de prisão simples a depender da gravidade do delito, da pena a ele cominada e da modalidade de infração.

O cumprimento da pena privativa de liberdade obedece ao sistema progressivo, como veremos a seguir.

Passemos agora a discorrer sobre cada um dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, o regime fechado, o regime semiaberto, o regime aberto e o regime disciplinar diferenciado.

3.3 Requisitos e características do regime fechado

O regime fechado, cujas regras encontram-se elencadas no artigo 33 e parágrafos e artigo 34 do Código Penal Brasileiro, é um regime mais severo para o cumprimento da pena, que se dá em estabelecimentos de segurança média ou máxima, variando de acordo com a espécie e quantidade da pena imposta e reincidência do condenado, visando obstar, deste modo, uma eventual fuga.

É aplicado a criminosos de maior periculosidade que cometeram crimes mais gravosos.

Sobre os estabelecimentos prisionais nos ensina Cláudio Heleno Fragoso:

Os estabelecimentos de segurança máxima caracterizam-se por possuírem muralhas elevadas, grades e fossos. Os presos ficam recolhidos à noite em celas individuais, trancadas e encerradas em galerias fechadas. Existem sistemas de alarmes contra fugas e guardas armados. A atenuação dos

elementos que impedem a fuga permite classificar o estabelecimento como de segurança média.¹⁶

Os condenados a cumprir pena em regime fechado a cumprirão em penitenciárias, casas de detenção, presídios e cadeias públicas.

Ressalte-se que segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, se houver reincidência em pena de multa, o sentenciado poderá iniciar o cumprimento de sua pena em regime aberto desde que ela seja inferior ou igual a quatro anos, requisito objetivo desse regime.

Para cumprir pena em regime fechado, a condenação imposta deverá ser superior a oito anos de reclusão, à luz do artigo 33, parágrafo 2º, alínea “a”, mas há uma exceção já prevista no *caput* deste artigo. Se a pena for superior a oito anos de detenção, o apenado não poderá iniciar seu cumprimento em regime fechado, mas em regime semiaberto, o qual veremos a seguir.

Será também inserido no regime fechado o sentenciado que, independentemente da quantidade da pena que lhe foi imposta, houver sido condenado por crimes hediondos ou assemelhados, consumados ou tentados, reincidentes ou não, mesmo que a pena seja inferior a quatro anos.

Vale destacar que os crimes hediondos são os elencados na Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072, de 25-7-1990; e são eles: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, genocídio e tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

No regime fechado há uma maior vigilância sobre os presos, levando-se em conta a periculosidade do condenado.

Além disso, o condenado a cumprir pena neste regime ficará sujeito a trabalho no estabelecimento prisional durante o dia, enfatizando seu processo reeducativo; porém, na prática, não é o que vemos na maioria dos casos, tendo em vista o caos que cerca o sistema prisional.¹⁷

O trabalho do preso poderá ser realizado em ambiente interno ou externo, quando será exercido fora do estabelecimento prisional, em serviços ou obras públicas, tomadas as

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 366.

¹⁷ MOURA TELES, 2006, p. 308/309.

devidas cautelas contra fuga. Será remunerado com quantia não inferior a três quartos do salário mínimo e o apenado terá o dever de trabalhar, sendo que sua recusa constituirá falta grave.

No caso de trabalho externo, indispensável o exame criminológico que ateste o preenchimento dos requisitos subjetivos pelo condenado, além de depender de autorização do diretor do estabelecimento.

Trabalhando, o condenado terá o direito de obter a remição, que é o desconto de um dia de pena a cada três dias trabalhados.

Ressalte-se que a Lei de Execução Penal, em seu artigo 36, também prevê a possibilidade do trabalho ser exercido fora do estabelecimento prisional, prescrevendo o que segue:

Art. 36: “o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina”.

Neste caso, a autorização para o serviço externo somente será concedida desde que tomadas todas as medidas para a manutenção da disciplina, como prevê o artigo 37 da mencionada lei.

A respeito do benefício trazido ao condenado com o trabalho externo importante o ensinamento:

Vale salientar, por fim, que todo benefício prisional, qualquer que seja o regime de prisão adotado, tem um objetivo determinado: aumentar o contato do condenado com o meio social livre para que seu próprio ressocializador logre sucesso e para que o isolamento prisional não provoque um processo acentuado de dessocialização em razão do esgarçamento de suas relações com a vida fora da prisão.¹⁸

Assim, nosso ordenamento jurídico possibilita o trabalho externo bem como a remição através dele obtida, no caso de cumprimento de pena em regime fechado.

¹⁸SILVA FRANCO, Alberto, e STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Verificada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 253.

3.4 Requisitos e características do regime semiaberto

O regime semiaberto, cujas regras encontram-se previstas no art. 35 do Código Penal, poderá ser imposto como regime inicial de cumprimento de pena se ocorrer a hipótese do artigo 33, parágrafo 2^a, alínea “b”, ou seja, condenação superior a quatro anos e inferior a oito, se não reincidente.

Também poderão ser inseridos neste regime os condenados reincidentes à pena de detenção, qualquer que seja a sua duração, como dito anteriormente.

Outra hipótese de fixação do regime semiaberto, e obrigatória, segundo nosso entendimento, ocorre nos casos de progressão de regime, como veremos mais adiante; nesta situação, será o regime intermediário pelo qual o sentenciado deverá passar após cumprir pena em regime fechado e antes de chegar ao regime aberto, em etapas.

Há que se ressaltar que o artigo 91 da Lei de Execução Penal prescreve que o regime semiaberto deverá ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, mas essa não é a realidade do nosso atual sistema prisional; o que ocorre hoje em dia é a implantação de setores industriais no interior de estabelecimentos prisionais, onde os presos movimentam-se com relativa liberdade.

Como dito, o regime semiaberto é visto como um meio-termo, um regime intermediário entre a penitenciária de segurança máxima do regime fechado e a liberdade quase não fiscalizada do regime aberto.

Neste regime o sentenciado poderá ter um contato supervisionado com o mundo exterior executando trabalhos fora do presídio, sendo possível também o trabalho em ambientes privados.¹⁹

Poderá, ainda, o condenado, freqüentar cursos de instrução escolar e profissional e outras atividades dirigidas desde que tanto o trabalho quanto os cursos sejam controlados pela administração prisional, com previsão no artigo 35, parágrafo 2º, do Código Penal.

O apenado que cumpre pena em regime semiaberto também poderá gozar do benefício da saída temporária, ocasião em que poderá sair do estabelecimento prisional sem vigilância direta para visitar a família, freqüentar cursos e atividades pertinentes ao seu estado de retorno ao convívio social.

¹⁹ SILVA FRANCO e STOCO, 2007, p. 254/255.

Neste regime, o que se verifica é a capacidade disciplinar do condenado, seu senso de responsabilidade, e é um estágio para o cumprimento da pena em regime aberto, o mais brando, como veremos.

3.5 Requisitos, características e condições do regime aberto

Será estabelecido o regime inicial aberto se a condenação não ultrapassar quatro anos (artigo 33, parágrafo 2º, alínea “c”), preenchendo o réu os requisitos previstos no artigo 114, incisos I e II, da LEP, quais sejam:

Art. 114, I e II: “estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime”.

O apenado deverá também aceitar os programas e as condições disciplinares impostas pelo juiz, prescritas no artigo 115, incisos I a IV, da Lei 7.210/84, sendo elas:

Art. 115, I a IV: “permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial; comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado”.

Além destas denominadas condições obrigatórias, poderá o juiz determinar o cumprimento das chamadas condições especiais, que aplicará segundo seu arbítrio e com a análise do caso concreto. Se não cumpridas estas últimas, caracterizará falta grave e, como consequência, acarretará a regressão de regime de cumprimento de pena, como veremos adiante.

Prevê o artigo 116 da referida lei que o juiz, no andamento da execução da pena, poderá alterar as condições especiais por ele estabelecidas na sentença se causarem alguma dificuldade ou prejuízo na execução da pena imposta ou, até mesmo, dificuldade na ressocialização do sentenciado. Como prescreve o mencionado artigo, o juiz poderá fazê-lo de

ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do próprio condenado.

O sentenciado, para ser inserido nesse regime mais brando, deverá ainda preencher alguns requisitos subjetivos, tais como a ausência de periculosidade ou reincidência em crime doloso punido com pena privativa de liberdade e compatibilidade com o regime, como veremos pormenorizadamente mais adiante.

E de outra forma o apenado também poderá galgar o cumprimento da pena nesse regime pois, mesmo inserido em regime mais gravoso, após o cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos, poderá progredir para o regime em questão, quando então será verificada sua capacidade de convivência na sociedade e seu processo de ressocialização e reinserção social, já que muitos deles, tendo em vista o grande período de tempo encarcerados, encontraram-se quase isolados do convívio social.

Se o condenado não aceitar o programa de condições acima descrito, não lhe será concedida a progressão de regime.

O artigo 36, parágrafo 1º, do Código Penal prevê que o regime aberto deverá ser cumprido em um estabelecimento estatal chamado “casa do albergado”.²⁰

Diante da inexistência de referido estabelecimento adequado para cumprimento do regime aberto, nossos Tribunais têm entendido atualmente que o sentenciado não pode ser punido pela ineficiência Estatal, devendo então recolher-se, nos termos de sua sentença, em residência particular, o que chamamos de prisão albergue domiciliar, a qual somente seria admitida se o condenado fosse maior de setenta anos ou se estivesse acometido de doença grave ou ainda, se a condenada fosse mulher com filho menor ou deficiente físico ou mental ou se fosse gestante.

O EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já firmou entendimento nesse sentido:

Pena – Cumprimento – Regime semiaberto. Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar.²¹

²⁰ MOURA TELES, 2006, p. 310.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 96169/SP, da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Márcio de Freitas. Impetrante: Carlos Roberto de Lima e Outro (s). Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603599>. Acesso em: 15 mar. 2012.

Neste passo também elucida Cláudio Heleno Fragoso:

É absolutamente antijurídico submeter o condenado a regime mais gravoso do que o imposto na sentença condenatória. Por isso, não havendo estabelecimentos adequados à execução da pena em regime semi-aberto ou aberto, pode o condenado cumprir a pena em prisão domiciliar.²²

Verdade é que a Lei de Execução Penal, do ano de 1.984, fixou o prazo de seis meses, a partir de sua publicação, para que o Estado instalasse as Casas do Albergado para cumprimento da pena em regime aberto; ocorre que quase trinta anos se passaram e não foi cumprida a determinação legal, razão pela qual se entende que o condenado não pode ser prejudicado pela incompetência estatal.

Ora, entende-se que o sentenciado não tem culpa; a regra da construção de casas do albergado para cumprimento de pena em regime aberto está expressamente contida no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, esse não é o entendimento de Fernando Capez, que afirma em relação ao tema:

A inexistência de vaga na comarca não se encontra elencada entre as hipóteses legais autorizadoras da prisão domiciliar, nem tampouco é hipótese assemelhada a uma daquelas, de maneira que não se pode falar em aplicação do dispositivo por analogia, que, como se sabe, só é possível entre casos semelhantes. Por essa razão, o condenado deve ser recolhido à cadeia pública ou outro presídio comum, em local adequado, e não deixado em inteira liberdade.²³

Importante salientar que o próprio Estado de São Paulo, com mais de doze milhões de habitantes, sendo o estado mais rico do Brasil, até hoje não criou uma casa do albergado para abrigar seus presos em regime aberto.

Se houvesse casa do albergado ou estabelecimento adequado, os sentenciados passariam o dia em ambiente externo e sem vigilância e permaneceriam recolhidos durante o repouso noturno.

²² FRAGOSO, 2006, p. 366.

²³ CAPEZ, 2012, p. 421/422.

3.6 Regime disciplinar diferenciado

A Lei nº. 10.792/2003 alterou a Lei de Execução Penal e, dentre suas mudanças, trouxe a normatização do Regime disciplinar Diferenciado que, como o próprio nome diz, é um regime prisional especial.

O artigo 52 da Lei de Execução Penal prescreve:

Art. 52. “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.”

Este regime é a única sanção disciplinar que só pode ser aplicada pelo juiz, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, sendo vedada a aplicação pelo diretor do estabelecimento prisional.

Depende de requerimento do diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa.

Sua duração será de no máximo trezentos e sessenta dias, sendo possível a prorrogação do regime especial no caso de nova falta desde que não exceda 1/6 da pena total a ser cumprida.

No que diz respeito à inclusão preventiva neste regime, sua duração não poderá ultrapassar dez dias, prazo que será abatido do total do período de inserção do preso no regime disciplinar diferenciado.

Poderá ser aplicado nos seguintes casos: cometimento de crime doloso que provoque a subversão da ordem do presídio, ao condenado sobre o qual haja suspeita de

participação em organização criminosa e ao condenado de alta periculosidade que ofereça risco aos demais.

Em verdade, o que fomentou a criação do regime disciplinar diferenciado foi a tentativa de combater ao crime organizado e a necessidade de separar os presos de maior periculosidade dos outros.

Importante ressaltar, nessa oportunidade, que parte da doutrina considera o regime disciplinar diferenciado inconstitucional sob o argumento de que viola o princípio da dignidade da pessoa humana e da humanidade das penas, podendo ser comparado à pena cruel tendo em vista que nele ocorre o isolamento do preso em cela individual etc.

Em outra mão, para grande parte dos estudiosos do tema, a aplicação desse regime é bastante importante pois assegura a integridade física e moral do próprio preso, evitando que seja violentado. Nesse passo, não seria inconstitucional e não configuraria regime desumano.

Durante algum tempo houve divergência a respeito do assunto e, para resolver os conflitos jurisprudenciais e doutrinários, se posicionou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça afastando os argumentos da inconstitucionalidade.

Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o regime disciplinar diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social. (...) Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento desumano e degradante (art. 5º, XLVIII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra custodiado, contudo não representa, *per si*, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, em celas insalubres, escuras ou sem ventilação²⁴.

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 40.3000/RJ, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Wilson Ferreira Cardoso. Impetrante: Leandro de Oliveira Barboza. Impetrado: Sexta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 07 de junho de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1888748&sReg=200401765644&sData=20050822&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06 jul. 2012.

Nesse passo, muitos defendem a eficácia do referido regime exatamente por efetivar direitos inerentes aos presos, diminuindo enormemente os riscos de rebeliões, e por se mostrar seguro no combate à criminalidade organizada.

CAPÍTULO IV

SISTEMA DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

4.1 Sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade

A fase da execução da pena se inicia após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Para a pena privativa de liberdade, o Código Penal de 1940 já havia adotado o sistema progressivo estabelecendo que o apenado ficaria isolado de outros presos por prazo inferior a três meses e, em seguida, ficaria sujeito a trabalho comum durante o dia, o que aumentaria sua liberdade. Na última fase da pena privativa de liberdade, atingiria o livramento condicional.

Mais adiante, em 1977, a Lei nº. 6.416 estabeleceu que o isolamento na fase inicial seria facultativo, não mais obrigatório como antes, e o cumprimento da pena se daria de forma progressiva em três regimes.

Posteriormente adveio a Lei nº 7.209/84, que excluiu do texto legal o isolamento e enfatizou o sistema progressivo nos três regimes já estabelecidos em lei anterior.

A Lei 7.210/84, artigo 112, *caput*, dispõe sobre o sistema progressivo da pena: “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 um sexto da pena no regime anterior (...)”.

Estabelece que o sentenciado, no decorrer de seu cumprimento, não permaneça todo o tempo no mesmo regime, mas seja transferido a regime menos rigoroso, respeitados alguns requisitos objetivos e subjetivos, os quais veremos pormenorizadamente mais adiante.

Preenchidos os mencionados requisitos, na sua totalidade, a progressão de regime é um direito público subjetivo do condenado, um benefício que não poderá ser negado.

A progressão de regime se dará do regime fechado ao semiaberto e deste ao aberto, alcançando então, o sentenciado, a liberdade.

O deferimento ou indeferimento da progressão deverá, em todos os casos, ser precedido de manifestação ministerial e da defesa.

O sistema progressivo foi instituído visando a reinserção gradativa do condenado no ambiente social, mostrando, aos poucos, sua aptidão para retornar a este convívio. Apoiado neste benefício poderá, paulatinamente, ganhar a liberdade e abreviar sua privação.

Se apoia o sistema progressivo de cumprimento de pena em importantes preceitos constitucionais, e sobre o assunto a lição:

Em suma, o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade não é um programa legal lançado no espaço, sem nenhum ponto de sustentação, mas um esquema firmemente atado à estrutura constitucional na medida em que se mostra expressão corrente e inequívoca dos princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena.²⁵

Espera-se que tal instituto incentive o condenado a galgar maiores passos voltados ao seu bom comportamento e este servirá, sobremaneira, para desafogar os estabelecimentos prisionais.

Em outra mão, não se pode olvidar o caminho contrário ao da progressão, o da regressão de regime, quando o sentenciado, desrespeitando medidas, poderá retornar ao regime mais gravoso, que ocorre nas hipóteses do artigo 118, da LEP, como veremos adiante.

4.2 Requisitos objetivos para a progressão

A progressão de regime se dará com o preenchimento do requisito objetivo, que é o lapso temporal, acompanhado do requisito subjetivo, que diz respeito ao mérito do condenado.

O requisito objetivo é o cumprimento de uma parcela da pena, no mínimo, a qual se refere a 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, como regra geral. A exceção encontra-se nas condenações por crimes hediondos, quando o lapso temporal será diferente, como a seguir elucidado.

²⁵ SILVA FRANCO e STOCO, 2007, p. 240.

Ressalte-se que não se pode negar tal benefício a pretexto da gravidade do delito cometido, sob a alegação de ser curto o lapso de um sexto. Tal decisão acarretaria *bis in idem* tendo em vista que a gravidade do delito já foi levada em consideração para fins de fixação de pena.

Saliente-se, nessa oportunidade, que nos termos do artigo 33, parágrafo 4º, acrescentado pela Lei 10.763/2003, em se tratando de condenado por crime contra a administração pública, a progressão de regime somente será possível se o agente reparar o dano causado ou devolver o produto do crime.

Divergência ocorre quando a progressão se dá do regime semiaberto ao aberto. Neste aspecto há duas correntes, vejamos.

Para boa parte da doutrina, a fração de 1/6 deve ser considerada sobre o total da pena aplicada na sentença.

Em outra mão, para muitos doutrinadores, a mencionada fração deve recair sobre o restante da pena a ser cumprida, pois a disposição legal não é suficientemente clara.

Nesse passo, é importante a interpretação do artigo 111 da Lei de Execução Penal, que prescreve que a imposição do regime se dará a partir do resultado da soma ou unificação das penas, observado eventual tempo remido. Assim, o tempo remido já obtido quando da superveniência de outra condenação, deverá ser descontado da soma das penas.

Acredita-se que o apenado deve cumprir um sexto sobre o restante da pena, descontando-se então o tempo já remido.

Sobrevindo nova condenação durante a execução de outra, o artigo 111, parágrafo único, estabelece que a nova pena deverá ser somada ao restante da primeira, eis que pena cumprida é pena extinta. Nestes termos, o requisito temporal para a segunda progressão de regime é um sexto sobre o restante da pena.

No mesmo sentido, lucidamente afirma Renato Flávio Marcão:

Com efeito, pena cumprida é pena extinta, o que decorre, inclusive, de interpretação que se extrai do artigo 113 do Código Penal. Tendo o condenado cumprido um sexto de sua pena no regime anterior e obtido a progressão de regime, para a nova progressão deverá cumprir apenas um sexto da pena restante, e não da pena total aplicada.²⁶

Assim temos que, em relação ao total da pena imposta ao sentenciado, acaba sendo curto o tempo que ele cumpre dentro do estabelecimento penitenciário, além de haver em

²⁶ MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114.

nosso ordenamento jurídico o instituto da remissão, também computado e remetendo a este fim.

4.3 Requisitos subjetivos para a progressão

Como dito, o sentenciado também deverá preencher o requisito subjetivo, que corresponde ao mérito e, segundo o artigo 39, inciso I, da Lei de Execução Penal, comportar-se adequadamente é um dever do preso.

Julio Fabbrini Mirabete conceitua o requisito subjetivo como:

Mérito, no léxico, significa aptidão, capacidade, superioridade, merecimento, valor moral. Em sua concepção filosófica, mérito é o título para se obter aprovação, recompensa, prêmio. O mérito, nos termos da exposição de motivos, é o critério que comanda a execução progressiva.²⁷

O requisito subjetivo, segundo Ney Moura Teles, não está condicionado a um comportamento “santificado” do sentenciado, mesmo porque a tarefa do direito penal não é purificar os humanos.²⁸

Anteriormente, o requisito subjetivo era condicionado à expressa comprovação de mérito e ao parecer da Comissão Técnica de Classificação ou exame criminológico.

Este último tem a finalidade de examinar o sentenciado sob os aspectos mental, biológico e social, descobrindo, assim, sua capacidade de adaptação a outro meio e regime, seu grau de periculosidade e de probabilidade de reinserção na sociedade, de modo a individualizar seu tratamento penal com amparo no princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, já tratado no presente trabalho.

O exame criminológico é previsto no Código Penal, em seus artigos 34 e 35, bem como no artigo 8º e parágrafo único da Lei de Execução Penal. O Código Penal determina a realização obrigatória do referido exame no início do cumprimento da pena em regime fechado

²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Pena**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 423.

²⁸ MOURA TELES, 2006, p. 315.

e semi-aberto; já a Lei de Execução Penal faculta a realização do referido exame se o regime inicial for o semi-aberto.

Porém com a alteração promovida pela Lei nº. 10.792/03 no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, este exame fora considerado desnecessário para a concessão da progressão; conforme a alteração, o requisito subjetivo deverá ser demonstrado pela boa conduta carcerária do condenado, atestada pelo diretor do estabelecimento prisional no qual o condenado encontra-se inserido.²⁹

E sobre o assunto nos indaga Renato Flávio Marcão:

É evidente que os parâmetros balizadores de um *laudo criminológico* não são exatamente os mesmos em que se basearão os diretores de estabelecimento para firmar atestados de conduta carcerária. Se os laudos criminológicos já se revelam falhos na apresentação de elementos para aferição do requisito subjetivo, o que se dizer então, agora, dos sobreditos *atestados*?³⁰

Ressalte-se que a mencionada alteração não proibiu a realização do exame criminológico e do parecer, anteriormente obrigatórios pela antiga redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal. Estes apenas deixaram de ser obrigatórios, mas o magistrado poderá exigí-los quando entender necessário e não puder, por outros meios, formar convicção sobre o aspecto psicológico do condenado, o que é extremamente difícil e importante nos casos de criminosos de alta periculosidade que requerem o benefício da progressão.

Importante salientar que o juiz não ficará limitado à conclusão desse exame ou do atestado do diretor do estabelecimento e poderá, livremente, decidir de forma contrária desde que fundamente sua decisão.

Sobre esse tema a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

A Lei 10.792, de 1º.12.2003, que alterou diversos dispositivos da Lei de Execução Penal, passou a prever, com a redação dada ao art. 112, que a progressão, além do requisito temporal, exige 'bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento'. Mas a simples apresentação de um atestado ou parecer do diretor do estabelecimento penitenciário, após o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior, não assegura ao condenado o direito de ser promovido a regime menos restritivo. Embora se possa inferir da nova redação do dispositivo intuito de redução do mérito, previsto na lei anterior, ao bom comportamento carcerário, no sistema vigente a progressão de regime pressupõe, com visto, não somente o ajustamento do condenado às regras do regime carcerário em que se encontra, mas também um juízo sobre a sua capacidade provável de adaptação ao regime menos restritivo. Essa avaliação, mais abrangente e

²⁹ SILVA FRANCO e STOCO, 2007, p. 243.

³⁰ MARCÃO, 2004, p. 116.

aprofundada, e, portanto, mais individualizada, das condições pessoais do condenado para a progressão, é inerente ao sistema progressivo instituído pela reforma penal de 1984; reclamada pela exigência de mérito, persistente no Código Penal (art. 33, § 2o); expressamente prevista para progressão ao regime aberto (art. 114, II, da LEP) e compatível com o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5o, XLV1, da CF). **Além disso, não estando adstrito o juiz da execução às conclusões do atestado, parecer ou laudo técnico (art. 182 do CPP), podendo apreciar livremente a prova para a formação de sua convicção (art. 157 do CPP) e ordenar diligência e produção de prova, inclusive a pericial (art. 196, § 2o, da LEP e 156 do CPP), deverá negar a progressão mesmo quando favorável o atestado ou parecer do diretor do estabelecimento, se convencido por outros elementos de que o condenado não reúne condições pessoais para o cumprimento da pena em regime mais brando.- grifo nosso.**³¹

Tudo em homenagem ao princípio do livre convencimento do juiz, que não é mero homologador de situações atestadas por terceiros.

4.4 Progressão gradativa e progressão por saltos

Em relação à progressão de regime, podemos elencar dois pontos divergentes: a progressão gradativa e a progressão por saltos.

A progressão gradativa de regime ocorre quando o sentenciado, fazendo jus à progressão, passa por todos os regimes – regime fechado, regime semiaberto e regime aberto -, em etapas, cumprindo o requisito temporal em cada um deles a partir da data em que foi inserido no novo, para que então esteja apto a progredir ao menos severo, preenchendo, ainda, o requisito subjetivo.

Nesse passo, Mirabete lucidamente afirma:

A progressão, porém, deve ser efetuada por etapas já que, nas penas de longa duração, a realidade ensina que se deve agir com prudência para não permitir que o condenado salte do regime fechado para o aberto. Por essa razão a lei vigente torna obrigatória a passagem pelo intermediário (semi-aberto). Essa obrigatoriedade deflui do artigo 112, que se refere à transferência para

³¹ MIRABETE, 2004, p. 424.

regime "menos rigoroso" quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena "no regime anterior".³²

Ainda nestes termos, ensina Renato Flávio Marcão:

O condenado que cumpre pena no regime fechado não pode progredir diretamente para o regime aberto. Para obter a progressão, deverá, antes, cumprir um sexto de sua pena no regime semi-aberto, e demonstrar a satisfação de seu mérito, preenchendo, assim, os requisitos objetivo e subjetivo.³³

Inserido no novo regime e cumprindo nele o requisito objetivo, terá tempo o sentenciado de se adaptar e provar mérito e condições de conquistar o prêmio do regime mais brando.

E tal entendimento já está consolidado pelo EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Vejamos:

Habeas Corpus. Execução Penal. Progressão de regime prisional de per saltum. Ilegalidade. 1. O sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade expressamente veda que o condenado que cumpre pena em regime fechado seja transferido diretamente para o regime aberto, sem que antes evolua para o regime intermediário (Precedentes). 2. Ordem denegada.³⁴

Em outra mão, há os que defendem que, progredindo o sentenciado para o regime semiaberto, se este, ao tempo da primeira progressão, já houver cumprido duas vezes 1/6 (um sexto) da pena, poderá prontamente progredir ao regime aberto, sem cumprir um sexto da pena no regime intermediário; é o que chamamos de progressão por salto.

Entende-se que a primeira opção, qual seja, a progressão gradativa, é a mais adequada por respeitar os preceitos legais.

³² MIRABETE, 2004, p. 387/388.

³³ MARCÃO, 2004, p. 119.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 200/0127196-7, da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Paciente: José Osni de Souza. Impetrante: José Osni de Souza. Impetrado: Desembargador Relator do *Habeas Corpus* n. 1739000 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, 26 de abril de 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=2573229&sReg=200501271967&sData=20080804&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 24 abr. 2012.

O que ocorre hoje, na Vara das Execuções, é que tão logo o sentenciado ingresse no regime semiaberto, requer seja concedida a progressão ao aberto, sem cumprir o lapso temporal necessário.

Inclusive, o cálculo de liquidação de penas por diversas vezes já realiza uma previsão sobre a data em que o condenado atingiria o lapso.

O que ocorre é que o cálculo não considera a data efetiva da concessão do benefício, o dia em que passou a gozar, efetivamente, o regime semiaberto, de modo que o juiz, se deferir a progressão por saltos, acaba por antecipá-la sobremaneira, o que, se entende, não é correto.

Contudo, diante do problema de falta de vagas no regime semiaberto, que circunda o nosso sistema prisional, entende-se que é possível a chamada progressão por saltos, por haver, em verdade, total incompetência estatal, do que não tem culpa o condenado e por isso não pode ser prejudicado.

E esse é o entendimento que vem sendo adotado pelo EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Habeas Corpus. Preliminar rejeitada – Paciente que teve deferida a progressão ao regime semiaberto. Ausência de vaga. Culpa do Estado - Reconhecimento de constrangimento ilegal. Concessão da ordem para determinar seja o paciente imediatamente transferido para estabelecimento onde possa cumprir a pena em regime albergue domiciliar até que surja a vaga esperada em estabelecimento adequado ao correspondente do que lhe foi concedido, qual seja, o semiaberto.³⁵

Verifica-se, portanto, que, diante da inexistência de estabelecimento penal adequado para que o sentenciado cumpra a pena que lhe foi imposta em razão da falência do sistema prisional, deverá o sentenciado cumpri-la em situação que lhe é mais favorável, tal como ocorre na falta de Casa do Albergado, quando o sentenciado cumpre pena em regime domiciliar.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Habeas Corpus* n. 0006901-67.2012, da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: José Dantas da Silva Filho. Impetrante: Antonio Ricardo Cola Collete. Relator: Borges Pereira, 17 de abril de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5832971&vlCaptcha=khehs>>. Acesso: 25 abr. 2012.

4.5 Progressão nos crimes hediondos

Como dito acima, a Lei nº 8.072/90, legislação ordinária, elenca quais são os crimes hediondos e, anteriormente à sua nova redação dada pela Lei 11.064/07, previa expressamente que o cumprimento de pena desses crimes se daria em regime integralmente fechado, não permitindo ao juiz qualquer discricionariedade na fixação do regime prisional.³⁶

Sobre a alegação de inconstitucionalidade do dispositivo supra, sob o argumento de violar o princípio da individualização de pena e da humanidade da pena, Cezar Roberto Bitencourt tece os seguintes comentários:

Ademais, o dispositivo que determina o cumprimento da pena em regime fechado, integralmente, não apresenta nenhum vício de inconstitucionalidade, uma vez que na Constituição não há nenhuma norma disciplinando a forma de cumprimento de penas, ao contrário, atribui à legislação ordinária a sua fixação (art. 5º, XLVI).³⁷

O princípio da individualização da pena, tal qual estudado, diz que a pena de cada sentenciado deve ser individualizada, adequando-se ao agente que cometeu o delito bem como ao fato em si, considerando suas singularidades.

No que toca ao princípio da humanidade, este preceitua que a pena deve ter caráter humanitário, não deverá ofender a dignidade humana e trazer prejuízos psíquicos aos condenados.

Posteriormente, entrou em vigor a lei 9.455/97, que disciplinou o crime de tortura e, além disso, preceituou que o condenado por este crime terá como regime inicial o regime fechado, implicitamente autorizando a progressão e beneficiando os autores deste delito.

Ocorre que, a partir da nova lei, muitos doutrinadores passaram a interpretá-la de forma extensiva em relação aos demais crimes hediondos e equiparados, inclusive retroativamente.

Sobre a criação da nova lei, Ney Moura Teles argumenta:

³⁶ MOURA TELES, 2006, p. 317.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1** – 6. ed. Verificada e atualizada pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do livro Lições de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 426.

Certo que veio ao mundo não só para definir os tipos de tortura, mas ainda para revogar alguns dos dispositivos da Lei n. 8.072/90, acabando com suas imperfeições, seus defeitos, sua rigidez, sua severidade, sua brutalidade, sua estupidez, enfim, suas ignominiosas restrições aos mais mezinhos direitos processuais dos acusados. Veio para corrigir o que estava errado, para erradicar os abusos, para riscar da história do direito penal brasileiro um tempo de terror, de desnecessária e brutal violência legal, para apagar dispositivos que feriram a Constituição não poucas vezes.³⁸

O Supremo Tribunal Federal, em 23 de fevereiro do ano de 2006, finalmente decidiu pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, por seis votos a cinco, no julgamento do HC 82.959-SP, afastando, deste modo, o obstáculo legal que proibia a progressão de regime nos crimes hediondos, porém, com eficácia somente “ex nunc”.

Votou a favor da progressão de regime nos crimes hediondos o ministro relator Marco Aurélio acompanhado dos ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Contra a progressão votaram Ellen Gracie, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Celso de Mello e Nelson Jobim.

Os votos vencedores se ampararam nos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

O princípio constitucional da isonomia impõe que a lei deve dar tratamento isonômico aos iguais, ou seja, o mesmo tratamento aos criminosos que cometeram infrações equivalentes, equiparadas ou assemelhadas, pelo que o tratamento deve ser o mesmo aos que cometeram os crimes de tortura, terrorismo, tráfico e hediondos, com as mesmas proibições e benefícios.

Verifica-se, pois, que a intenção da Lei 9.455/97, que aperfeiçoou a legislação brasileira, não foi de cuidar apenas do crime de tortura, mas também de seus assemelhados e hediondos.

Sendo a nova lei incompatível com a lei dos crimes hediondos, de 1.990, com observância do texto legal do Código Civil que prevê que a lei posterior revoga a anterior quando seja com ela incompatível, era a lei de tortura que deveria ser aplicada, com a possibilidade de cumprimento progressivo de pena.

E mais, a própria Lei Maior não previu a proibição de progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados.

³⁸ MOURA TELES, 2006, p. 321.

Tal entendimento foi explicitado no julgamento acima referido, *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, no qual seu Relator, o Ministro Marco Aurélio, elencou as razões que ele mesmo proferiu no *Habeas Corpus* 69.657-1/SP, quando foi vencido por outros Ministros. Vejamos.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais – art. 5º - afasta, tão somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colocou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente por ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a *contrário sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça – inciso XLIII do artigo 5º. Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.³⁹

O Ministro Relator, para declinar sobre a incompatibilidade entre a lei de tortura e a lei dos crimes hediondos, transcreveu o voto proferido no HC 76.371-0/SP e decidiu:

“Verifica-se, na espécie, derrogação tácita do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. Em face de incompatibilidade decorrente da imposição constitucional de um sistema harmônico de disciplina penal – inciso XLIII, do artigo 5º - não mais subsiste, por opção político-legislativa-criminal revelada no artigo 1º, § 7º da Lei nº 9.455/97 (Lei de Tortura) a regra, aliás, conflitante com o princípio constitucional de individualização da pena – inciso XLVI do mesmo artigo 5º - reveladora do esdrúxulo cumprimento da pena, na integralidade, em regime fechado.

(...)

Destarte, forçoso é concluir pela derrogação pela Lei nº 9.455/97 da Lei 8.072/90, ficando ultrapassada assim a visão extravagante, sob todos os títulos, do integral cumprimento da pena em regime fechado. Concedo a ordem e, portanto, assento que, já agora, a esta altura, considerado o

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 82.959-7-SP-. Sessão Plenária. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

arcabouço normativo no que norteado pela Carta da República, não temos mais a vigorar o preceito da Lei nº 8.072/90, que cogitou, no passado, para mim, do cumprimento integral da pena no regime fechado. É como voto, na espécie dos autos.” (Anexo 1)

Findada a discussão que culminou na decisão sobre a inconstitucionalidade do artigo da Lei 8.072/90, teve início então o conflito em relação ao lapso temporal necessário para a progressão dos crimes hediondos.

Seria justo que o condenado por crime hediondo cumprisse apenas um sexto da pena para progredir a regime mais brando, tal qual um criminoso muito menos violento?

Essa discussão só teve final com o advento da Lei 11.464/07 que, além de prever que o cumprimento da pena terá início obrigatoriamente em regime fechado, ainda previu o direito de progredir ao condenado por crime hediondo, apresentando outros lapsos temporais para o alcance do requisito objetivo.

A mencionada lei, que foi criada para pôr fim aos conflitos sobre lapso temporal nesse tema, prescreveu em seu artigo 1º, parágrafo 2º: “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”.

O requisito objetivo deverá, do mesmo modo, estar acompanhado do requisito subjetivo, tal qual estabelece o artigo 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, conforme já estudamos.

Porém, no que se refere à execução da pena dos já condenados por crimes hediondos e equiparados, também há divergência. Qual seria o lapso temporal a ser aplicado nesses casos?

Em resposta, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 26, determinando que:

“para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche ou não os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”⁴⁰

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26, de 16 de dezembro de 2009. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 23 de dezembro de 2009, p. 1.

Decidiu, portanto, o Supremo Tribunal Federal, que para os crimes hediondos cometidos antes da Lei 11.464/07, o requisito objetivo a ser cumprido pelo sentenciado para fins de progressão de regime é 1/6 (um sexto) da pena, seguindo as regras da Lei de Execução Penal, sob pena de ser atingido por leis mais graves, o que é vedado no Direito Penal Brasileiro.

E assim passou a julgar:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME PRISIONAL. CRIME HEDIONDO. DATA ANTERIOR À LEI 11.464/07. SISTEMA JURÍDICO MAIS BENÉFICO. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. 2. O tema relativo ao regime de cumprimento da pena que envolve matéria relativa à execução, recebe considerações distintas quanto à natureza de seu enquadramento no sistema jurídico brasileiro. 3. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. 4. Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - **o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei nº 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.** 5. Habeas corpus concedido, por considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado.⁴¹ – grifo nosso.

Tem-se então que a inconstitucionalidade do §1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, e a decorrente possibilidade de progressão de regime para os criminosos que cometeram crimes hediondos ou assemelhados, já é matéria amplamente debatida e solidificada pelos tribunais pátrios.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 92477-8/SP, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Paciente: João Faria. Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outros. Coator(a): Relatora do HC n. 89.875 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559835>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

4.6 Regressão de regime

Ao contrário do que ocorre na progressão de regime, a transferência do condenado a regime menos gravoso levando-se em consideração também seu mérito, a Lei de Execução Penal estabelece que o condenado, por ausência de mérito, incidindo em uma das hipóteses do artigo 118, as quais veremos pormenorizadamente a seguir, regredirá a regime mais gravoso, como forma de repreensão pela conduta reprovável praticada.

As hipóteses do mencionado artigo são as que seguem: praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; e, na hipótese de se encontrar em regime aberto, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

Sobre os caminhos da regressão, muito se discute se essa deve se dar do regime aberto ao semiaberto e deste ao fechado, ou seja, também em etapas, ou se é possível a regressão do regime aberto diretamente ao regime fechado, o que configuraria “regressão por saltos”.

Acerca do tema, muitos penalistas defendem que o condenado poderá regredir do regime aberto diretamente ao regime fechado levando-se em conta a interpretação literal do artigo 118, *caput*, da Lei de Execução Penal, que estabelece que “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos” – *grifo nosso*.

A expressão “qualquer dos regimes mais rigorosos” deveria, então, ser interpretada como possibilidade de ser ele regredido do regime aberto ao fechado, diretamente, sem passar pelo regime semiaberto.

Seguindo o mesmo entendimento, diversos doutrinadores sustentam que mesmo os condenados à pena de detenção, quando não é possível o cumprimento de pena em regime fechado, incidindo em alguma causa de regressão, estes também poderiam ser transferidos diretamente ao regime fechado.

Desse entendimento compartilha Cezar Roberto Bitencourt:

O condenado que cumpre pena em regime aberto pode ser transferido para regime semi-aberto ou fechado e o que cumpre pena em regime semi-aberto poderá ser transferido para o regime fechado.⁴²

A jurisprudência do EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já firmou entendimento nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONDENADO POR CRIMES DE ROUBO E HOMICÍDIO. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. PRÁTICA DE NOVO CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 118 da Lei de Execução Penal, a transferência do condenado, a título de regressão, pode ocorrer para qualquer dos regimes mais rigorosos. Precedentes.
2. Na hipótese, tendo obtido a progressão ao regime aberto, o Recorrente cometeu novo homicídio. Após denunciado e ouvido pelo Juízo das Execuções, foi corretamente decretada a sua regressão do regime aberto ao fechado, não se constatando, pois, o apontado constrangimento ilegal.
3. recurso desprovido.⁴³

Em outro passo, defendendo a regressão gradativa, ou seja, em etapas, Renato Flávio Marcão se posiciona:

É vedada a regressão por salto. De tal sorte, não se poderá transferir o condenado que se encontre em regime aberto diretamente ao fechado, pela regressão, sem antes passar pelo regime semi-aberto. Assim como a progressão pressupõe a seguinte ordem: regime fechado, regime semi-aberto e regime aberto, a regressão determina a ordem inversa: regime aberto, regime semi-aberto e regime fechado.⁴⁴

Ora, há casos concretos em que, se entende, se torna necessária a regressão ao regime mais severo de cumprimento de pena.

A título de exemplo citamos a situação em que o apenado que cumpre pena em regime aberto desaparece, não correspondendo aos fins de sua pena; neste caso, ineficaz talvez fosse sua regressão ao regime semiaberto, o regime intermediário, no qual o sentenciado poderia ter contato com o exterior, gozar do benefício da saída temporária, o que facilitaria eventual fuga.

⁴² BITENCOURT, 2000, p. 426.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 25981/TO, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Manoel de Almeida Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 03 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200900779041>>. Acesso em: 03 mai. 2012.

⁴⁴ MARCÃO, 2004, p. 139.

O juízes, ao se depararem com um incidente de regressão de regime, devem analisar caso a caso a causa que enseja a regressão e aplicar o regime que melhor se adequar à situação fática do condenado.

Cada regressão se dará por uma causa justificadora; o mesmo motivo não poderá ensejar mais de uma regressão.

Se a regressão for gerada por mais de um motivo, apurados conjuntamente, de uma só vez, também acarretará uma única regressão.

4.6.1 Prática de fato definido como crime doloso

A primeira causa de regressão prevista no artigo 118 da Lei 7.210/84 é a prática de fato definido como crime doloso.

Muitos penalistas afirmam que havendo prática de crime doloso, não é necessária, para fins de regressão de pena, a espera da sentença condenatória, com trânsito em julgado; sustentam estes que as provas colhidas através de procedimento de apuração da conduta do agente, desde que acompanhadas de sua audiência prévia, para que não haja ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, são suficientes para resultar em regressão de regime.

Nesse passo as lições de Renato Flávio Marcão:

Não é preciso aguardar que o executado venha a ser condenado pela prática do referido crime doloso; basta a prática em si. Não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença condenatória transitada em julgado. Não ocorre, na hipótese, violação ao princípio da *presunção de inocência* ou *estado de inocência*.⁴⁵

Também o entendimento de Ney Moura Teles:

Não é necessário que o condenado venha a ser condenado por crime doloso, para justificar a regressão, mas tão-somente que tenha praticado o fato típico,

⁴⁵ MARCÃO, 2004, p. 140.

sendo, por isso, indiciado em inquérito policial. O simples indiciamento é causa para a regressão.⁴⁶

A jurisprudência igualmente é pacífica no sentido de ser possível a regressão de regime nesses casos.

Ademais, defende que se houvesse necessidade de sentença condenatória definitiva, tal norma estaria expressa.

Esses juristas argumentam que a regressão motivada por esta causa justificadora não fere o princípio da presunção de inocência.

Destaca-se, por oportuno, a seguinte decisão do EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO.

1. O cometimento de delito pelo apenado, durante o resgate da reprimenda, justifica a regressão de regime, sendo desnecessário, para tanto, o trânsito em julgado da nova condenação, inocorrendo, na espécie, ofensa ao princípio da presunção de inocência. Precedentes.

2. Recurso provido para, reformando o aresto objurgado, restabelecer a decisão proferida pelo Juízo de primeiro grau.⁴⁷

Outros estudiosos entendem que quando o motivo da regressão de regime for a prática de crime doloso, deve haver sentença condenatória transitada em julgado tendo em vista que, se de outro modo fosse, haveria ofensa ao mencionado princípio da presunção de inocência.

Como dito, a causa geradora de regressão é a prática de crime doloso; a lei não menciona crime culposos ou contravenção; nesses casos, não há regressão de regime em razão da vedação de analogia *in malam partem*.

⁴⁶ MOURA TELES, 2006, p. 328.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1021662/SP, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Fabiano Augusto Ribeiro. Relator: Ministro Jorge Mussi, 29 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200800019948>>. Acesso em: 07 mai. 2012.

4.6.2 Falta grave

Expressa o inciso I, do artigo 118, da Lei de Execução Penal, que a prática de falta grave no cumprimento da pena também acarreta a regressão de regime.

O artigo 50, da Lei de Execução Penal prescreve que comete falta grave o condenado provisório ou definitivo que:

- a) incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- b) fugir;
- c) possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- d) provocar acidente de trabalho;
- e) descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- f) inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta lei;
- g) e ainda tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

A conduta de “incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina” é, sem dúvida, a mais danosa falta disciplinar descrita no rol do mencionado artigo. Com os movimentos de subversão da ordem, rebeliões e motins dos presos, diversos crimes ocorrem, tais como os de dano ao patrimônio público, homicídio, lesão corporal, entre tantos outros.

Em relação à fuga, embora seja anseio natural do encarcerado, tal ação também merece punição, eis que caracteriza má conduta prisional e contraria os fins da execução da pena. Ademais, o apenado praticará falta grave mesmo retornando posteriormente ao regime prisional.

Quanto ao sentenciado foragido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que é possível sua regressão provisória, independentemente da oitiva prévia, já que tal procedimento, no caso de fuga, não pode ocorrer.

“Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem” é conduta demonstrada, por vezes, durante as rebeliões. Não é necessária a utilização de armas, mas a posse.

No que toca à provocação de acidente de trabalho, exige-se dolo na ação; se tal conduta ocorrer na modalidade culposa, poderá caracterizar falta de natureza leve ou média, não ensejando, portanto, regressão de regime.

O descumprimento das condições impostas no regime aberto, como dito, também acarreta falta grave; as hipóteses são as previstas no artigo 115, da Lei 7.210/84, sendo elas: permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial e comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades.

Ressalte-se aqui que se o sentenciado for condenado à pena privativa de liberdade em regime aberto e não comparecer em audiência de advertência para aceitação das condições impostas, tal situação não é causa de regressão, já que não elencada no rol taxativo do artigo 118, da Lei de Execução Penal.

“Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta lei” caracteriza-se por desobediência ao agente de segurança penitenciária, quem interage diretamente com o apenado, e pelo desrespeito deste para com os que com ele se relacionam no interior do estabelecimento prisional.

Em relação às faltas disciplinares tentadas, estas serão punidas como se consumadas fossem, conforme disposição do artigo 49, da Lei de Execução Penal.

Neste ponto, lembra precisamente Renato Flávio Marcão:

Não se aplica, em benefício do encarcerado, a regra do art. 14, parágrafo único, do Código Penal, que manda, no caso de tentativa, e salvo disposição em contrário, punir a tentativa com a *pena* correspondente ao *crime* consumado, diminuída de um a dois terços.⁴⁸

Não são causas de regressão, portanto, as faltas de natureza leve e média a serem apuradas por procedimentos disciplinares.

Além disso, com a prática de falta grave, o sentenciado perderá o direito ao tempo remido que seria descontado, e começará novo período a partir da data da falta. Entretanto, concedida a remição e não cabendo mais recurso, não haverá perda dos dias já remidos.

⁴⁸ MARCÃO, 2004, p. 33.

4.6.3 Condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime

O artigo 111, da Lei de Execução Penal prescreve: “quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas (...)”.

Por tal motivo, em seu artigo 118, inciso II, a mesma lei estabelece:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

Estabelece, portanto, que se o sentenciado sofrer nova condenação por crime anterior e a pena referente à nova condenação, somada à pena em execução, for superior à pena máxima do regime no qual se encontra inserido, será regredido a regime compatível, cujos moldes estão acima elencados.

Assim, para a fixação de regime de cumprimento, as penas serão somadas e não será considerado o regime isolado de cada uma, quando a mais grave será cumprida primeiro, com fulcro no artigo 76 do Código Penal que estabelece que “no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave”.

Neste caso, a regressão se dará do regime aberto ao semiaberto ou diretamente ao fechado, quando se fizer necessário no caso concreto.

Ressalte-se que no caso de nova condenação, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime no qual o apenado está inserido, a oitiva do sentenciado será desnecessária tendo em vista que, já condenado, nada terá a apresentar em sua defesa.

4.6.4 Frustrar os fins da execução

Frustrar os fins da execução é outra causa justificadora da regressão de regime.

Os fins da execução estão preceituados no artigo 1º da Lei de Execução Penal, que prescreve que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Assim, qualquer conduta que vá contra essa finalidade, estabelecida pela própria lei, frustrará os fins da execução da pena, ou seja, acarretará a regressão de regime após conclusão do procedimento disciplinar instaurado.

4.6.5 Não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta

Essa hipótese de regressão de regime somente ocorre quando a multa for imposta juntamente com uma pena privativa de liberdade.

Entretanto, muitos sustentam que essa causa de regressão deixou de existir após o advento da Lei 9.268/96 que, ao alterar o artigo 51 do Código Penal, vedou a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, razão pela qual a sua inadimplência, do mesmo modo, não poderia resultar em restrições à liberdade do condenado.

A nova lei considerou a multa como dívida de valor e nossos tribunais pátrios há muito decidem nesse sentido.

Assim, os efeitos do inadimplemento, bem como sua cobrança, passaram a ser questões afetas somente ao Estado, à Fazenda Pública, nada refletindo no cumprimento da pena privativa de liberdade.

4.7 Regressão cautelar

Como sabemos, a regressão definitiva incide após a devida apuração da causa justificadora desta medida, ocasião em que o apenado será previamente ouvido, com ampla defesa e contraditório.

Ocorre que o juiz também pode promover a regressão prisional cautelar do condenado, chamada de sustação provisória de regime, a qual será cabível nos casos de cometimento de falta grave.

A regressão cautelar incide, com mais frequência, nos casos de fuga, um dos fatos que constitui falta grave, como vimos anteriormente. Neste caso, será expedido mandado de prisão contra o fugitivo e, após sua recaptura, será então o condenado ouvido, momento em que estarão presentes as garantias mencionadas, da ampla defesa e do contraditório.

Nesses termos o entendimento do EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Recurso ordinário em *Habeas Corpus*. Execução Penal. Paciente cumprimento pena em regime aberto pela prática de roubo duplamente circunstanciado. Suposta prática de falta grave (fuga). Regressão cautelar de regime. Desnecessidade de oitiva prévia do reeducando. Jurisprudência pacífica do STJ. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. Recurso ordinário desprovido. 1. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, comprovado o cometimento de falta grave pelo condenado, cabe ao Juízo da Execução, em estrita obediência ao que determina o art. 118, I da Lei de Execução Penal, a decretação da regressão do regime prisional, após a oitiva do apenado. 2. Na hipótese porém, não se constata constrangimento ilegal. A determinação de recaptura com a volta ao regime semiaberto ocorreu cautelarmente, em razão da suposta evasão do paciente do presídio em que cumpria pena no regime aberto, para viabilizar o procedimento de averiguação do cometimento de falta grave. 3. Este Superior Tribunal já decidiu ser perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional promovida pelo Juízo da Execução, sem a oitiva prévia do condenado, que somente é exigida na regressão definitiva.⁴⁹

Outro exemplo de regressão cautelar ocorre nos casos em que o sentenciado, cumprindo pena em regime aberto, comete outro delito; nesta situação, verifica-se a

⁴⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em *Habeas Corpus* n. 26958/MG, da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Everton Ferreira Marques Ribeiro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901904097>>. Acesso em: 07 mai. 2012.

necessidade de que seja regredido cautelarmente, antes mesmo de apurado tal fato, tendo em vista a existência de risco à ordem pública.

Como dito, nos dois exemplos acima, após a prisão do apenado que ocorrerá no momento da regressão cautelar, será a ele dada a oportunidade de se defender, ocasião em que será ouvido e apresentará sua versão; após, abrir-se-á vista do processo ao Ministério Público e à defesa para que se manifestem e somente então será julgado o incidente, decretando-se eventualmente a regressão definitiva.

A regressão cautelar acontece antes da conclusão do procedimento disciplinar, quando se fizer necessária a tomada de medida emergencial para fins de suspender o cumprimento de pena no regime dentro do qual o sentenciado praticou o ato reprovável para que não se frustre os fins da execução.

Ressalte-se que o diretor do presídio também poderá suspender provisoriamente, em caráter emergencial, o regime de cumprimento de pena, como prevê a Lei Estadual nº 1.819/79, em seu artigo 11. Há situações que envolvem questões de alto risco, onde se faz necessária tal medida para se restabelecer a disciplina no sistema prisional e evitar fugas. Será o juiz da execução imediatamente comunicado sobre o fato e então proferirá decisão.

Entretanto, muitos defendem que a regressão cautelar do sentenciado, sem que ele seja previamente ouvido, viola os princípios e garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais são obedecidos no processo de regressão definitiva.

Mas é sabido que o juiz, quando presente o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, poderá decretar medidas de cautela se houver extrema necessidade, entre elas a regressão cautelar, sem prévia oitiva do apenado.

Nesse sentido o entendimento de Renato Flávio Marcão:

Em se tratando de regressão cautelar, não é necessária prévia oitiva do condenado, como determina o § 2º do art. 118 da Lei de Execução Penal. Tal exigência contraria a finalidade da medida e só impõe observância em se tratando de regressão definitiva.⁵⁰

Como dito, a regressão tem caráter emergencial e visa, sobretudo, a não recorrência de falta.

⁵⁰ MARCÃO, 2004, p. 145.

4.8 Regressão na prisão preventiva

Muitos defendem que a prisão preventiva não pode ser considerada falta grave para fins de regressão de regime.

O artigo 118 da Lei de Execuções Penais é expresso ao estabelecer que basta a prática de fato definido como crime doloso para que se imponha a regressão de regime, exigindo-se apenas que o sentenciado seja ouvido previamente, conforme dispõe o parágrafo 2º, do mesmo artigo.

Além disso, o artigo 52 da mesma lei que trata das faltas graves elenca a prática de fato definido como crime doloso como uma delas.

Estabelece ele:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características

A prática do crime, por si só, mesmo ainda não havendo condenação definitiva, revela que o sentenciado não está apto a retornar ao convívio social e apresenta demérito, impedindo-o de continuar cumprindo a pena em regime mais brando, no qual se encontrava inserido.

E nesses termos o julgado do EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Agravo em execução. Sentenciado que após progressão ao regime semiaberto foi preso preventivamente por força de ação penal em curso. Causa superveniente motivadora de regressão carcerária. Recurso improvido.⁵¹

Sendo o sentenciado preso preventivamente pela prática de novo crime, nota-se

⁵¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo em Execução Penal n. 993.07.085543-6, da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravante: Helio Sena Macedo. Agravado: Ministério Público. Relator: Desembargador Galvão Bruno, 29 de janeiro de 2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3484739&v1Captcha=eumyi>>. Acesso em: 27 abr. 2012.

que há suficientes indícios de autoria, permitindo, portanto, o reconhecimento da falta e a tomada de tal medida, a regressão, assunto já debatido em capítulo próprio.

CAPÍTULO V

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Durante muito tempo houve grande discussão acerca da possibilidade ou não da execução provisória da pena.

Os tribunais superiores não haviam adotado um único entendimento, e as decisões sobre o tema eram opostas.

Havia os que eram contra a execução provisória da pena; estes afirmavam que essa imposição seria totalmente arbitrária e sem qualquer fundamento jurídico que a tornasse possível. Por outro lado, outros sustentavam o meio termo, ou seja, só eram favoráveis à execução provisória da pena quando não coubesse recurso da acusação; e outros ainda admitiam em qualquer caso a execução provisória, bastando a sentença, recorrível ou não.

Atualmente existe uma posição majoritária nos nossos tribunais, a qual discutiremos adiante.

Anteriormente, os julgadores que admitiam a execução provisória da pena, ou seja, que a pena começasse a ser cumprida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sustentavam que essa antecipação não feria o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, argumentavam que o oferecimento de recurso especial e extraordinário, por terem efeito apenas devolutivo, e não suspensivo quanto à prisão, não impedia a execução provisória da pena.

Nessa esteira o entendimento passado do EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

O recurso especial e o recurso extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Regra contida no art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, que não fere o princípio da presunção de inocência. Precedentes. V. - Precedentes do STF. VI. - Agravo não provido.⁵²

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 539.291-1/RS, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Agravante: Cássio Gilberto Lemmertz. Agravado: Ministério Público

Ainda afirmavam, no mesmo sentido, que não havia incompatibilidade entre o princípio constitucional da inocência e a decretação da prisão do réu se no caso concreto ela fosse necessária, independentemente de o processo estar em sede de recurso.

Atualmente a posição do Supremo Tribunal de Justiça é outra, e muito mais garantista.

A grande reviravolta ocorreu no ano de 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 84078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, que decidiu pela inconstitucionalidade da chamada “Execução Antecipada da Pena” e se pautou nos seguintes argumentos:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe

a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque -- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.⁵³ (Anexo 2)

Anote-se que esse julgado também decidiu que a inconstitucionalidade da execução antecipada da pena não se restringe apenas à pena privativa de liberdade, mas também alcança a pena restritiva de direitos.

Desde então os tribunais superiores têm rechaçado a possibilidade da execução provisória da pena basicamente sob o argumento de que a execução da pena só pode ocorrer com sentença penal condenatória transitada em julgado, em homenagem aos princípios constitucionais da não-culpabilidade e da inocência.

Os estudiosos que defendem essa posição afirmam que a execução antecipada da pena não traz nenhum benefício, seja ao processo, seja ao preso, e até mesmo à sociedade.

Argumentam que, mesmo que parte da pena seja cumprida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, tal período será abatido do total da pena, respeitando-se a detração penal, instituto previsto no artigo 42 do Código Penal, que prevê: "Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 84078/MG, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Paciente: Omar Coelho Vitor. Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 11 mai. 2012.)

ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior”.

De tal modo, haveria, em verdade, uma antecipação dos efeitos da sentença condenatória definitiva, o que não se permite em razão de haver possibilidade de que o réu seja, ao final, absolvido.

E muitas outras decisões foram proferidas no mesmo sentido, entendimento que persiste até hoje. Vejamos:

3. A sentença condenatória, no caso, não demonstrou, minimamente que fosse, a real necessidade da segregação cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. 4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 84.078 (de minha relatoria), entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, por maioria de votos, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo, que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º). 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.⁵⁴

E mais:

1. No julgamento do HC 84.078, da relatoria do ministro Eros Grau, o Plenário desta colenda Corte assentou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isso por entender que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não culpabilidade. Direito individual que tem sua força quebrantada em uma única passagem da Constituição. Leia-se: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXI do art. 5º). 2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e do art. 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF). Não é de se

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 108986/SC, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Paciente: Clarice Alves Pereira. Impetrante: Luis Clei Rosa e outros. Coator: Relator do HC n. 207379 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto, em 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1689308>>. Acesso em: 14 mai. 2012.

confundir prisão provisória com execução provisória da pena, portanto. 3. Ordem concedida.⁵⁵

O anterior julgado mostra que, na verdade, o que se objetiva é que seja analisado o caso concreto e, se necessário, seja o réu condenado em sentença recorrível preso, mas a título de prisão cautelar, e não de execução antecipada da pena.

Presentemente o assunto deixou de ser tema de conflitos e, hoje, o mandado de prisão expedido contra condenado por sentença recorrível deve conter os pressupostos da prisão cautelar, sob pena de haver flagrante constrangimento ilegal.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 97523, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Paciente: Fábio Cesar Baron. Impetrante: Italo Antonio Fucci. Coator: Relator do HC n. 124485 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ayres Britto, em 30 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601605>> Acesso em: 14 mai. 2012.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que a execução penal é o cumprimento da pena à qual o sentenciado foi condenado e tem caráter retributivo, preventivo e ressocializador. A Lei de Execução Penal, em 1884, trouxe alguma esperança de que, se efetivamente cumprida, permitiria o desenvolvimento pessoal do apenado, dando-lhe condições de ser reintegrado de forma tranqüila e digna ao meio social quando saísse do estabelecimento prisional.

A pena privativa de liberdade, que vem sendo veementemente criticada em razão de sua baixa eficácia no sentido da ressocialização do condenado e por não respeitar os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, pode ser de reclusão, detenção e prisão simples, e seus regimes de cumprimento são o fechado, o semiaberto e o aberto, podendo o sentenciado também cumprir pena no regime disciplinar diferenciado, em verdade uma sanção.

Os regimes têm regras próprias e são fixados, dentre outros requisitos, de acordo com a quantidade da pena aplicada.

O regime fechado é o mais gravoso deles e será imposto ao condenado cuja pena ultrapasse oito anos de reclusão, salvo se for de detenção; também àquele que, independente da pena, houver sido condenado por crime hediondo ou assemelhado, consumado ou tentado, reincidente ou não, mesmo que a pena seja inferior a quatro anos. Os condenados em regime fechado cumprirão pena em penitenciárias, casas de detenção, presídios e cadeias públicas, onde há uma maior vigilância.

Um regime mais brando é o regime semiaberto, que será imposto como inicial para os condenados à pena não superior a quatro anos e inferior a oito, desde que não reincidentes e aos condenados reincidentes em pena de detenção. Segundo determinação da Lei de Execução Penal, o regime semiaberto deveria ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, que só existem em poucas localidades do país. O que ocorre é a implantação de setores industriais no interior de estabelecimentos prisionais, onde os presos movimentam-se com relativa liberdade.

Já o regime aberto será fixado quando a condenação não ultrapassar quatro anos, preenchendo o réu requisitos subjetivos e cumprindo condições estabelecidas pelo juízo. O próprio Código Penal determina que seu cumprimento se dê em casa do albergado, e mais uma vez verificamos a ineficiência Estatal já que inexistente tal instituição. Diante disso, nossos Tribunais têm entendido que o sentenciado deve recolher-se em residência particular, a chamada prisão albergue domiciliar, a qual, em verdade, somente seria admitida se o condenado fosse maior de setenta anos ou se estivesse acometido de doença grave ou ainda, se a condenada fosse mulher com filho menor ou deficiente físico ou mental ou se fosse gestante.

O regime disciplinar diferenciado só é aplicado nos casos em que o preso provisório ou definitivo houver cometido crime doloso que provoque a subversão da ordem do presídio, ao condenado em relação ao qual haja suspeita de participação em organização criminosa e ao condenado de alta periculosidade. Terá duração máxima de trezentos e sessenta dias sendo possível a prorrogação do regime no caso de nova falta desde que não exceda 1/6 da pena total a ser cumprida. Se a inclusão nesse regime for preventiva, sua duração não poderá ultrapassar dez dias.

Nesse passo, verificamos que para que houvesse maior efetividade do caráter ressocializador da pena, foram previstos os institutos da progressão e da regressão de regime.

O sistema progressivo de pena determina que o sentenciado, no decorrer de seu cumprimento, não permaneça todo o tempo no mesmo regime, mas seja transferido a regime menos rigoroso, visando sua reinserção gradativa no ambiente social, mostrando, aos poucos, sua aptidão para retornar a este convívio. Apoiado neste benefício poderá, paulatinamente, ganhar a liberdade e abreviar sua privação, o que também serve sobremaneira para desafogar os estabelecimentos prisionais.

Notamos que a progressão de regime deverá ser realizada em etapas, em obediência aos preceitos legais, cumprindo o sentenciado o requisito temporal em cada um dos regimes, e se dará do fechado ao semiaberto e deste ao aberto, alcançando então, o sentenciado, a liberdade.

Para fazer jus a esse benefício, que é um direito público subjetivo do condenado, este deverá preencher requisitos objetivos e subjetivos analisados no presente estudo.

O objetivo é o lapso temporal, que deverá ser de, no mínimo, um sexto da pena, salvo nos casos de crimes hediondos, para os quais a Lei 11.064/07 determinou que o lapso deverá ser de dois quintos para primários e três quintos para reincidentes.

Sobre o requisito subjetivo, este corresponde ao mérito do condenado, ou seja, boa conduta carcerária, demonstrando que ele está preparado para cumprir pena em regime mais brando.

E ao contrário do que ocorre na progressão, a Lei de Execução Penal estabelece que o condenado, por ausência de mérito, retornará ao regime mais severo de cumprimento de pena através do instituto da regressão de regime. Suas causas justificadoras são: praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; e, na hipótese de se encontrar em regime aberto, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

Observamos que a regressão de regime inclusive pode ser cautelar e ocorrer antes da conclusão do procedimento disciplinar, quando se fizer necessária a tomada de medida emergencial para fins de suspender o cumprimento de pena no regime dentro do qual o sentenciado praticou o ato reprovável para que não se frustre os fins da execução.

Verificamos também que atualmente os Tribunais acertadamente têm rechaçado a execução antecipada da pena e decidiram por sua inconstitucionalidade basicamente sob o argumento de que a execução da pena só pode ocorrer com sentença penal condenatória transitada em julgado, em homenagem aos princípios constitucionais da não-culpabilidade e da inocência.

Conclui-se que, muito embora os dispositivos da Lei de Execução Penal tratem de temas de suma importância, por vezes são desprezados, principalmente ao falarmos do sistema penitenciário brasileiro, que obsta a execução da pena nos moldes estabelecidos na sentença condenatória, bem como a efetividade e o alcance dos resultados pretendidos com os institutos da progressão e regressão.

Em que pese o notável sentido dos institutos da progressão e da regressão de regime, esses não são cumpridos e aproveitados em sua totalidade, eis que a realidade brasileira não corresponde aos moldes tão bem determinados pela Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da Execução Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral, volume 1** – 6. ed. Verificada e atualizada pelas leis 9.099/95, 9.268/96, 9.271/96, 9.455/97 e 9.714/98, do livro Lições de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JUNIOR, Roberto, e DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 7. ed. Revista, Atualizada e Ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio, 1926-1985. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. 22. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à lei de execução penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11-07-84**. 5. ed. Revisada e Atualizada. São Paulo: Atlas, 1992.

_____, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOURA TELES, Ney. **Direito Penal, parte geral: arts. 1ª a 120, Vol. 1**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA FRANCO, Alberto, e STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. Verificada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Supremo Tribunal Federal
COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 01.09.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 4 5 - 3

510

23/02/2006

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
COATOR(A/S)(ES) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO :
 SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies
 fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior
 ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará
 convívio social.

PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO
 PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90
 INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com
 garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI,
 Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento
 da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência
 princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial
 assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei
 8.072/90.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam
 ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob
 presidência do ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata
 julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir
 pedido de *habeas corpus* e declarar, *incidenter tantum*,
 inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25
 julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos o ministro
 Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello
 Nelson Jobim, Presidente. O Tribunal, por votação unânime



HC 82.959 / SP

explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

Brasília, 23 de fevereiro de 2006.

MARCO AURÉLIO

-

RELATOR

06/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.959-7 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
 PACIENTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
 IMPETRANTE(S) : OSEAS DE CAMPOS
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 COATOR(A/S) (ES) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Superior Tribunal de Justiça, ao indeferir a ordem no *habeas corpus* com o qual se defrontou, assim resumiu as teses sufragadas (folha 31):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE OU MORTE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, LEI 8.072/90. CONSTITUCIONALIDADE. NÃO REVOGAÇÃO PELA LEI 9.455/97.

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, nas suas formas qualificadas ou simples, ou seja, mesmo que deles não resulte lesão corporal grave ou morte, e ainda que praticados mediante violência presumida, são considerados hediondos, devendo as suas respectivas penas serem cumpridas em regime integralmente fechado, por aplicação do disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

- E na linha do pensamento predominante no Supremo Tribunal Federal, consolidou, majoritariamente, o entendimento de que a Lei nº 9.455/97, que admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, não revogou o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, que prevê o regime fechado integral para os chamados hediondos.

- É firme o posicionamento desta Corte, em consonância com a jurisprudência do STF, no sentido da compatibilidade da norma do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 com a Constituição Federal.

- **Habeas-corpus** denegado.

HC 82.959 / SP

O paciente, com a peça de folha 2 a 7, sustenta: que o ato praticado deveria merecer enquadramento como obsceno e não como atentado violento ao pudor; que a violência presumida em relação à vítima menor de quatorze anos não qualifica o crime de atentado violento ao pudor como hediondo; a ausência de fundamentação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça; a impossibilidade de aumento da pena em um sexto, por não revelar a espécie crime continuado; a incoerência de ter-se progressão no regime de cumprimento da pena em se tratando de crime de tortura e não se lograr o mesmo na espécie. Requer a absolvição e, assim não se concluindo, a redução da pena e a progressão no regime de cumprimento.

O parecer da Procuradoria Geral da República é no sentido do indeferimento da ordem (folhas 41 e 42).



HC 82.959 / SPV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Os parâmetros objetivos deste habeas são revelados ante o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, apenas cabe o exame da questão referente à Lei nº 8.072/90 e a relativa à alegada falta de fundamentação do que assentado. Quanto ao vício de forma, ou seja, à falta de fundamentação do que decidido, o acórdão de folha 23 a 31 noticia a improcedência da articulação. A Corte revelou os fundamentos pelos quais a ordem não se mostrou procedente, citando arestos em torno da matéria. No mais, valho-me de votos proferidos, salientando que este processo esteve em mesa para julgamento na última sessão do primeiro semestre do corrente ano judiciário, havendo ocorrido o adiamento.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990

Esta matéria conduziu-me a afetar, na forma prevista no artigo 22 do Regimento Interno, o presente caso a este Plenário. É que tenho como relevante a arguição de conflito do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a Constituição Federal, considerado quer o princípio isonômico em sua latitude maior, quer o da individualização da pena previsto no inciso XLVI do artigo 5º da Carta, quer, até mesmo, o princípio implícito segundo o qual o legislador ordinário deve atuar tendo como escopo maior o bem comum, sendo indissociável da noção deste último a observância da dignidade da pessoa humana, que é solapada pelo afastamento, por completo, de contexto revelador da esperança, ainda que mínima, de passar-se ao cumprimento da pena em regime menos rigoroso.

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no artigo 1º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água

HC 82.959 / SP

potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhe são próprias, mas de episódio criminoso no qual, por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que uma linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade ímpar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

Senhor Presidente, tenho o regime de cumprimento da pena como algo que, no campo da execução, racionaliza-a, evitando a famigerada idéia do "mal pelo mal causado" e que sabidamente é contrária aos objetivos do próprio contrato social. A progressividade do regime está umbilicalmente ligada à própria pena, no que, acenando ao condenado com dias melhores, incentiva-o à correção de rumo e, portanto, a empreender um comportamento penitenciário voltado à ordem, ao mérito e a uma futura inserção no meio social. O que se pode esperar de alguém que, antecipadamente, sabe da irrelevância dos próprios atos e reações durante o período no qual ficará longe do meio social e familiar e da vida normal que tem direito um ser humano; que ingressa em uma penitenciária com a tarja da despersonalização?

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito, dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a

HC 82.959 / SP

possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza - inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

Conforme salientado na melhor doutrina, a Lei nº 8.072/90 contém preceitos que fazem pressupor não a observância de uma coerente política criminal, mas que foi editada sob o clima da emoção, como se no aumento da pena e no rigor do regime estivessem os únicos meios de afastar-se o elevado índice de criminalidade.

Por ela, os enquadráveis nos tipos aludidos são merecedores de tratamento diferenciado daquele disciplinado no Código Penal e na Lei de Execuções Penais, ficando sujeitos não às regras relativas aos cidadãos em geral, mas a especiais, despontando a que, fulminando o regime de progressão da pena, amesquinha a garantia constitucional da individualização.

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade - e, portanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) - e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurgem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, alfin, os próprios fatores subjetivos que desaguaram na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, fazendo-o no § 3º do artigo 33 e no

HC 82.959 / SP

inciso II do próprio artigo 59. Todavia, ao que tudo indica, receou-se, quando da edição da Lei nº 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juizes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento.

Assentar-se, a esta altura, que a definição do regime e modificações posteriores não estão compreendidas na individualização da pena é passo demasiadamente largo, implicando restringir garantia constitucional em detrimento de todo um sistema e, o que é pior, a transgressão a princípios tão caros em um Estado Democrático como são os da igualdade de todos perante a lei, o da dignidade da pessoa humana e o da atuação do Estado sempre voltada ao bem comum. A permanência do condenado em regime fechado durante todo o cumprimento da pena não interessa a quem quer que seja, muito menos à sociedade que um dia, mediante o livramento condicional ou, o mais provável, o esgotamento dos anos de clausura, terá necessariamente que recebê-lo de volta, não para que este torne a delinquir, mas para atuar como um partícipe do contrato social, observados os valores mais elevados que o respaldam.

Por último, há de se considerar que a própria Constituição Federal contempla as restrições a serem impostas àqueles que se mostrem incursos em dispositivos da Lei 8.072/90 e dentre elas não é dado encontrar a relativa à progressividade do regime de cumprimento da pena. O inciso XLIII do rol das garantias constitucionais - artigo 5º - afasta, tão-somente, a fiança, a graça e a anistia para, em inciso posterior (XLVI), assegurar de forma abrangente, sem excepcionar esta ou aquela prática delituosa, a individualização da pena. Como, então, entender que o legislador ordinário o possa fazer? Seria a mesma coisa que estender aos chamados crimes hediondos e assim enquadrados pela citada Lei, a imprescritibilidade que o legislador constitucional somente colou às ações relativas a atos de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLVI). Indaga-se: é possível ao legislador comum fazê-lo? A resposta somente pode ser negativa, a menos que se coloque em plano secundário a circunstância de que a previsão constitucional está contida no elenco das garantias constitucionais, conduzindo, por isso mesmo, à ilação no sentido de que, a *contrario sensu*, as demais ações ficam sujeitas à regra geral da prescrição. O mesmo raciocínio tem pertinência no que concerne à extensão, pela Lei em comento, do dispositivo atinente à clemência ao indulto, quando a Carta, em norma de exceção, apenas rechaçou a anistia e a graça - inciso XLIII do artigo 5º.

Destarte, tenho como inconstitucional o preceito do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, no que dispõe que a pena imposta pela prática de qualquer dos crimes nela mencionados será cumprida, integralmente, no regime fechado.



HC 82.959 / SP

As razões acima foram lançadas quando proferi voto no *Habeas Corpus* n° 69.657-1/SP, havendo ficado vencido na companhia do ministro Sepúlveda Pertence. O Pleno concluiu de forma diversa. Consigno que continuo convicto da inconstitucionalidade do preceito.

DA DERROGAÇÃO DA LEI N° 8.072/90 PELA LEI N° 9.455/97

Valho-me também de voto proferido neste Plenário no *Habeas Corpus* n° 76.371-0/SP:

Hoje, tem-se quadro normativo novo, considerada a Lei definidora dos parâmetros alusivos ao crime de tortura. Por isso, a matéria está a merecer reflexão.

Nota-se que a Carta de 1988 colocou, em pé de igualdade, os crimes de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de terrorismo e os definidos como hediondos, fazendo-o mediante preceito que tem o seguinte teor:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem.

À luz da repercussão social dos citados crimes e, a partir de enumeração que tem início com o mais gravoso - o crime de tortura -, obstaculizou-se a concessão de fiança, a graça e a anistia. Pois bem, desse preceito surge a certeza de um tratamento sistemático, observada a isonomia. A Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, definiu como crimes hediondos o latrocínio (artigo 157, § 3º, *in fine*), a extorsão qualificada pela morte (artigo 158, § 2º), a extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, *caput*, e §§ 1º, 2º e 3º), o estupro (artigo 213, *caput*, e combinação com o artigo 223, *caput*, e parágrafo único), o atentado violento ao pudor (artigo 214 e combinação com o artigo 223, *caput*, e parágrafo único), a epidemia com resultado morte (artigo 267, § 1º), o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (artigo 270, combinado com o artigo 285), todos do Código Penal e, ainda, o crime de genocídio (artigos 1º, 2º e 3º da Lei n° 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. Em relação a eles e, também, no tocante à prática da tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, acrescentaram-se, à impossibilidade de chegar-se à fiança, à graça e à anistia, três outras regras: a primeira,

HC 82.959 / SP

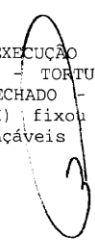
envolvida na espécie, ou seja, a do cumprimento integral da pena em regime fechado; a segunda, direcionada ao juiz e à necessidade de vir a fundamentar hipótese de interposição de recurso - da apelação - em liberdade. E a última, referente à prisão temporária de que cuida a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, revelando-a, nos citados crimes, como passível de alcançar trinta dias, período prorrogável por idêntico espaço de tempo em caso de extrema e comprovada necessidade. Ora, está-se diante de tratamento próprio, sistemático, quanto a consequências do crime, considerados procedimentos glosados penalmente que encerram, para efeito de tratamento no campo da persecução criminal, um grande todo. No caso da tortura, veio à balha diploma específico, definidor do respectivo tipo, e aí, em verdadeira correção de rumo no sentido de respeitar-se a Constituição Federal, isso relativamente à individualização da pena, dispôs-se sobre o início do cumprimento da pena em regime fechado, viabilizando-se, assim, a conclusão acerca de haver sido contemplada a progressão no regime de cumprimento da pena. O legislador, ao prever apenas o início, tão-somente o início, de cumprimento da pena no regime mais rigoroso, sinalizou no sentido da pertinência de fases outras, adentrando-se o regime semi-aberto e o aberto. Logo, exsurgiu disposição contrária ao sistema a que me referi, ao § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Não faz sentido entender-se que o crime mais grave do rol - o de tortura - contemple a aplicação da pena e o cumprimento em regime de progressão, não o admitindo os demais crimes situados no mesmo sistema. Com inteira razão, consignou a Procuradoria Geral da República, em peça subscrita pelo Subprocurador-Geral Cláudio Lemos Fonteles:

14. Ocorre que a recente Lei 9455/97, que definiu os crimes de tortura, também fixou disposições no espaço que lhe foi constitucionalmente conferido, fazendo-o de forma mais amena, na preservação de filosofia compatível com a progressão criminal. Disse, então, no § 7º, do artigo 1º, do cumprimento inicial da pena, no regime fechado.

15. Ora, quando duas leis infra-constitucionais, no espaço próprio que a Constituição confere-lhes dispor, dispõem diferentemente sobre tratamento que a Constituição quer comum e idêntico às situações - infrações penais - que expressa, há de prevalecer a disposição normativa mais favorável ao réu, pena violar-se o tratamento constitucional isonômico (folha 148).

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de enfrentar a matéria e assentou, no julgamento do Recurso Especial nº 140.617/GO que:

RESP - CONSTITUCIONAL - PENAL - EXECUÇÃO DA PENA - CRIMES HEDIONDOS (LEI Nº 8.072/90) - TORTURA (LEI Nº 9.455/97) - EXECUÇÃO - REGIME FECHADO - A Constituição da República (art. 5º, XLIII) fixou o regime comum, considerando-os inafiançáveis e



HC 82.959 / SP

insuscetíveis de graça ou anistia, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. A Lei nº 8.072/90 conferiu-lhes a disciplina jurídica dispendo:

"A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado" (art. 2º, § 1º).

A Lei nº 9.455/97 quanto ao crime de tortura registra no art. 1º-7º:

"O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado."

A Lei nº 9.455/97, quanto à execução da pena, é mais favorável do que a Lei nº 8.072/90. Afetou, portanto, no particular, a disciplina unitária determinada pela Carta Política. Aplica-se incondicionalmente. Assim, modificada, no particular a lei dos crimes hediondos. Permitida, portanto, quanto a esses delitos, a progressão de regimes (decisão unânime, Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, havendo participado do julgamento os Ministros Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Alselmo Santiago e William Paterson - in Consu Lex ano I, nº 11, de 30 de novembro de 1997).

Há de ter-se presente o que Tercio Sampaio Ferraz aponta como "princípio hermenêutico da unidade da Constituição", no que direciona à lógica, ao afastamento de conclusões conducentes a verdadeiro paradoxo, e este é revelado com a óptica de encerrar a ordem jurídico-constitucional base para tratamento diferenciado de casos a envolver crimes que foram tidos como dotados de semelhante potencial agressivo e, o que é pior, albergando-se tratamento mais favorável, considerado o regime de cumprimento de pena, ao mais repugnante, ao mais ofensivo à dignidade do homem, à própria natureza, como é o de tortura. Neste, condenado o acusado, cumprirá a pena de forma progressiva, ou seja, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto. Nos demais crimes, de nocividade que não suplanta, a toda evidência, a tortura, no que quase sempre é de autoria de quem tem o dever de preservar o direito constitucional não só do cidadão, mas também do preso, à integridade física e moral - incisos XLVII e XLIX do artigo 5º da Carta de 1988, a pena será cumprida integralmente no regime fechado.

Verifica-se, na espécie, derrogação tácita do artigo 2º da Lei nº 8.072/90. Em face de incompatibilidade decorrente da imposição constitucional de um sistema harmônico de disciplina penal - inciso XLIII, do artigo 5º - não mais subsiste, por opção político-legislativa-criminal revelada no artigo 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97 (Lei da Tortura) a regra, aliás conflitante com o princípio constitucional de individualização da pena -

HC 82.959 / SP

inciso XLVI do mesmo artigo 5º - reveladora do esdrúxulo cumprimento da pena, na integralidade, em regime fechado.

Nesse sentido é a melhor doutrina - Alberto Silva Franco:

Vale acentuar que o legislador constitucional, ao estabelecer, no inc. XLIII, do art. 5º da Constituição Federal, restrições, de caráter penal e processual penal, aos delitos ali mencionados, deu-lhes um tratamento rigorosamente uniforme, equiparando-os em sua danosidade social. A própria Lei 8.072/90, mesmo estabelecendo restrição ao nível da execução penal, não prevista no texto constitucional, teve a preocupação de não criar distinções entre as hipóteses constitucionalmente iguais. Agora, no entanto, há uma separação bem nítida. De um lado, os crimes hediondos, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes não autorizam o sistema progressivo na execução da pena; de outro, o delito de tortura consagra o referido regime prisional. Essa mudança de perspectiva mostra-se muito mais profunda do que possa, à primeira vista, parecer na medida em que se torna, para efeito de buscar-se a uniformidade de tratamento estabelecida na Constituição Federal, ponto de referência para a ampliação da regra contida na Lei 9.455/97. O ordenamento penal constitui um sistema racional de normas e, como tal, não suporta contradições internas. Não há razão lógica que justifique a aplicação do sistema progressivo aos condenados por tortura e que, ao mesmo tempo, se negue igual sistema aos condenados por crimes hediondos. Nem sob o ponto de vista do princípio da lesividade, nem sob o ângulo político-criminal, há possibilidade de considerar-se a tortura um fato delituoso menos grave do que os crimes hediondos ou o tráfico ilícito de entorpecentes. A extensão da regra do § 7º, do art. 1º da Lei 9.455/97, para todos os delitos referidos na Lei 8.072/90, equaliza hipóteses fáticas que estão constitucionalmente equiparadas e restabelece, em sua inteireza, a racionalidade e a sistematização do ordenamento penal. Além disso, representa uma tomada de posição do legislador ordinário em sintonia fina com o texto constitucional (*Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 19, página 69).

Destarte, forçoso é concluir pela derrogação pela Lei nº 9.455/97 da Lei nº 8.072/90, ficando ultrapassada assim a visão extravagante, sob todos os títulos, do integral cumprimento da pena em regime fechado. Concedo a ordem e, portanto, assento que, já agora, a esta altura, considerado o arcabouço normativo no que norteado pela Carta da República, não temos mais a vigorar o preceito da Lei nº 8.072/90, que cogitou, no passado, para mim, do cumprimento integral da pena no regime fechado.

É como voto, na espécie dos autos.

HC 82.959 / SP

DO ENQUADRAMENTO DO ESTUPRO E DO ATENTADO VIOLENTO AO
PUDOR COMO CRIME HEDIONDO

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 77.480-7/SP, perante
a Segunda Turma, tive a oportunidade de consignar:

Permito-me, no entanto, marcar posição a respeito, tendo em vista o teor do voto do Relator, no que remete a precedente desta Corte, no sentido de ser dispensável para a atração do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 a ocorrência de lesão corporal grave ou morte. É que, no referido artigo, deu-se a exacerbação da pena, aumentada de metade. Portanto, a Lei nº 8.072/90, além de haver alterado o balizamento do artigo 214 do Código Penal, elevando-o de dois a sete anos para seis a dez anos, previu, ainda assim, o aumento de metade. Fê-lo, em bom vernáculo, mediante conjugação de três artigos, ou seja, dos artigos 214, 223, *caput* e parágrafo único, e 224 do Código Penal. Vale dizer, para que se tenha a pena majorada, indispensável é que, do atentado, haja resultado lesão de natureza grave ou morte e, ainda, que a vítima não tenha mais de catorze anos, seja alienada ou débil mental, conforme previsão do artigo 224, conhecendo o agente tal circunstância, ou não tenha podido, por qualquer outra causa, oferecer resistência. Somente então é que se chega, em face do acúmulo de circunstâncias negativas, à majoração. Uma vez ocorrido o concurso, na espécie, desses três artigos, a majoração de metade dar-se-á consideradas as penas não do artigo 214, em si, mas do artigo 223, ou seja, de oito a doze anos e de doze a vinte e cinco anos.

Posteriormente, ante o dissenso surgido, o tema veio a Plenário e ora é suscitado novamente, em virtude da alteração na composição. Fiz ver, então:

Devo dizer que somei o meu voto, no âmbito da Segunda Turma, ao do ministro Néri da Silveira, estabelecendo, numa interpretação para mim teleológica e sistemática, que a Lei nº 8.072/90 somente enquadra como hediondo os crimes de estupro e o de atentado violento ao pudor quando cometidos com grave lesão ou seguidos de morte. Ao assim proceder, considerei a própria lei mencionada e, mais do que isso, a ordem natural das coisas, a impossibilidade de colocar, na mesma vala, o atentado violento ao pudor e o estupro - sem a grave lesão, sem a morte - e os

HC 82.959 / SP

crimes com essas qualificadoras. Não há como dar aos preceitos interpretação que leve à incoerência - o homicídio simples não é crime hediondo, mas o atentado violento ao pudor, sem as ocorrências citadas, o é.

A Lei nº 8.072/90, no artigo 9º, refere-se a outras figuras penais. É sintomático que, apenas em relação ao estupro e ao atentado violento ao pudor, a norma utilize o vocábulo "combinação". A meu ver, esse dado deve ser levado em conta para concluir-se pelo real sentido do dispositivo, no que acaba por agravar a situação do condenado. Isso não implica dizer que esses tipos ficariam apenados de maneira menos acentuada, já que o mínimo para eles previsto é substancial.

Reporto-me ao voto proferido e concluo em consonância com os votos dos ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, distinguindo, portanto, a forma qualificada para, então, ter como incidente o disposto no artigo 9º da Lei nº 8.072/90.

Concedo a ordem para, cassando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assentar o direito do paciente à progressão no regime de cumprimento da pena, declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

1048

Supremo Tribunal Federal

Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 35 Divulgação 25/02/2010 Publicação 26/02/2010
 Ementário nº 2391 - 5

05/02/2009

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 PACIENTE(S) : OMAR COELHO VITOR
 IMPETRANTE(S) : OMAR COELHO VITOR
 ADVOGADO(A/S) : JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E
 OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : LUÍS ALEXANDRE RASSI
 COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade,



Supremo Tribunal Federal

1049

HC 84.078 / MG

quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente".

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual

Ordem concedida.

*Supremo Tribunal Federal***1050****HC 84.078 / MG****A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de fevereiro de 2009.


EROS GRAU

-

RELATOR

*Supremo Tribunal Federal***1051****26/10/2004****PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS**

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 PACIENTE(S) : OMAR COELHO VITOR
 IMPETRANTE(S) : OMAR COELHO VITOR
 ADVOGADO(A/S) : JOÃO EDUARDO DE DRUMOND VERANO E
 OUTRO(A/S)
 ADVOGADO(A/S) : LUÍS ALEXANDRE RASSI
 COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: Trata-se de pedido habeas-corpus substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, em que se atribui ao Superior Tribunal de Justiça constrangimento ilegal, consubstanciado na denegação de *habeas corpus* cuja ementa tem o seguinte teor:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. LEGITIMIDADE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DADA A INEXISTÊNCIA EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA.

É assente a diretriz pretoriana no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade não inibe a constrição do *status libertatis* do réu com condenação confirmada em segundo grau, porquanto os recursos especial e extraordinário são, em regra, desprovidos de efeito suspensivo.

Precedentes do STF e do STJ.

Ordem denegada."

2. O paciente foi denunciado pela prática do crime tipificado no artigo 121, § 2º, I e IV, c/c o artigo 14, II, todos do Código Penal. O Tribunal do Júri acolheu a tese de homicídio



privilegiado e o condenou a 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Levado a novo Júri em virtude do provimento da apelação do Ministério Público, o paciente foi condenado a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime **integralmente** fechado, posteriormente corrigido para o **inicialmente** fechado pelo TJ/MG, no julgamento da apelação da defesa.

3. Esta interpôs recursos extraordinário e especial; este último foi admitido pelo Presidente do Tribunal estadual.

4. O Ministério Público requereu a prisão preventiva antes da admissão do recurso especial porque o paciente é "... renomado produtor de leite nas paragens da Comarca de Passos, dispondo de invejável plantel que repentinamente colocou à venda, ajustando leilão para o próximo dia 22/09/2001, onde propõe a 'Liquidação Total do Rebanho Holandês', bem como de 'Máquinas Agrícolas e Equipamentos de Leite'; daí que "... pelo vulto do patrimônio que está a disponibilizar, cotejado com o decreto condenatório confirmado em segundo grau de jurisdição, está ele a demonstrar seu intento de se fazer furtar da aplicação da lei penal, mobilizando seu patrimônio de forma a facilitar sua evasão".

5. A prisão preventiva foi decretada em decisão do seguinte teor:

"Acolho as ponderações da douta Procuradoria de Justiça, constantes de fls. 835/837, determinando que se expeça competente mandado de prisão em desfavor do réu OMAR VITOR COELHO."

6. O impetrante alega que o móvel deste writ é a inidoneidade dos fundamentos da prisão cautelar; não a possibilidade



da execução da sentença pendente de recurso sem efeito suspensivo, no caso o Resp, tal como reconhecido pelo Ministro Fontes de Alencar ao julgar a medida cautelar que antecedeu o habeas-corpus impetrado naquela Corte. Em outras palavras, o que se questiona é se há base empírica para manter a prisão preventiva fundada na garantia da aplicação da lei penal; não a execução prematura da sentença condenatória, que deve ser afastada, sob pena de afronta ao princípio da inocência presumida.

7. Restrita a tese à inaptidão do fundamento para a prisão excepcional, o impetrante diz ser falsa a base concreta afirmada pelo Ministério Público estadual, eis que a intenção do paciente quando anunciou a liquidação de seus bens foi a de mudar de ramo, não a de furtar-se à aplicação da lei penal, conforme se pode inferir dos documentos comprobatórios dos gastos efetuados no exercício da nova atividade.

8. Requer a concessão de liminar para sustar os efeitos do decreto de prisão preventiva, com a expedição de salvo-conduto. No mérito, pugna pelo deferimento do writ, confirmando-se a cautelar.

9. O Ministro Nelson Jobim reconsiderou a decisão pela qual indeferira a liminar, concedendo-a (fls. 320/324)

10. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República Haroldo Ferraz da Nóbrega, opina pela denegação da ordem (fls. 339/344).

É o relatório.



26/10/2004**PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 84.078-7 MINAS GERAIS****V O T O**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator): A base empírica de sustentação da prisão preventiva --- receio de frustração da aplicação da lei penal --- foi rechaçada pelo Ministro Nelson Jobim, então relator. S. Excia. considerou a circunstância de o paciente ter alienado determinados bens a fim de adquirir equipamentos e insumos necessários ao desenvolvimento de nova atividade econômica.

2. Afastado o fundamento da prisão preventiva, o encarceramento do paciente após o julgamento do recurso de apelação ganha contornos de execução antecipada da pena.

3. Após votar pela denegação da ordem, na linha da jurisprudência da Corte, que afirma a inexistência de óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, a Turma deliberou afetar a matéria ao Pleno.

4. Refletindo a propósito da matéria, estou inteiramente convicto de que o entendimento até agora adotado pelo Supremo deve ser revisto.

5. O artigo 637 do Código de Processo Penal --- decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1.941 --- estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo



recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença"¹.

6. A Lei de Execução Penal --- Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984 --- condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória (artigo 105²), ocorrendo o mesmo com a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147³). Dispõe ainda, em seu artigo 164⁴, que a certidão da sentença condenatória **com trânsito em julgado** valerá como título executivo judicial.

7. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

8. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP.

9. No que concerne à pena restritiva de direitos, ambas as Turmas desta Corte vêm interpretando o artigo 147 da Lei de Execução

¹ Exatamente esta é a redação do texto normativo; transcrevo-a entre aspas.

² Transitando 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.

³ Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

⁴ Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora.



*Supremo Tribunal Federal***1056****HC 84.078 / MG**

Penal à luz do texto constitucional, com o que afastam a possibilidade de execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Vejam-se as seguintes ementas:

"AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs."

(HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006).

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

O artigo 147 da Lei de Execução Penal é claro ao condicionar a execução da pena restritiva de direitos ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes.

Ordem concedida."

(HC n. 86.498, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 19/5/2006).

"EMENTA 'HABEAS CORPUS' - PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXECUÇÃO DEFINITIVA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - PEDIDO INDEFERIDO. - As penas privativas de direitos somente podem sofrer execução definitiva, não se legitimando, quanto a elas, a possibilidade de execução provisória, eis que tais sanções penais alternativas dependem, para efeito de sua efetivação, do trânsito em julgado da sentença que as aplicou. Lei de Execução Penal (art. 147). Precedente."

(HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004).

10. No mesmo sentido, os HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda



Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006.

11. Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevier título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação do princípio da isonomia. Note-se bem que é à isonomia na aplicação do direito, a expressão originária da isonomia, que me refiro. É inadmissível que esta Corte aplique o direito de modo desigual a situações paralelas.

12. Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura que nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão adversa ao que dispõe o inciso LVII do seu artigo 5º. Apenas um desafeto da Constituição --- lembro-me aqui de uma expressão de GERALDO ATALIBA, exemplo de dignidade, jurista maior, maior, muito maior do que pequenos arremedos de jurista poderiam supor --- apenas um desafeto da Constituição admitiria que ela permite seja alguém considerado culpado anteriormente ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Apenas um desafeto da Constituição admitiria que



alguém fique sujeito a execução antecipada da pena de que se trate. Apenas um desafeto da Constituição.

13. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. Lembro, a propósito, o que afirma ROGÉRIO LAURIA TUCCI⁵, meu colega de docência na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "o acusado, como tal, somente poderá ter sua prisão provisória decretada quando esta assuma natureza cautelar, ou seja, nos casos de prisão em flagrante, de prisão temporária, ou de prisão preventiva"⁶.

14. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

15. Se tomarmos sob exame os textos normativos construídos no período compreendido pelos anos oitenta e noventa do século passado, discerniremos nítida oposição entre o que se convencionou chamar de "garantismo", na década de 80 [em 1.984, precisamente --- com a

⁵ Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, 2ª ed., RT, São Paulo, 2.004, p. 281. Do mesmo autor, Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 33 (ano 9), págs. 250-251.

⁶ No mesmo sentido, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 13ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1.992, vol. 1, p. 63. "[...] enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de cautela".

reforma penal --- e em 1.988, na Constituição do Brasil] e a produção, na década de 90, de preceitos penais e processuais penais marcados, na dicção de ALEXANDRE WUNDERLICH⁷, "pelo repressivo insano e pelo excesso de criações punitivas".

16. O modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1.984 confere concreção ao chamado princípio da presunção de inocência, admitindo o cumprimento da pena apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A Constituição de 1.988 dispõe regra expressa sobre esta matéria. Aqui, como observou o Ministro Cezar Peluso em voto na Reclamação 2.311, não é relevante indagarmos se a Constituição consagra, ou não, presunção de inocência. O que conta, diz ainda o Ministro Cezar Peluso, é o "enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, qualquer sanção ou consequência jurídica gravosa que dependa dessa condição constitucional, ou seja, do trânsito em julgado da sentença condenatória".

17. Esse quadro foi alterado no advento da Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais atinentes aos processos que tramitam perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que os recursos extraordinário e especial "serão recebidos no efeito devolutivo". A supressão do efeito suspensivo desses recursos é expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, logo em seguida, na edição da Lei n. 8.072/90, a "lei

⁷ *Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada*, in *Crítica à execução penal*, [org. Salo de Carvalho], Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2.002, pág. 510.

dos crimes hediondos", alterada em 1.994 e em 1.998⁸. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente"⁹. Essa desenfreada vocação à substituição de justiça por vingança denuncia aquela que em outra ocasião referi como "estirpe dos torpes delinqüentes enrustidos que, impunemente, sentam à nossa mesa, como se fossem homens de bem"¹⁰.

18. O casuísmo do legislador na elaboração da lei 8.072/90 é o mesmo casuísmo do legislador da Lei n. 8.038/90, determinado pela onda de extorsões mediante seqüestro, notadamente os casos *Abílio Diniz*, em São Paulo, e *Roberto Medina*, no Rio de Janeiro, e pela reação a que de pronto deram causa. A crítica de ALBERTO SILVA FRANCO¹¹ ao primeiro aplica-se ao segundo: "É mister, portanto, que se denuncie com eloquência esta postura ideológica, que representa um movimento regressivo, quer no direito penal, quer no direito processual penal, quer ainda na própria execução penal. [...] Não basta a denúncia da postura autoritária. É necessário o seu desmonte implacável. E isso poderá ser feito, sem dúvida, pelo próprio juiz na medida em que, indiferente às pressões dos meios de comunicação social e à incompreensão de seus próprios colegas, tenha a coragem de apontar as inconstitucionalidades e as impropriedades contidas na Lei 8.072/90". A produção legislativa penal e processual penal dos

⁸ Leis ns. 8.930/94 e 9.677/98.

⁹ O salão dos passos perdidos, 3ª impressão, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1.997, pág. 219.

¹⁰ Meu Do ofício de orador, 2ª edição, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2.006, pág. 72.

¹¹ Crimes Hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 98/99.

anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas --- a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética --- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

19. A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964, a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: "... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar, ou de antecipação do cumprimento da pena. (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação, são coisas, data venia, que se '*hurlent de se trouver ensemble*'. Também o Ministro MARCO AURÉLIO afirmou, quando desse mesmo julgamento, a impossibilidade, sem afronta ao artigo 5º da Constituição de 1.988, da "antecipação provisória do cumprimento da pena". Aqui, mais do

que diante de um princípio explícito de direito¹², estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. Por isso é mesmo incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. Aliás, parenteticamente --- e porque as palavras são mais sábias do que quem as pronuncia; porque as palavras são terríveis, denunciam, causticamente --- anoto a circunstância de o vocábulo *antecipada*, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada. Retomo porém o fio da minha exposição repetindo ser incompleta a notícia de que a boa doutrina tem severamente criticado a execução antecipada da pena. E isso porque na hipótese não se manifesta somente antipatia da doutrina em relação à antecipação de execução penal; mais, muito mais do que isso, aqui há oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena.

20. Não será certamente demasiada, no entanto, a lembrança do quanto observa o Professor ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, meu colega também na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: "[a] vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, sem dúvida, o aspecto mais saliente da disposição constitucional do art. 5º, inc. LVII, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado. Embora não se possa esperar que a simples enunciação formal do preceito traduza modificação imediata e substancial no comportamento da sociedade - e mesmo dos atores jurídicos - em face daqueles que se vêem envolvidos

¹² Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª edição, Malheiros Editores, 2.006, págs. 141 e ss.

com o aparato judiciário-criminal, não é possível desconhecer que a Constituição instituiu uma verdadeira garantia de tratamento do acusado como inocente até o trânsito em julgado de sentença condenatória¹³. E, mais, diz ainda ele em outro texto: "... não é legítima a prisão anterior à condenação transitada em julgado, senão por exigências cautelares indeclináveis de natureza instrumental e final, e depois de efetiva apreciação judicial, que deve vir expressa através de decisão motivada"¹⁴. A admissão da execução provisória no sistema processual penal expressa absoluta incongruência, qual anota SIDNEI AGOSTINHO BENETI, "porque não há como admitir, sem infringência a direitos fundamentais do acusado, principalmente a presunção de inocência e a garantia da aplicação jurisdicional da pena com observância do devido processo legal, que suporte ele, o acusado, a execução penal enquanto não declarada judicialmente a certeza de que cometeu ele a infração penal, o que só ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória"¹⁵. E diz FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO¹⁶: "se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada (art. 105 da Lei de Execução Penal); a interposição do recurso extraordinário ou especial impede, até final julgamento, o trânsito em julgado; não há título a justificar prisão do réu anteriormente a esse julgamento". "A prisão --- prossegue --- ou é definitiva ou provisória. Aquela pressupõe sentença condenatória transitada em julgado; esta pode ser efetivada antes, mas nos casos previstos em lei e desde que necessária (...)".

¹³ Significados da Presunção de Inocência, in Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais, coordenação de JOSÉ DE FÁRIA COSTA e MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2.006, pág. 326.

¹⁴ Presunção de inocência e prisão cautelar, Saraiva, São Paulo, 1.991, pág. 86.

¹⁵ Citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, cit., pág. 283.

¹⁶ Código de Processo Penal Comentado, 9ª. ed., revista, aumentada e atualizada, Saraiva, 2.005, págs. 465/466.



21. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que "ninguém mais será preso". Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço.

22. Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode **generalizar** o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso --- diz o argumento --- porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade *inventada*, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele *consegue* evitar a execução. Situações como estas consubstanciariam um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso --- eis o fecho de ouro do argumento --- porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora -- digo eu agora --- a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebatando a espinha e a cabeça de

quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...

23. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

25. Devo manifestar, por fim, certeza e absoluta segurança em que esta Corte prestará o devido acatamento à Constituição. E faço referência, a propósito, não apenas a decisões atinentes à afirmação da liberdade, mas a outra, bem recente, de 7 de novembro de 2.007. Desejo aludir ao RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]. Decidiu-se então, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada

importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988. Afirmção unânime, como se vê, da impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade, anteriormente ao seu trânsito em julgado, a decisão com caráter de sanção. Ora, a Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade certamente não o negará quando se trate da garantia da liberdade. Não poderá ser senão assim, salvo a hipótese de entender-se que a Constituição está plenamente a serviço da defesa da propriedade, mas nem tanto da liberdade... Afinal de contas a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

Concedo a ordem para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória.

