

8. JURISPRUDÊNCIA

8.5 Jurisprudência Organizada e Comentada

EXECUÇÃO PENAL¹

PARTE II

SÉRGIO MAZINA MARTINS²

Sumário:

22. Regime Prisional e Sistema Progressivo em Geral

⁽¹⁾ A primeira parte deste trabalho foi publicada no número anterior da *RBCCrim*, sendo que no próximo número publicaremos sua terceira parte, como sempre obedecendo a ordem das matérias seguida pela Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP). Dentro de um mesmo item, as ementas seguem a sequência da data de julgamento ou, na sua falta, da época de publicação. As siglas e abreviaturas seguem os padrões consagrados nas publicações do *IBCCrim*, com as seguintes observações específicas: “red.” indica que a ementa foi redigida pelo organizador, a partir do original do Acórdão; “dtj” indica que a decisão transitou em julgado; “tj” indica a data do trânsito em julgado; “1.ª inst.” (seguida da Vara respectiva) indica o número do feito em primeira instância; “VEC/SP” indica a Vara das Execuções Criminais da capital de São Paulo. Julgados que versam sobre mais de um tema eventualmente foram divididos por mais de um item.

⁽²⁾ O organizador externa seus agradecimentos pelas colaborações do Promotor de Justiça Dr. Álvaro Busana, renovando ainda sua gratidão pelas colaborações dos Juízes de Direito da Vara das Execuções Criminais de São Paulo e, em particular, dos magistrados Benedito Roberto Garcia Pozzer, Fernanda Gomes Camacho e Mariano Cassavia Neto.

- 22.1 Natureza jurídica e conceitos
- 22.2 Crime hediondo e assemelhado
 - 22.2.1 Possibilidade de progressão
 - 22.2.2 Impossibilidade de progressão
 - 22.2.3 Afastamento da hediondez ou da vedação
- 22.3 Crime anterior à vigência da Lei 8.072/90
 - 22.3.1 Retroatividade da vedação de progressão
 - 22.3.2 Irretroatividade da vedação de progressão
- 22.4 Vedação legal de progressão e coisa julgada
 - 22.4.1 Possibilidade de progressão
 - 22.4.2 Impossibilidade de progressão
- 22.5 Condenado estrangeiro
 - 22.5.1 Possibilidade
 - 22.5.2 Impossibilidade
- 22.6 Ações penais de conhecimento ou inquéritos pendentes
 - 22.6.1 Possibilidade
 - 22.6.2 Impossibilidade
 - 22.6.3 Critérios
- 22.7 Prisão processual vigente: impossibilidade
- 22.8 Progressão em “habeas corpus”
 - 22.8.1 Possibilidade

- 22.8.2 Impossibilidade
- 22.9 Requisito temporal: natureza jurídica
- 22.10 Requisito temporal: um sexto do total da condenação
- 22.11 Requisito temporal: um sexto do que restava de pena quando do ingresso no regime antecedente
- 22.12 Requisito temporal e longa pena a cumprir
 - 22.12.1 Deferimento
 - 22.12.2 Indeferimento
- 22.13 Mérito: natureza jurídica e conceitos
- 22.14 Casuística pelo critério preponderante da decisão
 - 22.14.1 Comportamento carcerário: indeferimento
 - 22.14.2 Faltas disciplinares - (a) deferimento - (b) indeferimento
 - 22.14.3 Perspectivas sociais, familiares, profissionais e vivenciais: indeferimento
 - 22.14.4 Quadro interno, psicológico e psiquiátrico: indeferimento
 - 22.14.5 Autocrítica - (a) deferimento - (b) indeferimento
 - 22.14.6 Assimilação da terapêutica prisional: indeferimento
 - 22.14.7 Gravidade do delito, potencial criminógeno e periculosidade - (a) deferimento - (b) indeferimento
 - 22.14.8 Predicados positivos ou negativos isolados - (a) deferimento - (b) indeferimento
 - 22.14.9 Parecer técnico e deficiência de constituição: deferimento
- 22.14.10 Parecer técnico e sua opinião - (a) deferimento - (b) indeferimento
- 22.14.11 Reincidência e maus antecedentes: indeferimento
- 22.14.12 Reparação do dano: desnecessidade
- 22.15 Reiteração do pedido: possibilidade
- 22.16 Demora na apreciação judicial do pedido
- 22.17 Decisão judicial: fundamentação
- 22.18 Decisão judicial: trânsito em julgado
- 23. Regime Aberto em Específico
 - 23.1 Condenação por crime grave: inadmissibilidade
 - 23.2 Condições de permanência: local e cidade
 - 23.3 Prisão albergue domiciliar e hipóteses legais específicas
 - 23.3.1 Deferimento
 - 23.3.2 Indeferimento
 - 23.4 Prisão albergue domiciliar na falta de casa do albergado
 - 23.4.1 Possibilidade
 - 23.4.2 Impossibilidade
 - 23.4.3 Outras soluções
 - 23.5 Manutenção em regime aberto por falta de vagas apropriadas ao devido recolhimento
 - 23.5.1 Admissibilidade
 - 23.5.2 Inclusão oportuna no estabelecimento adequado
 - 23.5.3 "Habeas corpus" em geral: inadmissibilidade
- 24. Regressão de Regime Prisional
 - 24.1 Do aberto para o fechado: possibilidade
 - 24.2 Prática de crime doloso ou de falta grave
 - 24.2.1 Admissibilidade
 - 24.2.2 Inadmissibilidade

- | | |
|--|--|
| <p>24.3 Suspensão cautelar de regime prisional</p> <p>24.3.1 Possibilidade</p> <p>24.3.2 Impossibilidade</p> <p>24.3.3 Prazo de vigência</p> <p>24.3.4 Oitiva prévia das partes ou do condenado: desnecessidade</p> <p>24.4 Procedimento de regressão</p> <p>24.4.1 Oitiva pessoal do condenado: necessidade</p> <p>24.4.2 Manifestação escrita do condenado: inadmissibilidade</p> <p>24.4.3 Decisão judicial e condenação criminal: autonomia</p> <p>24.5 Controle do mérito por "habeas corpus": inadmissibilidade</p> <p>25. Permissão de Saída</p> <p>25.1 Competência administrativa para concessão</p> <p>26. Saída Temporária</p> <p>26.1 Beneficiários: presos no regime semi-aberto</p> <p>27. Remição</p> <p>27.1 Na pena por crime hediondo ou assemelhado</p> | <p>27.2 Impossibilidade de trabalho por causa administrativa: indeferimento</p> <p>27.3 Natureza e jornada de trabalho</p> <p>27.4 Comprovação: forma</p> <p>27.5 Oitiva prévia das partes</p> <p>27.5.1 Necessidade</p> <p>27.5.2 Desnecessidade</p> <p>28. Falta Grave e Perda da Remição</p> <p>28.1 Possibilidade</p> <p>28.1.1 Casuística</p> <p>28.1.2 Oitiva prévia do condenado – (a) necessidade – (b) desnecessidade</p> <p>28.2 Impossibilidade</p> <p>28.2.1 Vício formal do procedimento administrativo</p> <p>28.2.2 Controle do mérito da responsabilização administrativa</p> <p>28.2.3 Coisa julgada da sentença concessiva da remição</p> <p>28.2.4 Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP</p> |
|--|--|

22. Regime Prisional e Sistema Progressivo em Geral

22.1 *Natureza jurídica e conceitos*

Nota: O modelo legal é o da progressividade na execução da pena privativa de liberdade. Isso implica dizer: a progressão é a regra (aqui tomada em sua acepção qualitativa e não quantitativa), enquanto a estagnação é a exceção dessa regra. Daí decorre uma importante consequência: todos os órgãos da execução devem ter por princípio seu compromisso indisponível de buscarem concretizar, em cada caso, a progressividade abstratamente imposta pela lei penal. Com ela estão comprometidas as administrações prisionais; as CTCs; os Promotores de Justiça; os Conselhos e os Departamentos

Penitenciários; os Patronatos; os Conselhos da Comunidade; e, sobretudo, o Juiz da execução penal. Já o condenado, enquanto sujeito da execução penal, não está compromissado com a progressividade: para ele, o modelo em si é exposto enquanto faculdade de exercitar (ou não) as graves responsabilidades que lhe decorrem da progressão, podendo, portanto, recusar o exercício dessa faculdade/responsabilidade e, até mesmo, cumprir integralmente sua pena sob um regime estático. Para os órgãos da execução (LEP, art. 61) a progressão não é benefício, mas compromisso, dever, império.

Do ponto de vista lógico-material (abstraido aqui o enfoque lógico-formal diante do qual todas as decisões positivas ou negativas requerem exata motivação), os órgãos da execução não devem assim justificar o porquê da pro-

gressão mas, sim, em concreto justificar o porquê da estagnação; o porquê da não-regra; o porquê da exceção. O sistema, ao contrário do que se acredita, não é indiferente à progressividade: antes, esta é o próprio sistema enquanto tal; sua conformação bruta; ao mesmo tempo feição e essência.

A progressividade emana diretamente da concepção dialética da pena privativa de liberdade. Ela é a coreografia e a complementaridade dos conceitos de contenção e de libertação: conceitos opostos, porém reciprocamente dialógicos que se reclamam para que possam ser operacionalizáveis em concreto. Não poderíamos cogitar de uma concepção dialética da pena privativa de liberdade se não dispuséssemos da progressividade enquanto instituto real. Em suma, é a progressividade que rompe com a idéia retributiva da pena privativa de liberdade e, assim, que primeiramente atende às exigências pré-constitucionais de pena enquanto processo de dignificação humana; enquanto medida de justiça; de solidariedade; enquanto ação de libertação. Assim também quanto às exigências propriamente constitucionais da pena verdadeiramente individualizada; da pena internamente limitada; da pena não degradante e da pena não cruel. Progressividade é, portanto, norma em sua autêntica acepção: aquilo que é normal; aquilo que se repete; a própria ordem humana que se faz imanente às coisas. A pena estagnada é a pena que fracassou e na qual os órgãos da execução fracassaram: seja porque o condenado relutou; seja porque, e assim será na maioria dos casos, aqueles órgãos sequer chegaram a vislumbrar seu *compromisso*. De qualquer modo, não mais uma pena, porém um mero amontoado disforme de dias, de anos: simplesmente uma inutilidade estúpida.

O regime fechado reserva-se por excelência para o atendimento de duas funções. A primeira delas consiste em cumprir o *papel puramente contensivo*, reservando-se, portanto, para aqueles condenados ainda sob imediata influência de seus próprios surtos criminógenos, nitidamente ainda presentes os fatores internos e externos que os trouxeram para a vida intramuros: aqui é prematuro falar em progressão, pois a pena é por reclamo uma contenção, uma limitação física ao cometimento de novos crimes (sempre possíveis, porém mais difíceis atrás das grades). A segunda função do regime fechado — mais abstrata porém mais importante

— é a de *avaliação*; a de planejamento; de arquitetura enfim. Caberá avaliar o condenado sob o ponto de vista criminológico; sob o ponto de vista de sua personalidade; sob o ponto de vista de sua elaboração adaptativa (Alvino Augusto de Sá): irrecusáveis, portanto, os exames e pareceres técnicos, imperiosos independentemente da natureza dos delitos. O cotidiano e a experiência com o tema nos advertem que há um processo sob o regime fechado, o que implica reconhecer: ele se esgota no curso do tempo; sua finitude é ditada por sua própria essência. Serão assim suspeitas de excesso as penas longevas sob esse título; aquelas que se arrastam por anos; as indefinidas. Não é incomum nos depararmos com penas que vêm há mais de dez anos sendo cumpridas sob o regime fechado: essas são as penas estranhas; aquelas que reclamam maior lucidez técnica.

É a partir do semi-aberto, complementando-se no aberto, que as penas passam a revelar sua natureza mesma: uma experiência (concreta) de vida. De fato, o semi-aberto oferece, em contraposição ao fechado, perspectivas vivenciais mais complexas e mais ricas, assim melhor adequando-se a pena ao desafio de sua exata individualização. Podemos dizer: é a partir do semi-aberto que a pena (conceito) começa a ser pena (fato). Antes dele, tudo é uma simples abstração, um desenho no papel. Desnecessário recordar, como o fazem muitos julgados, que o semi-aberto ainda é privação de liberdade: claro, é (ainda) pena privativa de liberdade e, portanto, (ainda) contenção. Mas já contenção qualificada enquanto colorida pela libertação que não apenas se anuncia, mas se pratica; se concretiza paulatinamente. A noção de *experiência* tem aqui um conceito mais absoluto, nem sempre compreendido em seu rigor: não alude a um teste, mas a uma vivência. Costuma-se dizer que o semi-aberto não se presta a experiências temerárias: não é nada disso, pois a experiência é aqui invocada em sua acepção de concretude; é a passagem da sala de aula e da biblioteca para o laboratório; para o ensaio físico.

• “Tratando-se de mera progressão ao regime semi-aberto, pouco mais oneroso que o regime fechado, não se deve emprestar ao exame do caso critério mais rigoroso, sob pena de tirar-se todo o estímulo ao reeducando que, no regime intermediário, não será devolvido à liberdade nem ao convívio aberto com o meio social, afigurando-se a conveniência e justiça

de conceder a progressão desejada, no curso da qual, em sendo seu comportamento inadequado, poderá sofrer pronta regressão" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 114.156-3/9, São Paulo; j. 20.11.91, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

- "A progressão para o semi-aberto não implica a colocação em liberdade, mas apenas em regime prisional mais brando, onde o condenado terá oportunidade de melhor aproveitar as eventuais medidas reeducativas ministradas pelo sistema carcerário, aliado ao fato de que poderá exercer alguma atividade laborativa compatível com seu nível cultural" (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 160.491-3/9, São Paulo; j. 28.03.94, v. u., Rel. João Morengi; red.).

- "Com a progressão para o semi-aberto, o sentenciado tem oportunidade de revelar o mérito obtido no regime anterior. Se, após longo tempo de cumprimento de pena em regime severo, como o fechado, não puder, progressivamente, passar pelas etapas mais brandas, acabará conseguindo a liberdade sem uma paulatina e adequada readaptação, o que, com certeza, será bem pior, pois, fatalmente, ensinará o cometimento de novas infrações penais e o retorno ao cárcere. Com o acolhimento da pretensão, o sentenciado terá oportunidade de revelar sua verdadeira personalidade, e possível inclinação ou não para a volta ao convívio em sociedade. Sem essa experiência, nunca se saberá se já tem responsabilidade e condições de voltar a viver em liberdade, dentro dos padrões de normalidade, ou seja, se a expiação por tempo tão longo gerou, ou não, os frutos esperados" (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 957.173/5, São Paulo; j. 17.08.95, v. u., Rel. Ubiratan Arruda).

- "Atendidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 112 da LEP, o sentenciado não pode continuar no regime fechado, sendo imprescindível que se utilize os recursos do tratamento ressocializador, com a passagem ao regime mais brando, certo que os riscos de recaída são escassos, pois não se trata de regime aberto mas apenas do intermediário" (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 974.407/1, São Paulo; j. 23.10.1995, v. u., Rel. Wilson Barreira; tj 05.12.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 287.992).

22.2 Crime hediondo e assemelhado

Nota: o que mais espanta na vedação legal de progressão é, exatamente, sua *estupidez*. Não se ignora que certos delitos mais veementemente possam repercutir em critérios mais rigorosos para acesso aos institutos da execução: antes, seria mesmo de reclamar tal distinção, mesmo porque na execução não se pode abstrair simplesmente os aspectos propriamente criminológicos. O que não se admite, em qualquer caso, é que a qualidade da hediondez resulte exclusivamente do chamado critério legal, isto é, de elenco de tipos em si próprios e não, ao mesmo tempo, também do elenco das circunstâncias judiciais específicas. Afinal, e como já há muito detectado, "hediondo não é apenas o crime, mas a forma como o crime é cometido" (Roberto Podval). Quem diria merecedor da hediondez um crime de estupro cometido mediante violência ficta? Ou um crime de tráfico de entorpecentes que consistiu em fornecimento gratuito e eventual a um amigo? Ou ainda um atentado violento ao pudor que não ultrapassou a cena de um beijo arrancado à força da vítima? Admitir a hediondez em delitos assim, de tão relativo potencial ofensivo, chega a arranhar a sensatez: muitos teóricos da atual fórmula sequer pensaram nessas hipóteses e, porque distantes da vida cotidiana de nossos tribunais, sequer sabem o quão comuns são tais hipóteses. Daí então: a premissa haveria de ser a combinação dos critérios da tipicidade (legais) com os critérios judiciais, de forma que, em certas figuras penais previamente elencadas na lei, poderia (ou não) o juiz dizer hediondo o crime, em concreto, motivadamente.

Também quanto às consequências não se pode admitir a fórmula legal vigente. A simples exclusão da progressão, transformando-a em estaque reduto da pura retribuição, reverte todo o caminho legislativo trilhado a partir da LEP, colidindo frontalmente com as concepções mais modernas da pena privativa de liberdade. Melhor seria, portanto, a imposição de requisitos especiais para a progressão. A rigor, tratando-se de premissa nitidamente criminológica, sequer seria o caso de alongamento puro e simples do lapso temporal, sendo também de se invocar um mérito qualificado como, por exemplo, o prognóstico da não reincidência para o semi-aberto e a adaptação a este último como medida necessariamente prévia para o livramento condicional.

A grande polêmica para a atual fórmula legal diz respeito a sua constitucionalidade, parecendo a alguns que a vedação vigente ofende os princípios da individualização e da humanização das penas. Para a corrente majoritária, todavia, não há tal ofensa, corrente esta aliás capitaneada por reiterados julgados dos STF e STJ (ambos, embora, com alguma divergência entre seus componentes). A diferença entre esses dois posicionamentos diz respeito ao tratamento lógico da constitucionalidade: quando aplicada a filtragem material da norma infra-constitucional (Luigi Ferrajoli) teremos necessariamente a insubsistência da vedação legal de progressão, o que não ocorrerá se por controle de constitucionalidade vislumbrarmos menos o conteúdo material das disposições constitucionais e, mais, um mero exercício de seletividade formal.

22.2.1 Possibilidade de progressão

- “É preciso ter em conta que *cada caso é um caso* e que cada um tem suas peculiaridades próprias. A disposição do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 não é de natureza processual, mas altera a essência da execução da pena e interfere no direito de punir. A CF prevê a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), determinando o cumprimento em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5.º, XLVIII), e assegurando ao preso o respeito à integridade física e moral (art. 5.º, XLIX). A Lei 8.072/90 dispõe, por sua vez, que a pena por crime hediondo será integralmente cumprida em regime fechado (art. 2.º, § 1.º). Ao instituir os regimes penitenciários, o Código Penal estabeleceu que as penas privativas de liberdade devem ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e que a determinação do regime inicial de cumprimento deve atender os critérios do art. 59. Assim, 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 e seu mérito indicar a progressão, através de decisão motivada e precedida de parecer da CTC e do exame criminológico, quando necessário. A lei, portanto, pode fixar parâmetros para distinguir um processo individualizador, e

não para causar embaraço na individualização da punição. Vê-se que a Lei 8.072/90, impondo o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, ofende o princípio constitucional da individualização garantido pelo art. 5.º, XLVI, da CF, devidamente regulamentado pelo Código Penal e pela LEP. Assim, mesmo em se tratando de delito arrolado na Lei 8.072/90, deve ser concedida a progressão a regime prisional mais favorável, desde que satisfeitas as exigências do art. 33 do CP e do art. 112 da LEP” (TJSP, 2.ª C. Crim. de Férias; AC 155.334-3/1, Bragança Paulista; j. 26.1.94, v. u., Rel. Irineu Pedrotti; red.).

- “É de ser estabelecido o regime progressivo para o cumprimento da pena privativa de liberdade, reputando-se inconstitucional o art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90, em que pesem sucessivas decisões do STJ, nenhuma unânime, declarando a constitucionalidade do referido dispositivo legal dessa hedionda lei dos crimes hediondos. E, assim fica decidido na esteira de brilhante artigo doutrinário do e. Procurador de Justiça Jacques de Camargo Penteado (RT 674/287), do qual se transcreve os seguintes trechos: *Maquiado, o grupo do predo e arrebeito legisla com o nome do 'movimento da lei e ordem'. A sofisticação mal encobre a falta de estudo científico sobre as causas da criminalidade. Importa-lhes os efeitos. Sobreleva o discurso intimidativo. Não se realiza um só ato efetivo de política penitenciária (...)* A CF prescreve que não cabe fiança, graça ou anistia para os crimes de tortura, tráfico, terrorismo e hediondos (art. 5.º, XLIII). O legislador ordinário dita que, nesses casos, a pena *'será cumprida integralmente em regime fechado'* (Lei 8.072/90, art. 2.º, § 1.º). Viola a Carta Magna, pois esta garante a individualização da pena (art. 5.º, XLVI) que consiste em especializar, particularizar a reação social ao comportamento vedado, e fixar regime fechado integral significando generalização constitucionalmente proibida (...). A individualização começa, portanto, com a atividade do magistrado. Este sim é que deverá por excelência tornar adaptável a pena às realidades subjetivas do réu com que se defronta. É certo que procede a existência de uma fase administrativa, porque não há dúvida que ensaja-se, nos estabelecimentos prisionais, um tratamento específico para cada condenado. É, sem dúvida, uma forma de humanizar-se sua incidência sobre de uma cominação abstra-

tamente prevista. Por mais que a lei fosse minuciosa, jamais poderia contemplar todas as circunstâncias que cercam um determinado fato criminoso. Esta avaliação há, sem dúvida, de ser feita concretamente pelo magistrado (Ives e Bastos, comentários 2-236). Alguns presos permanecerão no regime fechado até o final da pena porque não querem se regenerar, mas os recuperados devem gozar dos benefícios legais. Vedação genérica e abstrata desatende à justa particularização (...) Há muito nos afastamos da pena tarifada. Uma coisa é fixar limites amplos para determinação do regime inicial de cumprimento da pena. Outra, bem diversa, impedir a progressão ao regime menos rigoroso depois de descontado certo período e apurado mérito do reeducando. (...) A individualização repele qualquer tentativa de catalogação dos réus. Isto já seria uma medida de cunho generalizante, contrária à intenção individualizadora do Texto Constitucional (Ives e Bastos, op. cit., p. 237). Pena individualizada é a fixada pelo Poder Judiciário com determinação da forma inicial de satisfação e acompanhamento do progresso para, saindo do regime inicial, aproximar o reeducando da liberdade gradativamente (...) É inconstitucional o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072, porque impede a individualização da pena, constitucionalmente assegurada (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ap. 171.019-3/1, Bauru; j. 27.12.94, v. u., Rel. Silva Leme; red.).

• “Pena – Progressão meritória – Crime hediondo ou assemelhado – Possibilidade – Extensão, à fase executória, do princípio constitucional da individualização da pena – Prevalência do interesse na reeducação e ressocialização do condenado presente, inclusive, no art. 5.º da Lei de Crimes Hediondos – Inteligência do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072, de 1990 – Recurso parcialmente provido. O disposto no § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072, de 1990, não impede, em determinados casos concretos, a progressão meritória no cumprimento da pena reclusiva imposta pela prática de crime hediondo ou assemelhado, isso porque, à luz do princípio constitucional da individualização da pena, que se estende à fase executória, deve prevalecer sempre o relevante interesse na reeducação e ressocialização do condenado, que até, na forma do art. 5.º, do primeiro diploma citado, poderá obter livramento condicional” (TJSP, 3.ª C. Crim.; AC 190.234-3/1, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u.,

Rel. Luiz Pantaleão; Bol. IBCCrim 36, dez. de 1995, p. 120).

22.2.2 Impossibilidade de progressão

• “Art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 – Alegação de ofensa ao art. 5.º, XLVI, da Constituição – Inconstitucionalidade não caracterizada – Individualização da pena – Regulamentação deferida, pela própria norma constitucional, ao legislador ordinário. À lei ordinária compete fixar os parâmetros dentro dos quais o julgador poderá efetivar ou a concreção ou a individualização da pena. Se o legislador ordinário dispôs, no uso da prerrogativa que lhe foi deferida pela norma constitucional, que nos crimes hediondos o cumprimento da pena será no regime fechado, significa que não quis ele deixar, em relação aos crimes dessa natureza, qualquer discricionariedade ao juiz na fixação do regime prisional” (STF, Pl.; HC 69.603-1, São Paulo; j. 15.12.1992, m. v., Rel. Paulo Brossard; DJU 23.04.1993, p. 6.922; apud TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; Revista Brasileira de Ciências Criminais; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n. 3, jul.-set. 1993; p. 267).

• “A pena por crime previsto no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 será cumprida em regime fechado. Inocorrência de inconstitucionalidade. CF, art. 5.º, XLIII” (STF, 2.º T.; HC 69.377-6, Minas Gerais; Rel. Carlos Velloso; DJU 16.4.1993, p. 6.432). No mesmo sentido: a) quanto a atentado violento ao pudor: STF, 2.ª T.; HC 70.044-6, São Paulo; Rel. Paulo Brossard; DJU 07.05.1993, p. 8.330; b) quanto a tráfico ilícito de entorpecentes: STF, Plenário; HC 69.657-1, São Paulo; Rel. Marco Aurélio; DJU 18.06.1993, p. 12.111.

• “Crimes hediondos – Imposição do regime fechado, vedada a progressão (L. 8.072/90, art. 2.º, § 1.º) – Constitucionalidade reconhecida pelo Plenário do Tribunal (HC 69.603) – Aplicação do precedente, com ressalva da opinião do relator, que reputa o preceito incompatível com a garantia constitucional da individualização da pena” (STF, 1.ª T.; HC 69.900-6, São Paulo; Rel. Sepúlveda Pertence; DJU 6.8.1993, p. 14.903). No mesmo sentido: STF, 1.ª T.; HC 70.296-1, Distrito Federal;

j.08.06.93, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 24.09.1993, p. 19.576.

- “Na dicção da ilustrada maioria do Supremo Tribunal Federal, o regime de cumprimento da pena não se coloca no âmbito da individualização desta, o que atrai a impossibilidade de assentar-se a procedência da pecha de inconstitucional em relação à regra do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90” (STF, 2.ª T.; HC 70.467-1, Mato Grosso do Sul; j. 10.08.93, v. u., Rel. Marco Aurélio; DJU 03.09.1993, p. 17.744).

- “Tratando-se de delito equiparado a hediondo, cometido sob a égide da Lei 8.072/90, está vedada a progressão ao regime semi-aberto, não cabendo mais discutir a constitucionalidade dessa proibição, pois o STF, em decisão do plenário, entendeu, por maioria de votos, constitucional o § 1.º do art. 2.º da referida lei, vencidos os Mins. Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence que o declararam inconstitucional” (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. Exec. 153.597-3/6, São Paulo; j. 07.04.1994, v. u., Rel. Celso Limongi; dtj; red.; 1.ª inst. 341.469).

- “Na dicção da ilustrada maioria do STF, o regime de cumprimento da pena não se coloca no âmbito da individualização desta, o que atrai a impossibilidade de assentar-se a procedência da pecha de inconstitucional em relação à regra do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90. A atuação em Órgão fracionado é conducente a homenagear-se o entendimento da maioria, ressaltando-se a convicção pessoal. A unidade do Direito não subsiste quando grassa o dissenso intestino, ou seja, quando órgãos do mesmo Tribunal decidem de forma conflitante” (STF, 2.ª T.; HC 70.657-6, Mato Grosso do Sul; Rel. Marco Aurélio; DJU 29.4.1994; p. 9.716).

- “Praticando delito hediondo ou assemelhado após a vigência da Lei 8.072/90, não há direito à progressão de regime prisional mas apenas a possibilidade de livramento condicional, já que referida lei tem sido pacificamente aceita pela jurisprudência, não se atendendo pleitos quanto a sua inconstitucionalidade” (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 170.822-3/9, São Paulo; j. 02.03.1995, v. u., Rel. Gentil Leite; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 358.802).

- “Não é inconstitucional o preceito normativo que, aos autores dos chamados crimes hediondos, impõe o regime sancionatório único e de forma fechada” (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 184.319-3, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; Bol. TJSP 7, out. 1995, p. 6).

- “*Penal – Processual penal – Habeas corpus – Crime hediondo – Lei 8.072/90, art. 2.º, § 1.º – Constitucionalidade – Tráfico de entorpecentes – Regime fechado*. I. – O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em decisão plenária, a constitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90. II. – A pena 2por crime previsto no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, será cumprida em regime fechado. III. – H.C. indeferido” (STF, 2.ª T.; HC 72.567-8, Rio Grande do Sul; j. 05.12.1995, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 23.02.1996, p. 3.624).

- “*Penal – Tráfico de entorpecentes – Regime prisional – Lei 8.072, de 1990*. A teor do disposto no § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072, de 1990, nos crimes hediondos, como o de tráfico de entorpecentes, a pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 77.392, São Paulo; j. 12.12.1995, v. u., Rel. William Patterson; DJU 1.4.1996, p. 9.951).

- “*Pena – Progressão – Crimes hediondos*. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas (*habeas-corpus* 69.657), o instituto da progressão do regime de cumprimento da pena não está alcançado pela garantia constitucional alusiva à individualização. A atividade monocrática ou em órgão fracionário, como é a Turma, faz-se sob a orientação jurisprudencial do Plenário, sob pena de a divergência intestina gerar perplexidade dos jurisdicionados e descrédito para o órgão judicante tomado como um todo. Ressalva do entendimento pessoal e projeção de novo ferimento do tema, com fidelidade à convicção, em sede própria, ou seja, a revelada pelo Plenário” (STF, 2.ª T.; HC 73.193-7, Goiás; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Marco Aurélio; DJU 08.03.1996, p. 6.215).

- “*Penal – Regime prisional – Progressão – Tráfico de entorpecente – Lei 8.072, de 1990*. A teor do Art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072, de 1990, no crime de tráfico de entorpecente,

o cumprimento da pena dar-se-á, integralmente, no regime fechado. Recurso desprovido" (STJ, 6.^a T.; RHC 5.116, Rio Grande do Norte; j. 18.12.1995, v. u., Rel. William Patterson; DJU 27.05.1996, p. 17.921).

- *"Constitucional e penal – Tráfico ilícito de drogas – Regime prisional – Possibilidade de fixação 'a priori' pela lei ordinária (Lei 8.072/90, art. 2.º, § 1.º) – Inexistência de violação do princípio da individualização da pena (CF, art. 5.º, inc. XLVI) – Precedentes do STJ (REsp. 48.860-5-SP) e do STF – Recurso especial conhecido e provido"* (STJ, 6.^a T.; REsp. 58.814, São Paulo; j. 06.02.1996, m. v., Rel. design. Adhemar Maciel; DJU 15.4.1996, p. 11.557).

- *"RHC – Progressão de regime prisional – Prisão domiciliar – Lei 6.368/76 (art. 12 e 18, III) – Impossibilidade – Art. 117, da LEP. Condenado o réu por crime previsto no art. 12 c/c o art. 18, III, da Lei 6.368/76, na vigência da Lei 8.072/90, o regime fechado para início da pena, se impõe, não havendo falar em progressão de regime, muito menos em prisão domiciliar. Ademais, o art. 117 da LEP não socorre o pretendente que não se enquadra nas hipóteses ali previstas. Recurso improvido"* (STJ, 5.^a T.; RHC 5.112, Rio Grande do Norte; j. 12.02.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezini; DJU 25.03.1996, p. 8.591).

- *"Criminal – Narcotráfico – Regime único de cumprimento da pena. Regime fechado. Desacerto da admissão do regime progressivo expressamente vedado pelo art. 2.º da Lei 8.072/90, a trato dos chamados crimes hediondos"* (STJ, 5.^a T.; REsp. 78.479, São Paulo; j. 12.02.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 25.03.1996, p. 8.595).

- *"A pena por delito classificado como hediondo deve ser cumprida inteiramente em regime fechado porquanto, à cerebrina e ignara proposição de inconstitucionalidade, já respondeu categórico, enérgico, tendendo à unanimidade, após significativa Maioria já desde o início – nada menos, o Colendo Supremo Tribunal Federal. Não é sequer razoável que se volte a insistir nesse tema abstruso, contra o Órgão Maior pátrio a quem incumbe dar a palavra final no Direito aplicável; precipua-*

mente, nesse assunto magno; da constitucionalidade das Leis infra-constitucionais. Está, essa prática daninha, destinada a causar os maiores encargos inúteis na Administração presidiária: Os pedidos, mesmo absurdos e inviáveis como este, são processados e elaborados os respectivos exames múltiplos. No ínterim, situações razoáveis de outros detentos são relegadas por sobrecarga. Já não bastasse o ônus dessas inutilidades manifestas; autênticas excrescências jurídicas, já traduzidas em impresso. O que faz sentir a proliferação. Nesse pensar, impondo-se regulação (já sem número de vezes sugerida àquele nobre e sacrificado M. Juízo) resolve a d. Turma Julgadora encaminhar cópia do acórdão ao Órgão Superior Judiciário paulista a fim de estudar a viabilidade e a concretização de fórmulas tendentes a evitar esse desperdício; no mínimo, com a sujeição do pedido inicial, ao crivo do Juiz da respectiva execução; operando necessária e pragmática triagem" (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 188.034-3/9, São Paulo; j. 26.02.1996, v. u., Rel. Ary Belfort; 1.^a inst.- VEC/SP 343.791; dtj; red.).

- *"A pena imposta nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, deve ser cumprida integralmente em regime fechado, a teor do § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90"* (STJ, 5.^a T.; HC 5.105, Rio Grande do Norte; j. 27.02.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezini; DJU 18.03.1996, p. 7.586).

- *"Penal – Execução penal – Pena – Função – Individualização – CF, art. 5.º, XLVI; CP, art. 59 – Crimes hediondos – Regime prisional – Lei 8.072/90. Ao proceder a individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva – culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente – e de natureza objetiva – motivos, circunstâncias e consequências do crime –, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente abrangida, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade. A relevância da definição do regime prisional decorre do sentido e da função da pena, que*

não deve ser concebida como instrumento de castigo, mas em consonância com os modernos desígnios que realçam a recuperação moral e social do réu. A Lei dos Crimes Hediondos – Lei 8.072/90 –, ao estabelecer no seu art. 2.º, § 1.º, que os delitos nela arrolados devem ser punidos sob o rigor do regime fechado integral, embora dissonante do sistema preconizado no Código Penal – arts. 33/36 – e da Lei de Execuções Penais, que preconizam a execução da pena privativa de liberdade de forma progressiva, não afronta o texto constitucional, pois a Carta Magna conferiu ao legislador ordinário competência para dispor sobre a individualização da pena (art. 5.º, XLVI), situando-se aquele diploma legal na linha filosófica do Estatuto Maior, que estabeleceu princípios rigorosos no trato dos crimes hediondos (art. 5.º, XLIII). Recurso especial conhecido e provido” (STJ, 6.ª T.; REsp. 60.251-3, São Paulo; j. 27.02.1996, m. v., Rel. Vicente Leal; DJU 27.05.1996, p. 17.923).

- “De há muito o E. STF, em reiteradas manifestações, teve a oportunidade de afirmar a constitucionalidade da vedação legal de progressão de regime prisional em crimes hediondos ou assemelhados. Outra não tem sido a posição adotada por esta Corte (JTJ-Lex 147/316 e RT 691/300)” (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 197.082-3/8, São Paulo; j. 05.03.96, v. u., Rel. Augusto Marin; red.).

- “É de ser negada a progressão ao regime semi-aberto quando o pretendente cumpre pena em razão de condenação por prática de crime de tráfico de entorpecentes pois, nos exatos termos do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90, sua pena deve ser cumprida integralmente no regime fechado. Pese, embora, entendiemento diverso, esse dispositivo não atenta contra o princípio da individualização da pena, inexistindo, por isso, ofensa ao art. 5.º, XLVI da CF. A questão, aliás, já foi submetida ao competente exame no Colendo STF, que reconhece a constitucionalidade do referido dispositivo legal (cf. *Habeas Corpus* 69.900-6-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1.ª T., DJU de 06.08.93. HC 70.296-1-DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 24.09.93, 1.ª T., e 69.377-6-MG, rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 16.04.93, p. 6.432, 2.ª T., citados todos JTJ 173, p. 338, em voto proferido pelo Des. Emeric Levai). No

sentido também da constitucionalidade desse dispositivo arrolam-se inúmeros outros julgados (V. *Crimes Hediondos*, de Alberto Silva Franco, 3.ª ed., RT, p. 159 e seguintes), destacando-se: *Lei de crimes hediondos. Pena cumprida necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072. Condenação onde o art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072 dos crimes hediondos impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. Não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma* (STF – RHC 69.657-1, Rel. Francisco Rezek, DJU de 18.06.93, p. 12.111)” (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 201.157-3/2, Osasco; j. 07.03.1996, v. u., Rel. S. Oscar Feltrin; red.).

- “Constitucional e penal – Lei dos crimes hediondos – Regime prisional. 1. Os condenados pela prática de crimes hediondos e os a estes assemelhados (tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo), deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (Lei 8.072/90, Art. 2.º, § 1.º). 2. Recurso conhecido e provido” (STJ, 5.ª T.; REsp. 62.008, São Paulo; j. 11.03.1996, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 22.04.1996, p. 12.593).

- “Tendo sido o delito de tráfico de entorpecentes praticado durante a vigência da Lei 8.072, de 25.07.1990, correto o acórdão impugnado, ao acolher o recurso do Ministério Público e aplicar o regime integralmente fechado previsto no art. 2.º, § 1.º, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo Plenário do S. T. F.” (STF, 1.ª T.; HC 72.214-8, Paraná; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Sydney Sanches; extraído de DJU 17.05.1996, p. 16.322).

- “*Latrocínio – Crime hediondo – Regime prisional integral fechado – Inteligência do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 – Constitucionalidade – Recurso parcialmente provido.* O regime prisional fechado é obrigatório para o cumprimento de pena relativa a crime hediondo, segundo a previsão do art. 2.º, § 1.º da Lei

8.072/90, cuja constitucionalidade já foi proclamada pelo STF, com a afirmação de que a própria CF, ao cuidar da individualização da pena, no art. 5.º, XLVI, deferiu sua regulamentação ao legislador ordinário" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ap. 195.111-3, São Paulo; j. 26.03.96, v. u., Rel. Bittencourt Rodrigues; Bol. TJSP 17/11).

- "Estando o paciente cumprindo pena em regime fechado por condenação da prática de crime capitulado no art. 12 da Lei 6.368/76, na vigência da Lei 8072/90, não há falar em progressão, mormente quando não satisfaz, para o benefício, as exigências do art. 117 da LEP" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.349, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 27.05.1996, p. 17.881).

- "É incabível a progressão ao regime semi-aberto quando, na espécie, foi reconhecida a prática de crime hediondo, já que nossos Tribunais, inclusive o Pretório Excelso, entenderam constitucional a Lei 8.072/90 que os regulamenta. Assim, não se há de questionar se o pretendente preenche ou não os requisitos para a progressão de regime prisional porque a lei dos crimes hediondos é uma exceção regulamentadora, prevista na CF, que proíbe a medida em tais crimes" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 202.134-3/5, São Paulo; j. 08.04.96, v. u., Rel. Fortes Barbosa; red.).

- "*Processual penal – Lei de crimes hediondos – Regime de cumprimento de pena – Progressão*. 1. Os condenados pela prática de crime hediondo deverão cumprir integralmente a pena em regime fechado (precedentes do STF e desta Corte). Recurso ordinário improvido" (STJ, 5.ª T.; RHC 5.345, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.881).

- "Não é inconstitucional a vedação legal de progressão em casos de crimes hediondos ou equiparados. Sobre ser evidente que o princípio constitucional da individualização da pena (que se refere à natureza e quantidade e não à forma de execução dela) não obsta maior ou menor rigor legislativo para tal ou qual infração, segundo o superior entendimento do legislador ordinário, cumpre ressaltar que o art. 5.º, XLIII, da CF, às expressas, relegou à lei ordi-

nária a tarefa de dispensar maior severidade no tratamento aos autores de crimes hediondos, ou a estes equiparados. Embora seja norma de caráter geral aquela que prevê a viabilidade da progressão no regime prisional, a norma especial, tendo em conta a natureza mais grave de alguns delitos, assim como a maior periculosidade de seus agentes, pode, certamente, destinar a estes um tratamento mais severo, negando-lhes alguns benefícios ou benesses, em princípio destinados aos autores de crimes menos graves ou que não reclamam mais onerosa contraprestação. Como sempre pôde, aliás, e sem causar qualquer escândalo, cominar penas maiores ou menores para crimes mais ou menos graves. Essa, aliás, é a razão do entendimento firmado pelo STF, entendimento que, hoje, já se acreditava insusceptível de afrontas ou contra-argumentações, tal a frequência e reiteração com que acabou proclamado nos Tribunais" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 207.965-3/3, São Paulo; j. 21.10.96, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

"Os autores de crimes hediondos ostentam maior periculosidade, pois, com suas ações nefastas e arrasadoras, causam danos irreparáveis à coletividade. Daí por que a lei ordinária, em consonância com os parâmetros traçados pela CF, impõe maior rigor na execução da pena: integral cumprimento no regime fechado (§ 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90). Sendo plenamente justificável o maior rigor, o STF tem reconhecido a constitucionalidade do mencionado dispositivo legal (HC 69.435-7, 69.603, 69.657, 69.906-6, 7.121-3). Idêntica é a jurisprudência do STJ (Rec. Esp. 51.349-9-SP)" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 213.207-3/4, São Paulo; j. 25.11.96, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

"A imposição de regime integral de prisão fechada, em condenações decorrentes de delitos classificados como hediondos, não afronta a garantia constitucional da individualização da pena, como já teve oportunidade de decidir, de forma reiterada, o c. Supremo Tribunal Federal (HC, Rel. Paulo Brossard, RT 696/438; HC 69.603, DJU 23.04.93; HC 69.900, DJU 06.08.93, p. 14.903; HC 70.939-7, DJU 3.6.94, p. 13.854)" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 215.023-3/9, São Paulo; j. 25.11.96, v. u., Rel. David Haddad).

"A vedação de progressão de regime prisional da Lei de Crimes Hediondos tem por finalidade impor regime mais rigoroso para o cumprimen-

to das penas impostas aos que os cometem. Assim, mostra-se compatível com os princípios da igualdade, da proibição do excesso e da proporcionalidade, garantindo um critério dentro das razões das normas legais, juntamente com os ditames da Magna Carta” (TJSP, 3.ª C. Crim.; Ag. 215.462-3/1, São Paulo; j. 26.11.96, v. u., Rel. Segurado Braz; red.).

22.2.3 Afastamento da hediondez ou da vedação

- “*Pena – Regime de cumprimento – Progressão – Lei de tóxico.* A norma extravagante do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, tida como constitucional pelo Plenário do STF, ocasião em que fiquei vencido, juntamente com o Min. Sepúlveda Pertence (*habeas-corpus* 69.657-1, cujo acórdão foi veiculado no Diário da Justiça de 18.06.1993) clama por interpretação estrita. O afastamento da progressividade no cumprimento da pena penas ocorre em relação aos crimes referidos na cabeça do artigo – os hediondos, a tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Aplicação restrita, considerados os tipos da Lei 6.368/76, ao do art. 12 – o tráfico de entorpecentes e drogas afins – não se estendendo, sequer, à associação cominada no art. 14” (STF, 2.ª T.; ED HC 70.207-8, São Paulo; j. 31.05.1994, m. v., redator p/ acórdão Marco Aurélio).

- **DESPACHO:** “Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de M. D. Q., que foi condenado a quarto (4) anos de reclusão, e multa, pela prática do delito de tráfico de substâncias entorpecentes tipificado no art. 12 da Lei 6.368/76. O Tribunal ora apontado como coator, em recurso exclusivo do réu – ausente qualquer impugnação recursal do Ministério Público –, reformou a sentença penal condenatória, determinando que a pena imposta ao paciente fosse cumprida em regime exclusivamente fechado (f.), não obstante o magistrado de primeira instância, que reputou inconstitucional o preceito prescrito no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, houvesse estabelecido, em sua decisão, o regime inicial fechado, com direito à progressão (f.). Tenho para mim que é inquestionável a plausibilidade jurídica da tese ora sustentada pelo ilustre impetrante, eis que o Tribunal *ad quem*, ao

julgar recurso interposto exclusivamente pelo réu, não pode agravar – especialmente em tema de regime de cumprimento da sanção penal – a condenação imposta ao recorrente, sem que concorra a necessária iniciativa recursal do Ministério Público (RTJ 150/221, Rel. Min. Celso de Mello). Essa mesma orientação – que presta obséquio ao princípio que veda a *reformatio in pejus* (CPP, art. 617) – tem sido reiterada em diversos pronunciamentos judiciais do Supremo Tribunal Federal: RTJ 132/786, Rel. Min. Francisco Rezek – RTJ 142/622, Rel. Min. Paulo Brossard – RTJ 146/601, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 150/808, Rel. Min. Marco Aurélio, v. g.. É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade da norma inscrita no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, confirmando a plena validade da regra legal que determina – tratando-se de qualquer dos crimes mencionados no diploma legislativo em questão – o cumprimento integral da pena em regime exclusivamente fechado (RTJ 147/598, Rel. p/ acórdão Min. Francisco Rezek). Essa circunstância, contudo, não autoriza o Tribunal *ad quem*, em sede de recurso exclusivo da Defesa, a reformar *in pejus* a decisão do magistrado de primeiro grau, se este – ainda que em divergência com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – considerou inconstitucional a norma consubstanciada no art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, proferindo sentença que transitou em julgado para o Ministério Público. É que o princípio que veda a *reformatio in pejus* impede que o Tribunal – qualquer Tribunal –, julgando além ou fora da postulação recursal, venha, como no caso, no âmbito de recurso exclusivo da Defesa, a agravar a situação jurídico-penal do réu. Cumprir ter presente, por isso mesmo, a advertência constante do magistério doutrinário: *Embora a apelação permita o reexame da matéria decidida na sentença, o efeito devolutivo não é pleno, ou seja, não pode resultar do julgamento decisão desfavorável à parte que interpôs o recurso (...). Mas o Tribunal fica preso ao que lhe foi pedido, não se permitindo a decisão 'ultra' ou 'extra petitem'. Está proibida, assim, a 'reformatio in pejus': recorrendo o réu, não é possível haver reforma da sentença para agravar a sua situação...*” (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, *Processo Penal*, p. 644/645, 4.ª ed., 1995, Atlas). Indiscutível, portanto – como já ressaltado –, a relevância jurídica do pedido

ora formulado. O ilustre impetrante – após salientar que o paciente já cumpriu, em regime fechado, metade da pena de quatro (4) anos que lhe foi imposta – pretende que se lhe assegure o direito de ver apreciado, desde logo, o seu pedido de progressão para regime penal *mais brando* (fls. 14). Essa postulação cautelar – se deduzida com o objetivo de o Supremo Tribunal Federal conceder ao paciente, desde logo, a progressão de regime – revelar-se-ia inacolhível, eis que a jurisprudência desta Corte proclamado, reiteradamente, que *não cabe decidir, em sede de 'habeas corpus', matéria concernente à progressão do sentenciado no regime prisional, especialmente quando essa evolução depender da realização do exame criminológico ou impuser a análise ampla e profunda da situação jurídico-penal do condenado. A definição do regime penal deve constituir objeto de apreciação no juízo competente* (RTJ 141/877, Rel. Min. Celso de Mello). É que esta Corte assentou o seu entendimento no sentido de que *a passagem do condenado, de um regime de cumprimento de pena para outro, pressupõe o atendimento de condições objetivas e subjetivas para obtenção do benefício, circunstâncias que tornam impossíveis de serem examinadas na via do 'habeas corpus', dado o seu âmbito estreito* (HC 69.000-PR, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.03.92 – grifei). Essa orientação, na realidade, ao traduzir a posição do Supremo Tribunal Federal no exame do tema, salienta competir ao Juiz das Execuções Penais, *a concessão do benefício da progressão no regime prisional, após os exames previstos no art. 112, par. ún., da Lei de Execução Penal* (HC 72.675-RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa). No caso, contudo, o pleito é diverso, pois o ora impetrante pretende – considerada a extrema relevância jurídica de sua tese –, que meramente seja o paciente autorizado *a ter apreciado o seu pedido de progressão* (f.). Não vejo, contudo, como conceder a pretendida liminar, eis que ela, em última análise, corresponde ao próprio objeto da presente impetração, razão pela qual – considerada a natureza satisfativa do provimento cautelar requerido –, entendo indispensável o prévio e definitivo julgamento desta causa pelo Tribunal. Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, indefiro a liminar pleiteada. Requistem-se informações ao Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, encaminhando-se-lhes cópia do presente ato

decisório. Publique-se. Brasília, 07.03.1996. Min. Celso de Mello, Relator” (STF; HC 73.723-4, Distrito Federal; DJU 13.03.1996, p. 6.925).

22.3 Crime anterior à vigência da Lei 8.072/90

Nota: a corrente jurisprudencial majoritária entende que a vedação legal de progressão é norma de direito penal e, portanto, não pode retroagir para fulminar condenações por crimes praticados anteriormente à vigência da Lei 8.072/90 (25.07.90) ou, igualmente, da Lei 8.930 de 06.06.94 (nas hipóteses por esta acrescidas ao elenco original). Há porém um posicionamento minoritário e a nosso ver insustentável entendendo que tal vedação teria cunho meramente processual e, assim, poderia retroagir em desfavor do condenado.

22.3.1 Retroatividade da vedação de progressão

- “Ainda que o fato criminoso haja ocorrido antes da vigência da Lei 8.072/90, nada impede a imposição do regime fechado para cumprimento integral da pena, se essa determinação constou expressamente da sentença condenatória, com base em desvio de conduta do agente de personalidade não ajustada ao convívio social, tudo na linha de precedentes jurisprudenciais” (STJ, 6.ª T.; REsp. 26.854-4, Paraná; Rel. José Cândido de Carvalho Filho; DJU 22.11.1993, p. 24.980).

- “O princípio da progressão da pena previsto na LEP não se aplica aos casos especiais regulados pela nova Lei 8.072/90 que, sendo da mesma hierarquia, criou os chamados crimes hediondos, estabelecendo-lhes vedação textual à progressão, com a presunção legal que os autores desses delitos não têm mérito para tanto. Nesse sentido, ensina a doutrina que a progressão é inviável mesmo que esses sentenciados, antes da vigência da nova lei, já estivessem no semi-aberto, nesse caso devendo ver restabelecido o regime prisional fechado até que, eventualmente, possam obter o livramento condicional” (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 185.205-3/8, Itapeverica da Serra; j. 21.08.1995, v. u., Rel. Sebastião Junqueira; red.).

22.3.2 Irretroatividade da vedação de progressão

• “Conforme a doutrina, o art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 tem conteúdo de direito material e, por ser mais severo, não retroage para ser aplicável a crimes cometidos antes de 26 de julho de 1990” (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 112.648-3/0, São Paulo; j. 07.10.1991, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 307.040).

• “O art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90 é norma de direito material, sujeita à proibição da retroatividade mais gravosa do art. 5.º, XL, da CF e do art. 2.º, § único, do CP, mesmo porque sua natureza impõe-se por sua essência e não pelo diploma legal em que se insere, não podendo ser processual a norma que interfere no exercício do *jus puniendi*, afastando o sistema progressivo para os delitos que contempla. Assim, cometido o delito anteriormente à vigência da lei dos crimes hediondos, pode o agente iniciar a execução da pena no semi-aberto ou no aberto, ou a eles ter acesso por progressão” (TJSP, 5.ª C. Crim.; HC 143.180-3/5, Cruzeiro; j. 15.04.1993, v. u., Rel. Dante Busana; red.).

• “Considerando que o paciente, condenado por tráfico de entorpecente, o foi quando ainda em vigor a Parte Geral do CP, ainda não reformada, cujo art. 30, § 5.º, I, ensejava o condenado não perigoso, cuja pena não ultrapassasse quatro anos, o regime aberto, sendo certo que a Lei 8.072/90 não tem efeito retroativo, concede-se, parcialmente a ordem, tão-somente para determinar a colocação do paciente em regime aberto de cumprimento de pena” (STJ, 6.ª T.; RHC 2.617-4, São Paulo; j. 20.04.1993, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 17.05.1993, p. 9.362; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n. 3, jul.-set. 1993; p. 267).

• “O art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, não pode ser aplicado a delito praticado anteriormente à sua entrada em vigor, sob pena de ocorrer aplicação retroativa. Determinação, sem fundamentação, de que o regime inicial será o fechado. *Habeas-corpus* deferido e parte” (STF,

1.ª T.; HC 70.807-2; j. 16.11.1993, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 11.03.1994, p. 4.096; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 51).

• “I – *Atentado violento ao pudor*, art. 214, Código Penal. *Crime qualificado como hediondo pela Lei 8.072/90 que modificou a pena a ele cominada e fixou o regime fechado para o seu cumprimento*. Condenação que impõe a pena com base na redação anterior do art. 214 do Código Penal, vigente à época da infração, e fixa o regime fechado para o cumprimento da pena com base na Lei 8.072/90 que lhe é posterior. Impossibilidade em face do princípio de direito intertemporal *tempus delicti commissi regit actum* e da irretroatividade da lei mais gravosa. A lei mais benéfica deve ser aplicada na sua integridade. Por esta razão não se pode aplicar a pena mais branda cominada pela redação antiga do art. 214 do C. P. e impor-lhe o regime mais gravoso de cumprimento estabelecido pela Lei superveniente 8.072/90. II – *Regime prisional. Normas que fixam a forma de cumprimento da pena. Natureza*. As normas que impõem a pena e a forma de sua execução têm a mesma natureza, são normas de direito substantivo; as penas e os regimes de seus cumprimentos vêm disciplinados no Código Penal” (STF, 2.ª T.; HC 71.009-3; j. 15.4.1994, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 17.6.1994, p. 15.709; Bol. IBCCrim 18, jul. 1994, p. 59).

• “*Crimes de latrocínio e de ocultação de cadáver – Pena – Indeferimento de pleito de progressão para o regime semi-aberto – Aplicação do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90, que veda aquele benefício nos casos de crimes hediondos – Impossibilidade de aplicação retroativa da lei – Ofensa ao art. 5.º, XL, CF*. A vedação da progressão do regime penal, nos crimes hediondos constitui *lex gravior*, que não pode ser aplicada aos fatos anteriores à sua edição. Precedentes: HC 71.009, HC 68.416. A norma que trata do modo de execução da pena é de direito material e não processual penal. Aplicabilidade dos princípios *tempus delicti commissi regit actum* e da irretroatividade da lei mais gravosa” (STF, 2.ª T.; HC 71.363; j. 21.6.1994, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 16.9.1994, p. 24.279; Bol. IBCCrim 22, out. 1994, p. 71).

• “Há tempos alterou-se o entendimento desta Câmara que, desde então, passou a admi-

tir que a Lei 8.072/90 é de natureza mista, com disposições de direito formal e de direito material. Seu art. 2.º, § 1.º, é desta última natureza, sujeito à proibição constitucional de retroatividade da lei penal mais gravosa, de forma que, se o agente cometeu o delito anteriormente a sua vigência, pode iniciar a execução da pena no semi-aberto ou no aberto, ou a eles ter acesso por progressão" (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 167.452-3/2, São Paulo; j. 22.5.1995, v. u., Rel. Sinésio de Souza; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 336.909).

- "Tratando-se de delito praticado antes da vigência da Lei 8.072/90, não incide a exclusão do sistema progressivo de cumprimento de penas para os chamados crimes hediondos, entre os quais, atualmente, o homicídio qualificado, de acordo com a Lei 8.930/94. Trata-se, de acordo com entendimento preponderante nesta E. Câmara, de regra de direito penal material, sujeita à proibição da retroatividade da lei mais gravosa, prevista na CF, art. 5.º, XL e art. 2.º, par. ún. do Código Penal" (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ap. 157.068-3/1, São Paulo; j. 15.2.1996, v. u., Rel. Augusto César; djt; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 405.101).

- "*Penal – Execução da pena – Direito intertemporal – Tráfico de drogas – Crime praticado antes do advento da Lei 8.072/90 – Regimes prisionais – Progressão: possibilidade – § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90: inaplicabilidade – Obediência ao princípio da reserva legal – Recurso especial não conhecido.* I – O crime (tráfico de maconha) foi praticado em 29/03/90, ou seja, antes do advento da Lei n. 8.072/90. A vedação à progressão nos regimes prisionais, contida no § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, não alcança fato criminoso ocorrido antes do advento da denominada *Lei de Crimes Hediondos*, pois o dispositivo retro tem conteúdo penal material. II – Recurso especial não conhecido pelas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional" (STJ, 6.ª T.; REsp. 61.897, São Paulo; j. 11.3.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 20.5.1996, p. 16.745).

22.4 Vedação legal de progressão e coisa julgada

Nota: A rigor, o juízo de conhecimento não seria competente para dizer ou não quanto à

aplicação da progressividade, pois a matéria é, por excelência, afeta ao juízo da execução (LEP, art. 66, III, *b*), cabendo àquele tão apenas a fixação do regime prisional inicial. De qualquer modo, havendo-o feito o momento dispositivo da decisão condenatória e assim sofrendo então o seu trânsito em julgado, não pode mais essa disposição ser reformada senão pelas vias desconstitutivas próprias e, principalmente, senão pelo órgão jurisdicional competente para essa desconstituição.

Vislumbra-se assim várias hipóteses, a saber:

a) o título condenatório silencia-se totalmente a respeito do regime prisional: cabe então ao juízo da execução decidir sobre a incidência ou não da vedação legal de progressão quando o regime originário é o fechado, podendo assim decidir quanto à constitucionalidade da vedação legal ordinária;

b) o título condenatório dispõe expressamente que o regime fechado tem caráter *inicial*: está implicitamente admitida, com o império da coisa julgada material, a possibilidade de progressão de regime, não mais cabendo ao juízo da execução questionar a constitucionalidade ou não da vedação legal ordinária mas, tão-somente, avaliar em concreto a presença dos requisitos temporal e subjetivos específicos (nessa linha de entendimento seguem os dois julgados abaixo do STF);

c) o título condenatório dispõe que a pena será cumprida sob o regime fechado ou, ainda, que será ela integralmente cumprida sob o regime fechado: o juízo da execução não tem mais como questionar a constitucionalidade da vedação legal de progressão, devendo extinguir eventuais pedidos que assim lhe forem apresentados sem o julgamento de seu mérito, por esbarrem no óbice da coisa julgada material, podendo a Defesa, por sua vez, apenas visar a desconstituição da coisa julgada material pelos caminhos próprios.

Há quem questione este último entendimento, alegando que, por dizer respeito ao controle de constitucionalidade, a matéria teria antecedência ao controle da *res judicata* (instituto sabidamente de Direito infra-constitucional). A objeção, porém, parece ser insubsistente, pois aquele controle (de constitucionalidade) já foi implicitamente operado e sua operação, na espécie, já transitou em julgado, não podendo ser reaberta por juízo do mesmo grau de jurisdição.

22.4.1 Possibilidade de progressão

• “Ao juiz da execução criminal não é lícito alterar os limites objetivos da pena imposta na sentença transitada em julgado, e principalmente para agravar a situação do condenado. É irrelevante que a sentença de mérito passada em julgado para todos, seja inconstitucional ou ilegal se não prejudica o réu. A coisa julgada é direito fundamental da parte. *Sententia facit de albo nigrom, de quadrato rotundum* (A sentença faz do branco, negro, do quadrado, redondo). Hipótese em que a sentença assegurou ao condenado possibilidade de progressão na execução da pena quando não poderia fazê-lo. Impossibilidade de correção ou modificação do decidido para agravar a situação do réu após o trânsito em julgado para a acusação. *Habeas corpus* concedido” (STJ, 6.^a T.; HC 2.145-2, Distrito Federal; j. 26.10.1993, v. u., Rel. Pedro Aciole; DJU 29.11.1993, p. 25.902; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 2, jan.-mar. 1994; p. 200).

• “‘*Habeas corpus*’ – Crime hediondo: tráfico de entorpecentes – Pena: cumprimento prisional: progressão – Coisa julgada – ‘*Reformatio in pejus*’. 1. O Juiz, ao fixar a pena na sentença condenatória, deve estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 59, III, do CP e art. 110 da LEP); cabe ao Juiz da execução determinar que a pena deve ser cumprida de forma progressiva (art. 112 da LEP). Impositivamente a Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) fixa o cumprimento integral dessas reprimendas sempre no regime fechado. 2. Contudo, embora tratando-se de cumprimento de pena em regime fechado, se o Juiz faz literalmente constar na sentença condenatória que o réu cumprisse inicialmente a pena no regime fechado, e tendo esta decisão transitada em julgado, não há como reformá-la, sob pena de violação ao princípio da *ne reformatio in pejus*. 3. A sentença transitada em julgado que aplica o direito à espécie, bem ou mal, não mais pode ser revista pelo Tribunal *ad quem* quanto à possibilidade de progressão de regime concedida ao paciente, nem tampouco ao Juiz que a lavrou explicitar sua intenção, ao asseverar o regime inicialmente da pena. 4. Faz jus assim o paci-

ente à progressão, obedecidos os critérios e requisitos subjetivos e objetivos do art. 112 e seu par. ún. da Lei de Execução Penal. 5. *Habeas corpus* conhecido e deferido” (STF, 2.^a T.; HC 72.897-9, Ceará; j. 12.9.1995, v. u., Rel. Maurício Corrêa; DJU de 20.10.1995, p. 35.260; Bol. IBCCrim 35, nov. 1995, p. 115).

• “1. O regime fechado imposto pelo art. 2.^o; § 1.^o, da Lei 8.072/90, aplica-se ao estupro simples e ao estupro tentado. 2. Tendo a sentença condenatória estabelecido o cumprimento da pena em regime *inicial* fechado, fica assegurado ao condenado o benefício da progressão, desde que obedecidos os critérios do art. 112 da Lei de Execução Penal. 3. *Habeas corpus* deferido, de ofício, para assegurar ao paciente a progressão no cumprimento da pena” (STF, 2.^a T.; HC 73.649-1, Rio Grande do Sul; j. 18.3.1996, v. u., Rel. Maurício Corrêa; extraído de DJU 31.5.1996, p. 18.802).

• “O § 1.^o do art. 2.^o da Lei 8.072/90 não é inconstitucional. Entretanto, é de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando, por equívoco, o MM. Juiz da ação principal, embora condenando o réu pelo crime do art. 214 do CP, considerado hediondo, estabeleceu que apenas o início do cumprimento da pena corporal seria fechado, deixando, assim, aberta a possibilidade de progressão de regime prisional, o que foi confirmado pelo Tribunal *ad quem* quando do julgamento da respectiva apelação, já que não se poderia então agravar a situação do recorrente diante da inexistência de reclamação da acusação quanto a esse ponto, formando-se, portanto, a coisa julgada que não pode ser depois modificada. Nesse sentido é o precedente deste Sodalício: *Pena – Execução – Progressão – Tráfico de tóxico – Regime fechado estabelecido na sentença condenatória apenas para o início do cumprimento da pena – Ausência de recurso da Acusação – Progressões admissíveis – Respeito à coisa julgada – Agravo provido* (JTJ 168/326). Assim, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão almejada, o benefício não pode ser negado” (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 208.243-3/6, São Paulo; j. 19.11.96, v. u., Rel. Hélio de Freitas; red.).

22.4.2 Impossibilidade de progressão

• “Denega-se a progressão ao semi-aberto quando o condenado praticou crime considerado

hediondo, sendo que a expiação, nesses casos, deve ser cumprida integralmente em regime de total segregação, mesmo porque, conforme bem salientado no parecer da Procuradoria de Justiça, eventual entendimento em contrário seria afronta o v. acórdão que determinou o desconto da reprimenda em regime fechado" (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 214.684-3/7, São Paulo; j. 02.12.96, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

22.5 Condenado estrangeiro

Nota: não há fundamento jurídico para a negativa, em abstrato, da progressão de regime prisional a condenado estrangeiro em razão dessa sua qualidade: o que se vislumbra, nesse tema, é um atentado direto e insustentável ao princípio da isonomia. Sequer para a prisão albergue domiciliar (PAD) seria admissível tal diferenciação, pois mesmo o estrangeiro pode subscrever declaração de moradia no Brasil especificamente até o final de cumprimento de sua pena. De resto, o trabalho prisional é sempre facultativo, não se podendo negar a progressão porque o estrangeiro não pode aqui trabalhar legalmente (mesmo porque, fosse o caso de admitir esse raciocínio por se entender que o trabalho prisional é obrigatório, então também não teria o estrangeiro como ser admitido sequer no regime fechado, regime que também implica o exercício desse trabalho). Esquecida também a evidência de que, mesmo no semi-aberto, é plenamente possível e comum a prática do trabalho interno (afinal, que outras pessoas cuidariam da faxina de nossos semi-abertos que não os próprios presos?). Por outro lado, não cabe ao julgador presumir abstratamente que o condenado irá se evadir e, assim, invocar cautelas sem os elementos de convicção que lhes são específicos.

22.5.1 Possibilidade

- “Ao cumprir a pena reclusiva que lhe foi imposta, pelo fato de ser estrangeiro ou estar a viver problemas administrativos pelas disposições da Lei 6.815/80, o preso não pode estar sujeito a tratamento diverso do brasileiro que estivesse na mesma situação, pois também aquele vive em solo pátrio e permanece sob o *munus* estatal, como cumpridor da pena que aqui lhe foi imposta, passando a figurar como estrangeiro residente, tendo todos os direitos,

deveres e garantias dos brasileiros (CF, art. 5.^o, *caput*), não tendo o termo *residente* a mesma conotação do Direito Privado. Outrossim, se a própria lei penal não pode retroagir, salvo para beneficiar o réu, também um simples decreto de expulsão não pode retroagir quando, ao tempo do crime ou mesmo da condenação, não estava ele formalizado, mesmo porque o direito à progressão de regime insere-se como direito subjetivo público do sentenciado, integrando o rol dos direitos materiais penais, revestidos pela proteção da norma constitucional intertemporal. Ademais, a decretação da expulsão não tem efeito decisivo no campo penal, sendo fenômeno pertinente a campo da atuação estatal administrativa, estabelecendo o art. 67 da Lei 8.815/80 uma separação contundente desses dois mundos. Não se admite o argumento de que o apenado com expulsão já determinada não pode ser progredido por estar inapto a trabalhar e a ressocializar-se no meio cujo acesso lhe é vedado, pois a progressão não existe apenas *pro societate*, mas se impõe como vantagem pessoal do apenado, aliviando-lhe substancialmente a carga punitiva” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 182.365-3/5, São Paulo; j. 19.06.1995, v. u., Rel. Oliveira Ribeiro; red.).

- “Progressão – Réu estrangeiro com *édito expulatório* – Admissibilidade – Agravante que atendeu ao requisito objetivo e subjetivo – Situação administrativa que não se confunde, nem se interpenetra com a situação penal – Hipótese em que ao se encontrar sob o *munus* estatal, passa a figurar como estrangeiro residente – Proteção constitucional – Inteligência do art. 5.^o da CF – Impossibilidade de distinção – Progressão deferida – Recurso provido. Ao ser recolhido a estabelecimento penal brasileiro, oficializa o apenado a sua presença no solo pátrio e ao permanecer sob o *munus* estatal, como cumpridor de pena que aqui lhe foi imposta, passa a figurar como estrangeiro residente, e nos termos do art. 5.^o da CF, todos os direitos e garantias outorgadas aos brasileiros, também o são aos estrangeiros residentes no País” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 182.365-3/5, São Paulo; j. 19.07.1995, v. u., Rel. Oliveira Ribeiro; Bol. IBCCrim 36, dez. de 1995, p. 120).

22.5.2 Impossibilidade

- “Sob pena de frustrar-se eventual ordem de expulsão, não é conveniente e oportuna a

progressão ao semi-aberto de estrangeiro com processo de expulsão em andamento, sendo prudente e sensato o indeferimento da medida" (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 181.639-3/9, São Paulo; j. 14.08.1995, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; red.).

- “Em que pese o preenchimento do requisito temporal e as conclusões favoráveis da CTC e do exame criminológico, não deve ser deferida a progressão ao regime semi-aberto de condenada estrangeira que não possui residência fixa no Brasil, nada existindo que a vincule a este País. Ademais, é da essência do semi-aberto que a reeducanda se dedique a atividade laborativa, desenvolvida em ambiente externo ao estabelecimento prisional. Assim, não se vislumbra a possibilidade legal (confira-se o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80) de alguém que está em situação irregular no País vir a atender tal obrigação decorrente da própria LEP. Acresce-se estar em tramitação no Ministério da Justiça processo de expulsão da pretendente, ora sobrestado aguardando o resultado do recurso extraordinário interposto perante o e. STF, para ser então submetido ao Juízo Presidencial. Assim, embora não exista ainda decreto de expulsão, o processo expulsório está em curso e apenas aguarda, para seu desfecho, o resultado daquele recurso, não sendo conveniente, por ora, a concessão da pretendida progressão, sob pena de frustrar eventual ordem de expulsão. Nesse sentido: *A progressão ao regime semi-aberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento da pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. 'Habeas corpus' conhecido, mas indeferido* (STF, 2.^a T., HC 68.135, Paraná, j. 20.08.91, v. u., Rel. Paulo Brossard, RTJ 139/527). No mesmo sentido: *Não é de ser concedido o regime semi-aberto ao estrangeiro condenado no Brasil e cuja expulsão foi decretada, sob pena de poder vir a frustrar-se a própria ordem de expulsão, à igualdade do que ocorre com o estrangeiro que se encontra no território nacional e que, condenado, não pode obter liberdade condicional, a teor do disposto no art. 1.^o do Dec. Lei 4.865/42* (STF, RHC 64.643-3, São Paulo, j. 18.12.86, Rel. Aldir Passarinho, RT 616/405). E outra não tem sido a orientação do C. STJ: *Impossível a concessão do benefício da progressão ao regime semi-aberto sem tornar*

vulnerável a expulsão, já decretada, logo após o cumprimento da pena. Precedentes do STF. Ordem denegada (STJ, HC, j. 26.10.93, Rel. José Dantas, DJU 20.06.94, p. 16.123). À evidência, não se pode pretender a compatibilização das benesses do estágio semi-aberto com o decreto expulsório que, ora sobrestado, quando promulgado geraria impedimento prático de execução” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 211.074-3/1, São Paulo; j. 19.08.96, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

- “Em que pese o preenchimento do requisito temporal e a conclusão favorável da CTC, não é de ser deferida a progressão ao regime semi-aberto quando o reeducando é estrangeiro e não possui residência fixa no Brasil, nada existindo que o vincule a este País. Ademais, é da essência do regime mais brando que se dedique o reeducando à atividade laborativa, desenvolvida em ambiente externo ao estabelecimento penal. Assim, não se vislumbra a possibilidade legal (Estatuto do Estrangeiro) de alguém que está em situação irregular no Brasil vir atender àquela obrigação decorrente da própria LEP. Acresce-se que, embora não exista ainda decreto de expulsão, o processo expulsório está em curso e apenas aguarda resultado de recurso extraordinário interposto, não sendo conveniente, por ora, a concessão da pretendida progressão, sob pena de frustrar eventual ordem de expulsão” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 215.429-3/1, São Paulo; j. 02.12.96, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; red.).

22.6 Ações penais de conhecimento ou inquéritos pendentes

Nota: não há porque confundir, embora muitos insistam em fazê-lo. Inquéritos policiais, ações penais em geral (com ou sem condenação recorrível ou prisão processual já formalizadas) em andamento não impedem a progressão em qualquer hipótese e, muito menos, o julgamento do pedido (salvo, é claro, quando houver pedido formalizado da Defesa quanto à suspensão do julgamento da progressão, pois esta é faculdade do condenado).

Há aqui dois fundamentos a serem observados:

a) antes de mais nada, a presunção constitucional de inocência, imperiosa e decisiva por si própria, exigindo que não se tome a existên-

cia de meras imputações como premissa para a restrição de direitos em outro processo: é manifesto que essa presunção de inocência não desempenha no nosso sistema legal papel puramente figurativo;

b) o segundo fundamento é, ao mesmo tempo, jurídico e lógico, pois sequer é necessária a exigência da erroneamente denominada "situação processual definida" para que se aprecie um pedido ou incidente de progressão de regime prisional. Ora, não cabe ao Juízo da execução, sob qualquer pretexto, à distância das informações técnicas mínimas e não sendo a autoridade jurisdicional competente para fazê-lo, instrumentalizar seu processo de execução para, às avessas, com ele decretar uma espécie de prisão processual por processo de competência de outro Juízo (aquele de conhecimento). Imaginemos o absurdo: o próprio Juízo de conhecimento admite que o réu responda ao processo até mesmo solto, mas o Juízo da execução decide manter o mesmo homem sob o regime fechado exatamente porque responde ele àquele outro processo. Tal hipótese é absurda mas, infelizmente, bastante frequente em julgados a respeito de execução penal.

Necessário então delimitar: sendo o caso de prisão processual, e uma vez decretada ou mantida esta pelo Juízo de conhecimento competente, o Juízo da execução poderá mesmo assim deferir a progressão de regime, ficando a advertência de que, então, a medida de transferência apenas poderá ser efetivada pela autoridade administrativa caso o título daquela prisão ainda provisória seja compatível com o novo regime prisional (p. ex., uma condenação ainda recorrível também a regime semi-aberto; ou também a regime aberto). Caso contrário, admitido que esse título em princípio é compatível apenas com o regime fechado (aquele que, aliás, melhor se adequa à natureza da maioria das prisões processuais), então a transferência não deverá ser efetivada pela autoridade administrativa até final solução da prisão processual. Em sendo esta adiante revogada (pelo Juízo de conhecimento), procede-se à transferência de imediato; adquirindo definitividade (ou seja, transitando em julgado a nova condenação), a LEP é então rica ao dispor sobre sua recepção pelo processo de execução (art. 111, par. ún.). Em suma, pese a existência de feitos em andamento, não há porque adiar a decisão de progressão: porventura deferida, a ordem de trans-

ferência oriunda do Juízo da execução deve ser cumprida pela autoridade administrativa com a mesma disciplina reservada a um alvará de soltura, isto é, como uma ordem clausulada. Vemos, portanto, o quão irracional é postergar a decisão do incidente de progressão (ou, pior ainda, indeferir a progressão) apenas porque há feitos em andamento (qualquer que seja seu estágio). O Direito e a lógica assim não exigem, antes repelindo tal exigência de todo arbitrária.

22.6.1 Possibilidade

- "Não impede a concessão de regime aberto, na versão de albergue domiciliar, a existência de processos pendentes de julgamento, pois, de acordo com manifestações de nossos pretórios, há de dominar a presunção de inocência, somente afastada quando se assentar em definitivo a culpabilidade" (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ap. 369.959/6, São Paulo; j. 03.09.1984, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; tj 06.10.1984; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 231.912).

- "O fato de estar o condenado respondendo a outros processos não constitui, por si só, causa impeditiva da prisão albergue, consoante se infere do disposto no art. 6.^o da Lei estadual 1.819/78" (TJSP, 3.^a C.; Ap. 29.337-3, Marília; j. 12.11.1984, v. u., Rel. Diwaldo Sampaio; RT 593/307).

- "A não ser que o pretendente esteja preso provisoriamente, caso em que deve aguardar o julgamento na Cadeia Pública (LEP, art. 102), a progressão ao regime semi-aberto é de rigor quando atendidos os requisitos objetivo e subjetivo, com parecer favorável da CTC, não sendo óbice a existência de outro processo em andamento, sem trânsito em julgado e sem carta de guia, pois é sabido que a somatória das penas, para a definição de regime prisional, só tem cabimento após o trânsito em julgado da condenação" (TACRIM-SP, 7.^a C.; Ag. Exec. 906.137/0, São Paulo; j. 28.09.1995, v. u., Rel. José Habice; tj 05.12.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 306.902).

22.6.2 Impossibilidade

- "Para a progressão ao regime semi-aberto é preciso que o preso tenha definida sua situação processual e que, caso não haja ainda

adquirido a necessária maturidade, desconte mais algum tempo da pena, demonstrando assim sua efetiva adaptação a regime prisional menos rigoroso" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 169.018-3/7, São Paulo; j. 12.12.1994, v. u., Rel. Renato Talli; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 326.131).

- "O juiz não está adstrito à conclusão favorável da equipe técnica, podendo decidir contrariamente se, no cotejo com outros elementos, constatar que o penitenciário não está em condições de ser transferido para regime mais brando, registrando falta disciplinar grave indicativa de seu demérito e respondendo ainda a processos e inquéritos em andamento, encontrando-se na dependência de sofrer novas condenações em regime fechado, com o risco de vir a frustrar, pela fuga, as futuras possíveis execuções. Nessas situações, cumpre aguardar a solução dos feitos em andamento, sem prejuízo de renovação do pedido em caso de desfechos favoráveis" (TACRIM-SP, 14.^a C.; Ag. Exec. 925.277/1, São Paulo; j. 21.03.1995, v. u., Rel. Lopes da Silva; tj 06.06.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 364.309).

- "Indefere-se pedido de progressão ao semi-aberto quando o condenado, havendo sido condenado por delito de tráfico de entorpecentes, ostenta outro inquérito policial versando o mesmo tipo de delito, sem notícia de seu desfecho, de molde a tornar ilíquido o seu pretendido direito quanto à mudança de regime, de fechado para o semi-aberto" (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 211.881-3/4, São Paulo; j. 24.09.96, v. u., Rel. Emeric Levai; red.).

22.6.3 Critérios

- "O advento de condenação recorrível impede a progressão quando a soma das penas for superior ao teto para a fixação do semi-aberto ou, ainda, quando não ultrapassado 1/6 do total dessas penas" (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 834.325/1, São Paulo; j. 01.12.1993, v. u., Rel. Walter Swensson; tj 06.04.1994; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 359.332).

22.7 Prisão processual vigente: impossibilidade

- "Não é obstáculo à progressão ao semi-aberto a situação processual indefinida, desde

que inexistia prisão processual, em qualquer de suas modalidades" (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 834.325/1, São Paulo; j. 01.12.1993, v. u., Rel. Walter Swensson; tj 06.04.1994; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 359.332).

22.8 Progressão em habeas corpus

Nota: em princípio, o *habeas corpus* não é meio idôneo para o deferimento da progressão: a exceção diz respeito àqueles casos, aliás raríssimos, em que o Juízo da execução, reconhecendo embora a presença dos requisitos específicos, não admitiu a progressão por fundamentos técnico-abstratos. Se o Juízo da execução não apreciou a presença desses requisitos específicos, não caberá o *habeas corpus* para o deferimento da progressão, sob pena de infração ao duplo grau de jurisdição.

Mas o *habeas corpus* serve porém para outras situações, podendo ser empregado não propriamente para que por ele se decida quanto à progressão, mas sim para que por ele se determine a pronta decisão do Juízo da execução, de instância inferior, quando tal decisão já se retarda injustificadamente. Assim também é empregado o *habeas corpus* para que o condenado possa aguardar a decisão quanto a sua progressão já sob o regime mais brando, a título provisório.

22.8.1 Possibilidade

- "*Constitucional – Processual penal – Progressão de regime prisional – Indeferimento – Lesão ao direito de locomoção – 'Habeas corpus' – Remédio processual idôneo.* O indeferimento do pedido de progressão de regime prisional, no qual se alega a presença dos requisitos próprios, consubstancia lesão ao direito de locomoção, susceptível de ataque por via de *habeas-corpus*. *Habeas-corpus* parcialmente concedido, para que o pleito seja apreciado pelo Tribunal" (STJ, 6.^a T.; HC 4.193, São Paulo; j. 11.03.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.740).

22.8.2 Impossibilidade

- "*Habeas corpus*. Prisão albergue. Dependente a concessão de prisão albergue de complexa prova e de ampla discricionariedade

do juízo das execuções, não se presta a solução por via do *habeas corpus*. *Habeas corpus* indeferido" (STF, 1.^a T.; HC 61.701-8, São Paulo; j. 08.05.1984, v. u., Rel. RAFAEL MAYER; RT 595/473).

- "Por exigir circunstanciado exame de prova, tem-se o *habeas corpus* como inidôneo para apreciar pedido de progressão no regime prisional" (STJ, 6.^a T.; HC 1.519-7, Mato Grosso; Rel. José Cândido; DJU 15.02.1993, p. 1.701).

- "A progressão no regime prisional não é matéria que possa ser decidida ou reapreciada com segurança no rito especial e sumário do *habeas-corpus*, salvo algumas exceções onde fica caracterizada coação ilegal, eis que depende de valoração dos seus requisitos objetivos e subjetivos e exame aprofundado de provas, inclusive pericial" (STF, 2.^a T.; HC 69.948-1, Rio de Janeiro; Rel. Paulo Brossard; DJU 26.03.1993, p. 5.006).

- "*Pena privativa de liberdade – Execução*. Regime prisional. Progressão. Necessidade de examinar os requisitos objetivos e subjetivos, bem como os pressupostos para a sua concessão. Impossibilidade de aferição na via estreita do *writ*. Ordem indeferida" (STF, 2.^a T.; HC 70.161-2; j. 17.08.93, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 19.11.93, p. 24.660; Bol. IBCCrim 13/38).

- "*Execução penal – Progressão de regime de cumprimento de pena – Paciente que sofreu regressão ao regime fechado por motivo de fuga – Pedido de nova progressão*. Apreciação inviável na via do *habeas corpus* por depender de exame de circunstâncias subjetivas, relacionadas com a conduta carcerária do condenado. Recurso de *habeas corpus* improvido, com recomendação de maior celeridade na apreciação do processo relacionado com a pretensão do paciente" (STJ, 5.^a T.; RHC 3.335-5, São Paulo; j. 07.02.1994, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 28.2.1994, p. 2.905; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n. 6, abril-junho 1994; p. 242).

- "Impossibilidade, em *habeas-corpus*, de discutir as condições pessoais do sentenciado, com vistas ao deferimento de progressão a regime semi-aberto, pendente como se faz o *decisum* de exame de fatos e provas. Precedente do STF: HC 66.253. Pedido conhecido, mas indeferido, com apoio no segundo fundamento do Acórdão, pela falta de preenchimento dos requisitos subjetivos do benefício indeferido, matéria cuja indagação não cabe nos estreitos limites do remédio eleito" (STF, 2.^a T.; HC 71.363; j. 21.06.1994, v. u., Rel. Paulo Brossard; DJU 16.09.1994, p. 24.279; Bol. IBCCrim 22, out. 1994, p. 71).

- "O *habeas corpus*, como é cediço, é remédio contra o constrangimento ilegal, evidente, claro, indisfarçável, e que, de pronto se revela ao exame do julgador. Não se presta, certamente, à correção de equívocos que, mesmo se existentes, têm sua percepção e reconhecimento subordinados ao exame e à consideração aprofundada da prova ou de dados que tenham servido de suporte à deliberação atacada. O *habeas corpus* é remédio constitucional que, *ictu oculi*, se percebe caracterizador de constrangimento ilegal e que, como tal, atinge o direito líquido e certo do cidadão, que, ao ser assim atingido, tem comprometida, efetiva ou potencialmente, a liberdade. Ora, ao deferimento do regime semi-aberto não basta o decurso de certo tempo de vida carcerária. Cumpre revele o condenado, igualmente, aptidão psicológica, adequação temperamental e senso de responsabilidade, para que possa merecer os favores do regime mais brando. É mister que o pretendente à evolução se mostre apto e propenso ao trabalho, vinculado à família e à casa, com residência certa, não itinerante. A verificação de tais pressupostos, porém, não se adequa à índole do *habeas corpus*. Exige exame percuciente e detalhado da prova, análise cuidadosa do comportamento social e psiquiátrico do condenado, pesquisa atenta de sua aptidão geral para a evolução que pretende alcançar. Como, então, tal análise não se mostra própria ao âmbito estreito do *habeas corpus* e admitindo a lei recurso específico contra a decisão que indefere benefícios em sede de execução penal, o remédio heróico se mostra via mal eleita para o fim pretendido, não se conhecendo da impetração" (TJSP, 2.^a C. Crim.; HC 183.959-3/3, São Paulo; j. 17.04.1995, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 306.931).

• “Pedido de progressão para o regime semi-aberto não pode ser decidido em sede de *habeas corpus*, que exige a evidência do constrangimento ilegal, sem aprofundar-se no âmago da pretensão” (TJSP, 3.^a C. Crim. Férias; HC 186.128-3/3, São Paulo; j. 31.07.1995, v. u., Rel. Linneu Carvalho; 1.^a inst.-VEC/SP 306.931).

• “Execução penal – Progressão – ‘Habeas corpus’ – Exame – Possibilidade – Quando. 1. O recurso de agravo previsto em LEP, assim como ocorre com o recurso de apelação, por si, não impede a impetração e o conhecimento de *habeas corpus* com vistas a afastar a ilegalidade flagrante ou abuso de poder no indeferimento de progressão no regime prisional. O que não se pode fazer é aprofundar exame de provas ou se avaliar os requisitos subjetivos em que se alterou a decisão para indeferir a progressão de um regime para outro. 2. Tem-se abusado do *habeas corpus* pretendendo fazê-lo remédio para todos os males, esquecidos os recursos específicos postos na lei e que proporcionam amplo exame fático na matéria. No caso, assim se procedeu. Indeferida a progressão, deixou-se de interpor o agravo previsto na LEP. Pretende-se, agora, via esse *writ* se adentre no exame do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos que determinaram o julgamento do pedido, o que, com total pertinência, foi negado pelo Tribunal recorrido. 3. Conhecendo-se, embora do pedido como substitutivo do recurso ordinário, denega-o” (STJ, 5.^a T.; HC 3.571-2, São Paulo; j. 30.08.95, v. u., Rel. Jesus Costa Lima; DJU 25.09.95, p. 31.115; RBCCrim 13/371).

• “Habeas corpus’ – Estelionato – Indeferimento de pedido de regime aberto – Constrangimento ilegal não caracterizado. 1. Paciente condenado pelo Juízo Federal da 3.^a Vara Criminal em São Paulo, à pena de dois anos e seis meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semi-aberto, por violação ao disposto no art. 180, § 4.^o, do CP, tendo a decisão sido confirmada por esta Egrégia Corte Regional. 2. Consta, ainda, que perante o Juízo das Execuções Penais, o paciente pleiteou os benefícios do regime aberto, invocando os mais variados problemas do sistema penitenciário. Não obstante, como se pode constatar às (f.) da impetração, o MM. Juiz impetrado não

conheceu do pedido formulado, tendo em vista o trânsito em julgado da decisão impositiva de regime diverso, não constando dos autos o recolhimento do paciente à prisão, não tendo sido cumprido, portanto, o requisito temporal previsto. 3. Outrossim, como é cediço, o *habeas corpus* não é a via adequada para a obtenção de progressão de regime prisional, questão esta que deve ser apreciada, sempre, em sede de execução penal. 5. Constrangimento ilegal não caracterizado. 6. Ordem denegada” (TRF 3.^a Reg., 1.^a T.; HC 93.03.073001-1, São Paulo; j. 19.09.95, v. u., Rel. Pedro Rotta; DJU 06.02.96, p. 4.871; RBCCrim 14/439).

• “Recurso ordinário de ‘habeas corpus’. Além de o *habeas corpus*, por via de regra, não ser o meio processual hábil para o exame do preenchimento, ou não, do requisito subjetivo exigido pelo art. 112 da Lei de Execuções Penais, não há nos autos sequer a manifestação do Ministério Público e o teor da decisão que não acolheu os laudos criminológicos, elementos esses em que se baseou, também, o indeferimento da progressão pretendida, e, portanto, indispensáveis para a sua apreciação. Recurso ordinário a que se nega provimento” (STF, 1.^a T.; HC 73.154-6, Rio de Janeiro; j. 24.10.1995, v. u., Rel. Moreira Alves; DJU 23.02.1996, p. 3.625).

• “Processual penal – ‘Habeas-corpus’ – Mudança de regime prisional – Remédio processual impróprio – Constrangimento ilegal – Inexistência – Exame de provas – Inviabilidade. – Inviável a concessão do *writ* quando a pretensão nele veiculada concerne à mudança de regime prisional. Precedentes do STJ. – O *habeas-corpus*, remédio constitucional assecutorio da liberdade física ou do direito de locomoção, tem rito especial, não comportando, no seu curso, dilação probatória. – Recurso desprovido” (STJ, 6.^a T.; HC 5.114, Rio Grande do Norte; j. 11.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 11.03.1996, p. 6.666).

• “Processual penal – ‘Habeas-corpus’ – Mudança de regime prisional – Remédio processual impróprio – Constrangimento ilegal – Inexistência – Exame de provas – Inviabilidade. – Inviável a concessão do *writ* quando a pretensão nele veiculada concerne à mudança de regime prisional. Prece-

dentes do STJ. – O *habeas-corpus*, remédio constitucional assecutorio da liberdade física ou do direito de locomoção, tem rito especial, não comportando, no seu curso, dilação probatória. – Recurso desprovido” (STJ, 6.^a T.; RHC 5.102, Rio Grande do Norte; j. 12.12.1995, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 04.03.1996, p. 5.421).

- “*Penal – Processual penal – ‘Habeas corpus’ – Progressão a regime semi-aberto – Requisito subjetivo – Lei 7.210, de 1984, art. 112. I. – Impossibilidade do reexame, no habeas corpus, do laudo criminológico que conclui desfavoravelmente à progressão da pena por falta de preenchimento do requisito subjetivo exigido pela lei (Lei 7.210/84, art. 112). II. – Precedentes do STF: HC 68.276-SP e HC 69.739-SP. III. – H. C. indeferido*” (STF, 2.^a T.; HC 73.225-9, Rio Grande do Sul; j. 12.12.1995, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 22.03.1996, p. 8.208).

- “*Direito penal e processual penal – Regime de cumprimento de pena – Progressão para o semi-aberto. 1. Havendo a decisão de 1.^o grau e o acórdão, que a confirmou, demonstrado, com base nas provas, que o paciente, embora satisfaça ao requisito temporal, não preenche os demais relativos ao mérito (§ 3.^o do art. 33 c/c art. 59 do C. Penal e art. 112 da Lei de Execuções Penais), não é o habeas corpus instrumento adequado a sua revisão. 2. Precedentes do S. T. F. 3. H. C. indeferido*” (STF, 1.^a T.; HC 73.139-2, São Paulo; j. 18.12.1995, v. u., Rel. Sydney Sanches; DJU 15.03.1996, p. 7.204).

- “*Criminal – Pena – Regime de cumprimento. ‘Habeas corpus’*. Incensurabilidade de sua denegação, na origem, desde a carência da pretendida progressão do regime carcerário” (STJ, 5.^a T.; RHC 5.107, Rio Grande do Norte; j. 06.02.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 04.03.1996, p. 5.414).

- “*HC – Progressão de regime prisional – Negativa – Inocorrência de constrangimento ilegal – Recurso de agravo já interposto*. Não é o *habeas corpus* meio idôneo para apreciação do indeferimento de postulação visando a evolução de regime prisional, mormente quando pendente recurso de agravo contra a decisão

monocrática, oportunidade em que se poderá, com maior amplitude apreciar o mérito do pedido. Ordem denegada” (STJ, 5.^a T.; HC 4.429, São Paulo; j. 25.03.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 29.04.1996, p. 13.426).

- “*Criminal – Pena – Regime de cumprimento. ‘Habeas corpus’*. Incensurabilidade de sua denegação, na origem, desde a carência da pretendida progressão do regime carcerário” (STJ, 5.^a T.; RHC 5.341, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.03.1996, p. 14.435). No mesmo sentido: 1) STJ, 5.^a T.; RHC 5.348, Rio Grande do Norte; j. 26.03.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.435; 2) STJ, 5.^a T.; RHC 5.352, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.435; 3) STJ, 5.^a T.; RHC 5.355, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. José Dantas; DJU 06.05.1996, p. 14.435.

- “*Penal – ‘Habeas corpus’ – Regime prisional – Condições*. Não é o *habeas corpus* a via própria para reconhecer o direito à progressão no regime prisional, porquanto dependente de cumprimento de requisitos que envolvam o exame de aspectos fáticos. Recurso desprovido” (STJ, 6.^a T.; RHC 5.338, Rio Grande do Norte; j. 02.04.1996, v. u., Rel. William Patterson; DJU 10.06.1996, p. 20.392).

- “*Pacífico o entendimento jurisprudencial de que o habeas corpus não se presta para a aferição dos requisitos necessários à progressão do regime prisional, mormente no presente caso em que o impetrante-recorrente nem mesmo comprova ter requerido nova progressão ao Juízo da execução*” (STJ, 5.^a T.; RHC 5.337, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.881). No mesmo sentido: a) STJ, 5.^a T.; RHC 5.375, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.882; b) STJ, 5.^a T.; RHC 5.350, Rio Grande do Norte; j. 16.04.1996, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.05.1996, p. 17.881.

- “*De acordo com o sistema vigente, todos os incidentes da execução têm caráter jurisdicional e se desenvolvem, primeira e forçosamente, perante o Juízo da Execução (art.*

66, III, b, da LEP) e, ao depois, através de agravo, na Superior Instância para que a matéria seja amplamente apreciada. Na realidade, para a concessão de regime prisional mais brando, exige-se aprofundado exame sobre o comportamento carcerário anterior do interessado, para averiguar o senso de responsabilidade; outros requisitos legais também hão de ser sopesados. Tal análise não pode ser feita no estreito âmbito do *mandamus*, principalmente quando o pedido não está suficientemente instruído. Por sinal, a Suprema Corte já decidiu não ser o *habeas corpus* meio idôneo para dispor-se sobre regime de cumprimento de pena, pela necessidade da verificação de condições subjetivas do condenado (RT 632/364)" (TJSP, 2.^a C. Crim.; HC 221.505-3/8, São Paulo; j. 09.12.96, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

22.9 Requisito temporal: natureza jurídica

Nota: chegou-se a pensar, no processo acadêmico de elaboração da LEP, na abolição do requisito temporal para a progressão de regime prisional, acabando-se por sua redução a uma cifra mínima (um sexto). No direito comparado, há o registro da lei italiana que não admite o ingresso no equivalente ao semi-aberto quando ainda resta a cumprir mais de cinco anos. De qualquer modo, em nosso próprio Direito o requisito temporal diz respeito precipuamente ao chamado *tempo de reflexão*, entidade aliás bastante polêmica e complexa. Ou será que não estaríamos na verdade diante de um *mínimo retributivo*? A definição da exata natureza desse requisito é questão prévia inadiável para sua operatividade: os partidários da primeira noção podem em princípio admitir mesmo a relatividade da presunção legal que, assim, admitiria prova em contrário (e, conseqüentemente, a sua dispensa); já os partidários do *mínimo retributivo* estarão atados ao caráter absoluto desse requisito que, portanto, será imperioso e incontornável.

Nossa posição decorrerá, então, do nosso posicionamento acerca da teoria da pena como um todo. De nossa parte, entendemos que toda e qualquer concepção retributiva está plenamente expurgada do sistema da execução penal, de forma que não dispomos de meios para ver, no requisito temporal, outra natureza que não a de uma presunção legal relativa, atinente

a uma finalidade maior que, todavia, pode estar satisfeita com antecedência, em concreto.

Outra conseqüência das mais relevantes da definição: o pressuposto do *mínimo retributivo* reclama que aquele um sexto seja contado sempre, em qualquer dos estágios da execução, em vista do total da pena exequenda (como aliás pode ser extraído da literalidade do art. 112 da LEP), enquanto que a natureza de um *mínimo de reflexão* determina a contagem desse um sexto tendo por base o que então restava de pena quando do ingresso do condenado no regime originário, pois o que realmente interessa aos fins do Direito é a reflexão que o condenado possa obter nesse regime antecedente e não aquela operada em tempos mais longínquos, em circunstâncias e estágios totalmente diversos. Imagine-se a hipótese de um condenado a seis anos de reclusão que ingressou no semi-aberto quando já cumpria três anos: para a primeira posição, precisará ainda cumprir mais um ano para postular o aberto; para a segunda, precisará cumprir apenas seis meses.

Porventura imposta pena de qualidade mais gravosa (p. ex., com a vedação de progressão com coisa julgada), esta será cumprida primeiramente (CP, art. 76), ainda que suspendendo o curso das demais, o qual será retomado após o cumprimento integral daquela. Para a nossa posição, nesse caso o condenado contará aquele um sexto de regime fechado, para postular o semi-aberto, inclusive sobre o tempo que cumpriu pela pena mais gravosa, via de regra não precisando assim cumprir um sexto da pena não gravosa.

- “Os estágios da progressão foram instituídos não apenas para proveito do penitenciário, mas também com vistas à segurança da sociedade, que conta com a adaptação do preso cumpridor de penas alongadas na mudança de uma custódia hermética para outra sujeita à liberdade relativa, justamente para que não se verifiquem passagens abruptas de uma situação para outra, a ensinar choques por falta de adequada preparação” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 212.310-3/7, São Paulo; j. 17.09.96, v. u., Rel. Oliveira Ribeiro; red.).

22.10 Requisito temporal: um sexto do total da condenação

- “O cálculo de 1/6 da pena a que, para fins de progressão de regime de seu cumpri-

mento, se refere a parte final do art. 112 da Lei de Execução Penal tem como base a pena imposta na sentença que se está executando, e não o tempo que resta da pena. Inadmissibilidade, no caso, de aplicação analógica do art. 113 do Código Penal" (STF, 1.ª T.; HC 69.975-8, Rio de Janeiro; Rel. Moreira Alves; DJU 05.03.1993, p. 2.898).

22.11 Requisito temporal: um sexto do que restava de pena quando do ingresso no regime antecedente

- "Para a progressão ao regime aberto é necessário que o pretendente tenha cumprido pelo menos um sexto do que então lhe restava de pena privativa de liberdade quando de sua progressão ao semi-aberto, sem o que não atende ele o requisito temporal" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 132.827-3/3, São Paulo; j. 25.03.1993, v. u., Rel. Cunha Bueno; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 210.941).

22.12 Requisito temporal e longa pena a cumprir

Nota: em princípio, uma vez cumprido sin-gelamente o requisito temporal como previsto na lei, não cabe ao Juiz, a pretexto de ainda faltar longo tempo de pena a cumprir, buscar estabelecer novos limites temporais à revelia daqueles já instituídos pelo legislador ordinário no regular exercício de sua exclusiva competência constitucional. Assim, atendido o lapso temporal, deve o Juiz passar ao exame exclusivo das condições subjetivas do condenado, sem permitir que sua avaliação destas condições seja afetado pela quantidade de pena que ainda resta a cumprir.

22.12.1 Deferimento

- "O simples fato do sentenciado ostentar várias condenações, ou ter longo período de pena por cumprir, não significam que não esteja habilitado à progressão ao semi-aberto, onde, ademais, continuará sob observação" (TACRIM-SP, 3.ª C.; Ag. Exec. 884.059/3, São Paulo; j. 09.08.1994, v. u., Rel. Ciro Campos; tj 16.09.1994; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 201.121).

- "Longa pena a cumprir não é argumento suficiente para a denegação do pedido de progressão ao semi-aberto, pois quanto maior a pena aplicada, maior o tempo exigido de efetivo cumprimento da reprimenda, para a concessão da progressão" (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 941.975/5, São Paulo; j. 21.06.95, v. u., Rel. Teodomiro Méndez; red.).

22.12.2 Indeferimento

- "Deve ser dilatado o lapso temporal necessário para a progressão ao semi-aberto quando o preso, condenado em diversos processos, suportando longa pena ainda a cumprir, já gozou anteriormente de progressão e voltou a reincidir após evasão do regime intermediário" (TJSP, 5.ª C. Crim.; Ag. 98.036-3, São Paulo; j. 19.12.1990, v. u., Rel. Celso Limongi; dtj; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 158.261).

- "O dever funcional de preservação da segurança social, em sua parcela atribuível ao juiz, impõe remediar a concessão de progressão ao regime semi-aberto ao condenado por crimes de natureza grave e com longa pena a ser ainda cumprida" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 153.707-3/0, São Paulo; j. 14.3.1994, v. u., Rel. Angelo Gallucci; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 312.880).

- "Tratando-se de reeducando que tem ainda largo tempo de penas a cumprir, sua passagem para o semi-aberto, onde a fiscalização praticamente inexistente, por certo poderá ensejar uma fuga, ou mesmo a volta ao crime. Embora satisfeito há muito o requisito temporal e apesar da votação majoritariamente favorável dos órgãos técnicos, a legislação deixa ao prudente arbítrio do magistrado o exame das condições subjetivas do reeducando. Isso porque a progressão não se constitui num direito absoluto, mas está condicionada à segurança da vida em sociedade, em favor de quem, na dúvida, devem ser decididos casos como o presente" (TJSP, 1.ª C. Crim.; Ag. 170.225-3/4, São Paulo; 13.03.95, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

- "Denega-se a progressão ao semi-aberto quando, embora atendido o lapso temporal e apesar de parecer técnico favorável, resta ainda longa pena a cumprir e o laudo psicoló-

gico aponta traços incompatíveis com o regime intermediário, denotando a inviabilidade da medida no momento, mesmo porque, em se tratando de condenações por delitos graves, a progressão apenas justifica-se com a plena demonstração da cessação da periculosidade para um sadio convívio social” (TACRIM-SP, 8.^a C.; Ag. Exec. 929.317/6, São Paulo; j. 20.04.1995, v. u., Rel. S. C. Garcia; tj. 09.06.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 323.269).

22.13 Mérito: natureza jurídica e conceitos

Nota: “mérito” é o conceito central do arcabouço legal da execução penal: a pedra fundamental de todo o sistema, não apenas para a progressão de regime prisional. Curiosamente, é também o conceito mais vago e mais amplo da nossa lei, a qual não o define e não lhe dá qualquer conteúdo mais preciso, abrindo assim um vasto leque de entendimentos que, não raramente, podem surgir de forma até mesmo arbitrária.

Por “mérito” vêm sendo entendidos tantos os posicionamentos quanto as informações dos setores técnicos específicos (psicologia, assistência social e psiquiatria). Mas também os posicionamentos e as informações dos setores administrativos (diretoria geral e diretorias específicas, dentre as quais: vigilância e disciplina, produção e ensino). O pano de fundo para essas informações e pareceres seriam, de acordo com muitos julgados, os aspectos propriamente criminológicos do caso, com os quais aqueles dados relativos à capacidade adaptativa atual se contrastam em uma lógica dialética, de modo que se possa assim elaborar uma síntese cuja natureza é a de um *prognóstico*. Este, para falar mais simplesmente, seria uma síntese que resulta do confronto entre o passado (criminológico) e o presente (adaptativo) do condenado.

Importante ressaltar, mesmo porque há sempre uma grande margem para confusões: um prognóstico não é uma previsão ou um exercício de “futurologia” pelos órgãos da execução penal, não tendo nunca o condão de antecipar o que irá ocorrer no dia de amanhã, mesmo porque o entendimento humano ainda não suporta tamanhos propósitos. Um prognóstico é apenas uma reunião dos dados captáveis do presente, não tendo, portanto, como comportar tanto os dados não captáveis como, ainda,

aqueles que serão acrescidos no dia seguinte na vida do condenado.

O objeto precípua desse prognóstico vem sendo, mais comumente, a *hipótese de reincidência*, o que implica dizer: salvo exceções, quando o tema aflora acidentalmente no material recolhido, esse prognóstico não se presta para detectar a predisposição do condenado à evasão caso seja levado ao semi-aberto, mesmo porque não é raro esta atender a estímulos de momento e, portanto, posteriores à observação técnica.

Não há como definir aprioristicamente qual dado seja o mais relevante para a definição do mérito do condenado. O Juiz aqui é quase alçado à condição de investigador, cabendo-lhe, para o que contará também com sua experiência e com sua sensibilidade adquiridas ao longo dos anos de trabalho e estudo, compor todo um quadro com as variadas informações e opiniões técnicas, a partir destas estabelecendo uma relação dialógica com as informações propriamente criminológicas, relação esta iluminada pelo modelo da progressividade que, por sua vez, está pressuposto na fórmula legal (v. retro nota ao item 22.1). Disso decorre o óbvio: quando o julgador se deixa contaminar por sua contrariedade político-ideológica ao próprio modelo da progressividade, forçosamente acaba sendo mais severo na admissão do “mérito” do condenado, empregando então expedientes mínimos para a rejeição da pretensão e, conseqüentemente, pervertendo e subvertendo o que não lhe compete contrariar. Interessante observar esse jogo de conceitos e preconceitos no dia a dia de nossa jurisprudência, com o lúdico substituindo a lógica e o próprio Direito.

- “*Processual penal – Habeas corpus – Regime prisional – Progressão*. 1. Reputa-se correta a decisão que indefere pedido de progressão ao regime semi-aberto, por não atender o réu aos requisitos de caráter subjetivo. 2. Ordem denegada” (STJ, 6.^a T.; HC 3.519-4, Rio Grande do Sul; j. 12.09.1995, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 11.03.1996, p. 6.658).

- “Gravidade do delito praticado, espaço de tempo, longo ou curto, ainda a percorrer, fragilidade de vigilância nos presídios destinados ao cumprimento de penas em regime semi-aberto nunca foram considerados, pela nossa

excelente lei de execução penal (nunca é demais repeti-lo), como fatores impeditivos de progressão em regime prisional, presentes aqueles exigidos para a permissibilidade" (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 199.849-3/3, São Paulo; j. 16.04.96, v. u., Rel. Silva Leme; red.).

• "O que se ressalta no sistema penitenciário brasileiro – de forma indiscutível – é sua inépcia para se adequar a qualquer teoria que busque a humanização da reprimenda. Não há educação, condições dignas de sobrevivência, assistência física ou psicológica, envolvimento sério com laborterapia ou formação profissional. Em suma, com raras exceções, a prisão serve para conter as populações marginalizadas, econômica e moralmente. A desigualdade das ruas aplica-se ao sistema penitenciário: apenas os absolutamente desvalidos, também com raríssimas exceções – é que acabam encarcerados. Se a decisão em feitos desta natureza deve se louvar em precárias e superficiais análises, uma vez que o sistema nada mais oferece que tenha um resquício de cientificismo, ao magistrado resta o exame destes elementos e proferir decisão. Mas de nada servem eles sem a consciência dos anteriormente elencados. A se acreditar em impiedosa e superficial análise psicológica do condenado, cuja conclusão é desfavorável à medida, teríamos uma trágica conclusão: ele seria delinquente por natureza e estaria irremediavelmente condenado a permanecer FECHADO! Quanto aos requisitos subjetivos para a progressão cabe a lição de Julio Fabrini Mirabete (*Execução penal*, Atlas, 5.^a ed., p. 286): *É necessário, pois, que se conheça a capacidade provável do condenado de adaptar-se ao regime menos rigoroso, não bastando o seu bom comportamento. O comportamento mau ou sofrível, porém, indica normalmente uma inaptidão para o regime mais suave. Fugas, difícil convivência com os companheiros, falta de respeito para com os funcionários, displicência no trabalho ou no aprendizado, cometimento de faltas disciplinares etc. correspondem ao demérito que não aconselha a progressão. A aferição do mérito, porém, se refere à conduta global do preso e dela faz parte um acréscimo na confiança depositada no mesmo e a possibilidade de atribuição de maiores responsabilidades para o regime de maior liberdade. O condenado deve ser avaliado, aliás, em função do regime*

para o qual pretende progredir; terá que ser examinado tendo em vista as regalias de que irá gozar no regime progressivo seguinte. Essas circunstâncias não se confundem com a inadaptação pessoal. Não há pena que impeça o homem de reincidir. A sociedade – por seu lado – não está preparada para receber o egresso das prisões, amparando-o e readmitindo-o em seu seio com as deficiências que o encarceramento a todos impõe. Não se trata aqui de fazer a defesa do preso, esquecidos os delitos que praticou, apenas constatar-se que a vida em sociedade não pode, pelo furor da mídia ou desigualdade econômica de classes, condenar alguns à perpetuidade do regime prisional fechado, enquanto outros, por ostentarem aquelas falsas condições, permanecem praticamente libertos e com disponibilidade de movimentação, como se livres fossem. Tendo o condenado cumprido durante anos o que o sistema lhe impôs, não lhe resta, assim, nenhuma outra condição, salvo a da progressão, eis que é a concretização da promessa do sistema com a qual contribuiu através de seu comportamento. Em local algum está dito que o preso terá direito à progressão de regime se estiver com sua personalidade, conduta e mérito adequados aos padrões da estrita normalidade. Espera-se que tenha durante anos ou meses revelado personalidade não-violenta, conduta de submissão às terapias ocupacionais oferecidas e mérito pessoal – que é o respeito aos encarceradores, aos encarcerados e àqueles que, com esperança, os visitam" (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 1.046.927/8, São Paulo; j. 02.04.97, v. u., Rel. Lagrasta Neto; red.).

• "Resulta mais do que evidente que um reeducando, há longos anos recolhido ao cárcere, no regime fechado, e que permanece fazendo uso de *cannabis* – tanto que drogado quando apresentou-se perante a Comissão Técnica de Classificação – não faz jus, ainda por algum tempo, ao benefício da progressão. A ausência de méritos, portanto, justifica a permanência do reeducando no regime fechado, até que deixe ele o vício. Efetivamente, o fato do pretendente apresentar-se drogado quando daquele exame, sem dúvida nenhuma, contraria o registro de boa conduta carcerária e contradiz as manifestações favoráveis ao pedido" (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 222.647-3/2, São Paulo; j. 07.04.97, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

22.14 *Casuística pelo critério preponderante da decisão*

22.14.1 Comportamento carcerário: indeferimento

Nota: um dos fatores que menos vem repercutindo na jurisprudência é a comprovação do bom comportamento carcerário. A partir de certo trecho doutrinário (que, a propósito, sequer invocava uma interpretação assim literal), passou-se a dizer apenas que “não basta o condenado ter bom comportamento carcerário” para alcançar a progressão: se a construção em si é inatacável (já que nenhum fator pode ser aprioristicamente decisivo), é certo que ela também não deve desviar a nossa atenção para a real importância do bom comportamento como um dos mais significativos pontos de avaliação do “mérito”. De fato, a classificação administrativa da conduta disciplinar (péssima, má, boa, ótima etc), desde que submissa naturalmente ao devido controle jurisdicional, é ponto indicativo da capacidade adaptativa do condenado e, ademais, de sua capacidade de viver dentro de uma ordem mínima de respeito a seus semelhantes e a regras. Dentro dessa ótica, não há sentido prático em dizer que o bom comportamento (ou o mau comportamento) não são elementos que demonstram a aptidão (ou a não aptidão) do condenado para conviver em regime prisional mais brando.

Obviamente, não há sentido em operar o conceito de “mau comportamento” com intensa importância e não fazer o mesmo com o conceito de “bom comportamento”: o mesmo critério deve ser empregado em ambos os casos.

- “De acordo com precedentes do STF e com orientação predominante desta Corte, não se há de deferir a progressão ao semi-aberto quando o parecer técnico coloca-se francamente desfavorável à medida, não bastando o bom comportamento carcerário para o preenchimento do requisito subjetivo pois, como frisa a doutrina, o bom comportamento não se confunde com a aptidão do condenado não serve de índice fiel de sua readaptação social” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 161.670-3/3, São Paulo; j. 29.08.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 318.602).

- “Indefere-se a progressão de regime prisional quando a equipe técnica manifestou-se contrariamente à pretensão, anotando precariedade crítica em relação ao delito e aos limites do regime carcerário, sendo também desfavorável o parecer da Diretoria, cujo teor revela insubordinação às regras do regime fechado” (TACRIM-SP, 13.^a C.; Ag. Exec. 972.219/1, São Paulo; j. 24.10.95, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.).

- “Para a progressão ao semi-aberto não basta que o sentenciado apresente, durante algum tempo, bom comportamento, inclusive por conveniência própria e visando obtenção de algum benefício, sendo necessário que sua conduta global seja considerada, até porque o retorno de um condenado ao convívio social não pode ser encarado como simples experiência, pois se esta não tiver êxito, fatalmente a consequência é desastrosa” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 213.804-3/9, São Paulo; j. 02.12.96, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

22.14.2 Faltas disciplinares:

Nota: tema correlato diz respeito às faltas disciplinares em concreto.

Para que se possa falar em existência de falta disciplinar, antes de mais nada é imprescindível que tenha sido o episódio submetido ao devido controle jurisdicional, pois evidentemente o Juiz da execução não deve e não pode aceitar automaticamente as classificações administrativas, sem submetê-las ao exame de sua regularidade formal e material.

Admitida jurisdicionalmente a ocorrência de uma falta grave, cabe avaliar sua relevância quando da apreciação de pedidos de progressão de regime. Também aqui não dispõe o Juiz da execução de fórmulas pré-concebidas. Necessário avaliar detidamente a natureza, a eloquência, as circunstâncias e a distância da falta disciplinar para, apenas então, poder ser definida sua exata relevância quanto à progressão de regime.

Naturalmente, um condenado cujo histórico disciplinar esteja repleto de faltas dificilmente poderá invocar sua aptidão a um regime prisional onde a introjeção de seus deveres disciplinares será mais reclamada: sua rebeldia imanente revela a necessidade de contenedores

institucionais (externos) mais veementes, no mais das vezes próprios do regime fechado.

Já faltas isoladas devem ser avaliadas concretamente. Necessário questionar se o episódio em si caracterizou uma incompatibilidade grave com um regime prisional mais tênue (p. ex., evasões ou tentativas de evasão do regime fechado demonstram em princípio incompatibilidade com o regime semi-aberto, onde a vigilância direta é fraca; assim também no que se refere a crimes relativos a entorpecentes; portes de armas etc). Outras faltas também tidas por graves, todavia, permanecem nitidamente encerradas dentro das circunstâncias específicas em que surgiram, não demonstrando incompatibilidade com outro ambiente prisional mais evoluído (p. ex., certas brigas com um desafeto específico; certos atos tipicamente oriundos de um momento particular de desespero etc). É fundamental, nesse exame, que os órgãos da execução leiam atentamente os autos, não se satisfazendo em registrar a ocorrência de uma falta sem maior interesse por sua natureza: o que mais importa é menos a falta em si e, mais, explorar as circunstâncias que as produziram, desse modo podendo-se extrair se houve ou não um episódio que torna, no momento, o semi-aberto impróprio à situação específica em que se encontra o condenado.

Outro perigo bastante comum, qualquer que seja a falta, é esquecer que o tempo passa e as situações internas e externas mudam com ele. De fato, as faltas sempre dizem respeito a uma época específica do curso de uma pena, não podendo, portanto, servirem indefinidamente para a recusa da progressão. Valioso então questionar se atualmente o condenado encontra-se no mesmo estágio de vivência prisional que produziu aquela falta em específico ou se, por outra hipótese, já superou ele aquele momento de indisciplina e, mais recente, logrou se adequar à ordem do estabelecimento. Infelizmente, não é incomum vermos decisões denegatórias da progressão por conta exclusiva de faltas cometidas há muitos e muitos anos atrás, assim como não é incomum encontrarmos processos onde esse mesmo argumento vem há anos sendo utilizado para o indeferimento dos sucessivos pedidos de progressão. Há também aqui um limite que cabe ao Juiz da execução estabelecer com a maior lucidez possível: encontrar, como diz o ensinamento bíblico, o exato tempo das coisas.

(a) *deferimento*

- “Não se pode indeferir a progressão ao semi-aberto à vista da reincidência ou do número de crimes cometidos, pois é incabível a criação de obstáculos não previstos na lei. Também não impede a progressão a antiga revogação de livramento condicional por prática de novo delito: se o decurso do período depurador de 5 anos afasta a própria reincidência, também as faltas graves não podem ter caráter de perpetuidade quando seguidas de considerável lapso com bom comportamento e bom aproveitamento laborterápico. Igualmente, é de ser concedida a progressão quando, apesar de concluir desfavoravelmente, a equipe técnica apontou mais condições positivas do que negativas pois, ao conceder qualquer benefício ao preso, o juiz está conscientemente assumindo certos riscos, já que ele e os técnicos não têm o carisma da vidência, não podendo fazer prognóstico seguro de que o sentenciado não tornará a delinquir, tão somente estabelecendo, mesmo assim em caráter relativo, probabilidades e presunções a respeito. É comum que o sentenciado, contrariando as boas expectativas dos técnicos, volte a delinquir, assim como ocorre também que aquele cuja confiabilidade parecia reduzida acabe se adaptando ao convívio social. Assim, não convém privilegiar em demasia o exame criminológico, cujo valor é relativo e não vinculante, podendo ser recusado quando o contraste com outros elementos justifique tal recusa, mesmo porque os técnicos são auxiliares da Justiça, não lhes cabendo dizer a lei no caso concreto, mister que cabe ao juiz. Assim, o exame desfavorável não impede a progressão, até porque as condições pessoais do presidiário podem ser aferidas também por outros meios de prova e mesmo por indícios” (TACRIM-SP, 8.ª C.; Ag. Exec. 704.947/0, São Paulo; j. 21.11.1991, v. u., Rel. Silva Pinto; tj 19.02.1992; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 216.782).

- “É de se deferir a progressão ao regime prisional aberto quando o preso já cumpriu mais de metade da pena e seu pedido, formulado pela segunda vez, foi ilustrado com parecer técnico favorável da CTC, parecer este ratificado pela diretoria do estabelecimento. Não se há de indeferir a pretensão porque o regime aberto equivale a vida livre sem fiscalização eficiente e porque o pretendente cometeu falta disciplinar média por se reapresentar embriagado ao final

de uma saída temporária, mesmo porque essa falta teve média relevância e, em razão desse comportamento, já foi inibida uma saída temporária subsequente. Parece que inibir a progressão de regime a um preso que durante mais de seis anos se envolveu em uma única ocorrência sem maior relevância seria medida exagerada, inaceitável nos tempos atuais, quando o comportamento no presídio foi mencionado como superior à média da população carcerária e no mais sempre se revelou cumpridor das obrigações como recluso" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 143.501-3/1, São Paulo; j. 23.08.1993, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.).

- “Fugas ocorridas há mais de 5 anos não impedem a progressão ao semi-aberto pois, se mesmo em relação aos delitos a lei estabeleceu esse prazo expurgador, não seria admissível que meras faltas disciplinares, por mais graves que sejam, caracterizando um *minus* em relação aos delitos, impedissem a concessão de qualquer benefício após vencido esse prazo” (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 936.109/1, São Paulo; j. 03.05.1995, m. v., Rel. Walter Swensson; tj 04.07.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 310.751).

- “Defere-se a progressão ao semi-aberto quando estão satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos legalmente previstos, não constituindo impedimento o registro de uma evasão no passado com o cometimento de novo delito, mesmo porque, conforme precedente desta Câmara, havendo dúvida quanto às condições pessoais deve ela favorecer o pretendente, possibilitando-se melhor e mais acurada observação em meio prisional diverso, com outras possibilidades de trabalho, em caminhada progressiva para o retorno ao convívio social” (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 955.409/9, São Paulo; j. 30.08.1995, v. u., Rel. Lourenço Filho; tj 11.10.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 173.855).

- “É de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando, pese embora antiga evasão ocorrida no curso de uma saída temporária, atualmente as manifestações técnicas são favoráveis à medida, apontando como de maior peso os aspectos positivos, nunca sendo possível a afirmação absoluta da recuperação, pois a própria progressão escalonada integra o processo de ressocialização e, assim, algum risco de falha sempre existe” (TACRIM-SP, 12.^a C.;

Ag. Exec. 953.643/7, São Paulo; j. 25.09.1995, v. u., Rel. Abreu Machado; tj 03.11.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 238.775).

- “O simples fato de anteriormente ter empreendido fuga não é razão suficiente para negar-se o benefício da progressão ao semi-aberto pois, pela falta, certamente o condenado já foi punido, sendo inexistente pena eterna, de forma que mencionada falta não pode servir novamente de óbice ao deferimento do pedido. Nova fuga, inegavelmente mais fácil de ser empreendida no semi-aberto, corresponderá nova captura e nova punição. Caso contrário, estaria sendo negada ao condenado a possibilidade de recuperar-se para o convívio social” (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 968.247/8, São Paulo; j. 25.09.95, v. u., Rel. Fernandes de Oliveira; red.).

- “*Regime prisional – Progressão – Admissibilidade – Requisitos objetivo e subjetivo devidamente satisfeitos – Falta disciplinar pretérita que, punida, não pode constituir óbice – Recurso provido.* Satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo para a progressão prisional, não poderá impedi-la pretérita falta disciplinar, ainda que grave, se o condenado já foi punido por ela, com regressão prisional, e deu mostra, ao longo dos anos, de que se emendou, sob pena de ocorrer *bis in idem* que perdure até o cumprimento integral da pena no regime mais rigoroso” (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 185.466-3, São Paulo; j. 13.11.1995, v. u., Rel. Bittencourt Rodrigues; Bol. TJSP 14, maio 96, p. 14).

- “É de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando o parecer técnico autoriza a mudança de regime como etapa indispensável para a individualização do cumprimento da pena, ainda que o pretendente registre faltas disciplinares já reabilitadas, mesmo porque não se pode exigir um comportamento exemplar daqueles que vivem no degradante e precário ambiente carcerário” (TACRIM-SP, 13.^a C.; Ag. Exec. 985.539/7, São Paulo; j. 21.11.1995, v. u., Rel. Roberto Mortari; tj 02.11.1996; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 321.462).

(b) indeferimento

- “Para a progressão ao semi-aberto, não basta a conclusão favorável da CTC quando há

notícia de que o sentenciado, quando esteve anteriormente nesse regime, encetou fuga e voltou a delinquir, demonstrando que nada valeu o tempo em que esteve preso e que não se arrependeu dos erros cometidos. O regime semi-aberto, caracterizando-se pela segurança mínima, reclama especial confiança na auto-disciplina do condenado e, se a fuga não é obstáculo para nova progressão, todavia invoca demonstração de que o sentenciado irá agora ajustar-se com responsabilidade ao novo regime" (TACRIM-SP, 4.^a C.; Ag. Exec. 934.953/4, São Paulo; j. 25.04.1995, v. u., Rel. Passos de Freitas; tj. 06.06.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 291.690).

- "Denega-se a progressão ao semi-aberto quando, embora favorável, o parecer técnico aponta aspectos negativos na personalidade do sentenciado com longa pena ainda a cumprir e que, ademais, posteriormente à elaboração do referido parecer, veio a praticar falta grave consistente em tentativa de evasão, assim demonstrando que, em regime menos rigoroso, tentará novamente evadir-se" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 170.830-3/5, São Paulo; j. 16.05.1995, v. u., Rel. Nélson Fonseca; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 225.287).

- "Conforme precedente deste Tribunal, é inadmissível a progressão ao regime semi-aberto, mesmo com conclusão favorável da equipe técnica, quando evidenciados aspectos negativos na personalidade do sentenciado que, ademais, cometeu faltas disciplinares de natureza grave" (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 184.359-3/2, São Paulo; j. 24.07.1995, v. u., Rel. Irineu Pedrotti; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 228.841).

- "Indefere-se a progressão ao semi-aberto se, embora satisfeito o requisito temporal, quanto ao mérito os técnicos concluíram que o pretendente não reúne condições para a medida que, ademais, também não se recomenda pelo registro de faltas disciplinares, havendo longa pena a ser cumprida por crimes graves, com nova delinquência quando antes beneficiado com a progressão" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 186.971-3/0, São Paulo; j. 31.08.1995, v. u., Rel. Nélson Fonseca; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 97.945).

- "É de pouca importância o parecer técnico que, embora opinando favoravelmente

ao deferimento da progressão ao semi-aberto, deixa contudo de mencionar aspectos relevantes como a evasão quando do anterior ingresso no regime intermediário, seguida de prática de novo crime violento, episódios que desqualificam o mérito do pretendente e comprometem qualquer prognóstico que lhe seja positivo" (TACRIM-SP, 1.^a C.; Ag. Exec. 957.151/6, São Paulo; j. 26.10.1995, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 355.481).

- "Conforme precedente, a fuga do sentenciado, no curso da execução da pena, constitui falta grave e corresponde ao demérito que não aconselha a progressão prisional, mormente se decorrido curto espaço de tempo e não realizado novo exame pericial" (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 969.895/4, São Paulo; j. 01.11.1995, v. u., Rel. Vico Mañas; tj. 20.12.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 395.625).

22.14.3 Perspectivas sociais, familiares, profissionais e vivenciais: indeferimento

Nota: outro aspecto de grande importância, mas de difícil operação, diz respeito aos temas propriamente sociais que cercam a vida do condenado, mais especificamente sua estabilidade familiar, profissional e comunitária. Forçoso porém reconhecer: a grande maioria de nossos presos é composta de pessoas de parcas e instáveis relações fora da marginalidade. Nem todos contam com o sempre valiosíssimo apoio familiar em seu processo de libertação e, pelo menos boa parte, sempre foi alvo de sérias estigmatizações: muitos eram pessoas problemáticas na infância, na escola, na família, na rua e no bairro em que moravam e cresceram, encontrando-se no fundo de um processo de exclusão social do qual dificilmente conseguem sair sem o apoio de familiares ou amigos que, também dificilmente, podem encontrar.

Temos observado duas constantes que, embora não necessárias, são por demais frequentes. De um lado, um grande número de condenados que passou, em algum momento de sua vida pré-delitiva, por uma mudança social brusca, sobretudo vivendo um fluxo migratório radical (campo/cidade; Estado/Estado; cultura/cultura). De outro lado, problemas relativos à figura paterna: ou excesso de rigor ou sua ausência. De qualquer modo, históricos que

muito raramente podem ser alvo de uma ação reparadora e que, na verdade, apenas tendem a um agravamento paulatino com o próprio processo de prisionalização.

Aqui, dois aspectos costumam ser de grande importância: o apoio familiar recebido pelo condenado mesmo na vida intra-muros e, por outro lado, sua própria disposição para a reformulação de sua maneira de vida, notadamente para a dedicação ao exercício de alguma atividade profissional adequada a suas condições pessoais.

- “A evolução de regime prisional não está automaticamente assegurada apenas decorrido o estágio mínimo exigido no regime anterior mais severo. Exige, por certo, também, que revele o condenado aptidão psicológica, adequação temperamental e senso de responsabilidade para tanto; que se mostre apto e propenso para o trabalho, vinculado à família, com razoável perspectiva de ressocialização” (TACRIM-SP, 8.^a C.; Ag. Exec. 513.021/9, São José do Rio Preto; j. 21.04.1988, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; tj 06.07.1988; 1.^a inst.- VEC/SP 156.141; red.).

- “Ao deferimento da progressão para o regime aberto não basta, certamente, o decurso de certo tempo de vida carcerária. Cumpre revele o condenado, igualmente, aptidão psicológica, adequação temperamental e senso de responsabilidade, para que possa merecer os favores do regime mais brando, de tal forma que, nele, tudo indique que o agir criminoso, se não foi algo eventual, momentâneo e não revelador de índole ou vocação delinqüencial, representa fato passado em sua vida, onde as perspectivas de adaptabilidade social devem se mostrar favoráveis e de forma a permitir que se assuma o risco de vê-lo apartado dos criminosos maiores. É mister que o pretendente à evolução se mostre apto e propenso ao trabalho, vinculado à família e à casa, com residência certa, não itinerante. Seria, sem dúvida, inaceitável temeridade deferir a progressão ao regime aberto quando o laudo pericial coloca em destaque algumas peculiaridades que não permitem reconhecer a satisfação integral dos pressupostos subjetivos exigidos para a medida, não se evidenciando perspectiva de recuperação e quando ainda há por cumprir longo tempo de pena. Os tempos presentes, plenos de

violências muitas vezes tristemente impunes, reclamam do magistrado acentuada prudência, especial cautela e redobrado rigor no deferimento de benesses, que uma legislação claramente inadequada à realidade social, destinou a delinquentes que se mostram autores de delitos gravíssimos e para quem, como é bem sabido, a vida de segregação carcerária não deverá ter proporcionado grandes recursos para uma ressocialização que, em suma, é o fundamento primeiro para o alcance de um encarceramento menos severo” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 172.184-3/0, São Paulo; j. 20.02.1995, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

22.14.4 Quadro interno, psicológico e psiquiátrico: indeferimento

Nota: nesse plano, há sempre dois perigos sérios para os operadores jurídicos da execução penal.

De um lado, vimos observando um excessivo valor que vem sendo atribuído às informações técnicas dos setores de psicologia e psiquiatria, tal como pudessem esses setores prever com exatidão a hipótese de reincidência ou, mesmo, a possibilidade de uma evasão caso afrouxados os laços de vigilância institucional. É óbvio que essas ciências, a exemplo de qualquer outra, não têm condições de prever o futuro e, a rigor, sequer esse é seu objetivo técnico. Ademais, também é óbvio que os dados propriamente internos por elas avaliados são meros componentes de um quadro avaliatório maior, não devendo, portanto, aprioristicamente assumir no sistema uma carga preponderante.

De outro lado, necessário frisar o desconhecimento dos operadores jurídicos quanto à linguagem técnica desses setores e, sobretudo, quanto ao real significado das informações por eles levantadas. Muitas vezes os operadores jurídicos incorrem no erro de recepcionar tais informações com seu significado corrente e popular quando, na verdade, a leitura exigida seria aquela que respeitasse seu ambiente lógico adequado: expressões como “agressividade”, “impulsividade”, “características de prisionalização”, “imaturidade” e tantas outras dizem respeito a categorias lógicas específicas e pressupõem um conhecimento global dos processos internos aos quais estão referidas, conhecimento este raramente ao alcance do leitor do pare-

cer técnico. Antes de mais nada, necessário saber que todos nós portamos muitos desses traços em medidas variadas, mesmo porque alguns deles dizem respeito a forças imprescindíveis para nossa sobrevivência no meio social, o que nos leva a uma evidência sempre valiosa: menos do que detectá-los, cabe ao parecer técnico (e ao próprio Juiz da execução penal) desvendar em que medida esses traços específicos continuam em referência ao potencial criminógeno do condenado ou, antes, em que medida podem ser tributados a traços exclusivamente constitutivos, sobre os quais, naturalmente, a pena privativa de liberdade tem difícil e problemática eficácia.

- “Consistiria em temeridade colocar-se no semi-aberto quem se encontra em precárias condições morais, com insuficientes freios, com esgarços propósitos e difusas metas, sobretudo quando o crime cometido revela estrutura marginal afinada com a maior insensibilidade social que se pode conceder; incomparável desestima pelo ser humano, pois quem faz do comércio de tóxicos o meio de vida, situa-se dentre os maiores inimigos públicos” (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 124.790-3/0, São Paulo; j. 15.06.1992, v. u., Rel. Ary Belfort; dtj; 1.^a inst.-VEC/SP 305.601; red.).

- “Não deve ser deferida a progressão ao semi-aberto quando o pretendente, de acordo com apuração da CTC, ainda mostra alguns distúrbios de comportamento, não reunindo merecimento para a almejada progressão” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 161.513-3/8, São Paulo; j. 23.06.94, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

- “Temerário se afigura deferir-se a progressão ao semi-aberto, já que a sociedade não pode correr riscos diante de quadro psicótico do pretendente que, de acordo com o parecer psiquiátrico, não assume a responsabilidade por seus atos, denotando prejuízos na sua autocensura” (TJSP, 3.^a C. Crim. de Férias; Ag. 181.638-3/4, São Paulo; j. 18.12.95, v. u., Rel. Segurado Braz; red.).

- “Na execução penal, diversamente do que sucede com o processo de conhecimento a preceder condenação, não se aplica o *in dubio pro reo*. Havendo dúvida, a partir daí, cumpre indeferir o pedido, já que esta se resolve sempre

em favor da sociedade. Predominando o *in dubio pro societate*, só se promove a regime mais brando quem, inequivocamente, demonstre se achar capacitado à reintegração social sem riscos, ao menos em regime de semi-liberdade. Pois, como salientou em outros precedentes, trata-se de sistema *ameno* e dotado de *frágil vigilância, com incentivo ao trabalho externo* – situação, pois, de alto risco – e ao estudo. Assim, é de ser indeferida a progressão ao semi-aberto à vista de exame técnico francamente desfavorável, pois é de singular importância o *estudo médico*, psicológico e psiquiátrico, a que se deva submeter o interessado na benesse. Porque o bom comportamento carcerário, como se sabe – assim como o cumprimento do requisito *temporal* mínimo previsto em lei –, possui importância simplesmente relativa. Importa menos, a bem dizer, tenha ou não o reeducando boa conduta carcerária. Esta, venha embora a existir, *não deve ser valorizada, pois é sabido que, na prisão, a periculosidade sofre controles inibitórios* (RT 601/321). No mesmo sentido o STF, no RHC 63.566-1-SP, relatado pelo Min. Carlos Madeira: para o semi-aberto, além dos pressupostos objetivos, é mister que fique comprovada a *capacidade de readaptação à vida comum, sem riscos de periculosidade demonstrada na prática do crime*” (TACRIM-SP, 7.^a C.; Ag. Exec. 983.803/0, São Paulo; j. 14.03.1996, v. u., Rel. Luiz Ambra; tj; 14.03.1996; 1.^a inst.-VEC/SP 343.871; red.).

22.14.5 Autocrítica:

Nota: aqui também vimos constantemente observando certa inadequação lógica entre os operadores jurídicos e, de outro lado, a avaliação propriamente técnica. É freqüente o parecer da CTC referir-se tanto à capacidade autocrítica (globalmente considerada) e, pontualmente, sobre a opinião que o condenado elabora quanto à justiça (ou à alegada injustiça) de sua condenação: ora, é evidente que são dois aspectos bastante diferenciados.

De um lado, é de grave importância a capacidade elaborativa autocrítica do condenado mas, como tal, compreendida sua postura mediante toda a sua vida passada ou, melhor dizendo, a maneira como o condenado elabora atualmente esses elementos históricos para, com base neles, entender-se (ou não) como o principal agente de todo seu processo de vida.

De outro lado, há sempre a opinião que o condenado exercita especificamente quanto à justiça de sua(s) condenação(ões). O fato de um condenado dizer-se “inocente”, ou de “não assumir a responsabilidade pelo delito que resultou em sua condenação” interessa apenas na medida em que possa estar referido a um prejuízo autocrítico globalmente considerado. Sim, porque muitas vezes essa opinião pessoal por ele apresentada não se insere dentro de um quadro de prejudicialidade de sua capacidade autocrítica propriamente dita e, nesses casos, a rigor tal opinião não estará ultrapassando um mero exercício pontual de seu próprio direito de entendimento. Afinal, o simples fato (isolado) do condenado dizer-se inocente não “ofende” quem quer que seja e, muito menos, a respeitabilidade de quem o condenou: antes, engrandece a legitimidade pública do exercício da jurisdição na medida em que enriquece o debate sobre seus conteúdos. Ademais, há muito está sepultada a visão da execução da pena enquanto caminho de expiação pública de alguma culpa magnífica, cujo objetivo maior seria exatamente o de fazer com que o condenado pudesse confessar seus crimes para, assim, poder alcançar o perdão divino enquanto era condenado pela justiça humana: essa inspiração dizia respeito a processos de cunho religioso hoje totalmente incompatíveis com o Direito moderno. Aliás, dizer “inocente” sequer indica prepotência: muitas vezes é a demonstração concreta de algum sentimento mais profundo de vergonha pelo delito cometido e, assim, pode adiante até mesmo desaguar em um exercício autocrítico mais elaborado.

Claro, todavia, que em muitos casos haverá uma contaminação global dessa capacidade autocrítica globalmente considerada quando, então, a indicação comportará razões para maior preocupação. Nesses casos, a deficiência autocrítica comumente estará relacionada também a processos de vitimização do condenado que, através dessa maneira de colocar-se no mundo, reluta sistematicamente em entender-se como o principal agente de seu próprio processo histórico, sempre atribuindo a responsabilidade negativa de seus acidentes à pessoa do outro e, sempre, insistindo em fazer-se “vítima” de todo esse processo. Há condenados onde esse processo é nítido: fazem-se de vítimas da própria vítima; vítimas do policiamento ostensivo que os capturou; vítimas da Polícia Judiciária; vítimas do Promotor de Justiça que

os denunciou; das testemunhas que os incriminaram; vítimas do Juiz que os condenou; vítimas do Tribunal que manteve suas condenações; vítimas dos agentes penitenciários; dos colegas de infortúnio prisional; e, não raramente, fazendo-se de vítimas até mesmo do Advogado que os assiste. Daí então uma preocupação básica do discurso de todos nós: a cautela para não acirrarmos esses processos de vitimização já naturalmente fertilizados pelo meio prisional, não deixando contaminar nossos discursos com expedientes fáceis de vitimização do condenado que, em qualquer caso, trarão a séria consequência de esconder a responsabilidade que ele próprio desempenha no seu processo de vida.

(a) deferimento

- “O juiz não está submetido ao laudo psiquiátrico, especialmente quando a fundamentação do mesmo se apresenta lacônica. A insistência do examinando em relação a não participação no delito não é dado, suficiente em si, para se concluir desfavoravelmente à sua reintegração social. Agravo provido para se conceder ao recorrente o regime aberto para o cumprimento do restante da pena” (TACRIM-SP, 11.^a C.; Ag. Exec. 868.757/2, São Paulo; j. 23.05.1994, v. u., Rel. Fernandes de Oliveira; red.).

- “A passagem de um presidiário do regime fechado para o semi-aberto oferece certos riscos para a sociedade, ante a possibilidade de fugas, mas, como a progressão está prevista na Lei de Execução Penal, uma vez satisfeitos seus requisitos deve ela ser deferida em prol do objetivo de facilitar a ressocialização do reeducando, ainda que os setores técnicos hajam opinado contrariamente ao pedido por não assumir ele a autoria do delito, mesmo porque é sabido que poucas pessoas o fazem” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 167.456-3/0, São Paulo; j. 12.12.1994, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 277.031).

(b) indeferimento

- “Pese embora o parecer favorável da equipe técnica, não é de se deferir a progressão ao regime semi-aberto quando o pretendente não assume a culpa pelo delito cometido, com

a súmula psicológica salientando aspectos negativos em sua personalidade, mostrando-se ele lábil emocionalmente e pouco estruturado em seus afetos, o que pode indicar a persistência de fragilidade de mecanismos contensores e baixa tolerância a frustrações. Segundo lição da doutrina, *o condenado, imputável e juridicamente responsável, só se emenda se reconhece a sua culpabilidade. O condenado não se emendará enquanto se sentir 'vítima da sociedade'; 'vítima de uma injustiça'* (Curso de Direito Penitenciário, Arimida Bergamini Miotto, Saraiva, 1975). Em precedente oportuno, o Colendo STF, por sua 2.^a Turma, deixou assentado: *Regime de cumprimento da pena. O condenado à reclusão em regime fechado só poderá ser transferido a regime menos rigoroso, após o cumprimento do mínimo de um sexto da pena, uma vez provada sua capacidade de readaptação à vida comum, sem riscos da periculosidade demonstrada na prática do crime* (RHC 63.556-1-SP, Rel. Min. Carlos Madeira). Tratando-se de condenações por crimes graves, com término da pena ainda longínquo, recomendável maior dose de cautela quanto à inclusão em sistemas mais brandos, principalmente em regime semi-aberto, onde as restrições à liberdade corporal são mais fracas do que aquelas encontradas no atual regime, sobretudo quando há o registro de evasão pretérita desse regime. Aliás, esta E. 1.^a Câmara tem entendido que *para que a comunidade afrontada seja satisfeita e para que com segurança se avalie a recuperação do agravante, é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP, pois tal requisito, só por si, não autoriza a progressão, especialmente em casos como o dos autos, onde o 'quantum' das penas é elevado e a gravidade dos delitos é acentuada* (Ag. 156.308-SP, j. 21.03.94, Rel. Des. Gomes de Amorim). Com efeito, não se pode privilegiar em demasia o exame criminológico, que representa, apenas, um instrumento de auxílio do Juiz, sem vinculá-lo às suas conclusões. Assim, a autoridade judiciária não fica adstrita às opiniões ou presunções estabelecidas no trabalho pericial, podendo decidir contrariamente a elas sempre que julgar conveniente em nome do interesse maior que é o social. Também não socorre a pretensão a alegação de que o condenado tem boa conduta carcerária, pois, conforme orientação jurisprudencial dominante nesta E. Corte, *a progressão para regime menos rigoroso supõe méritos que*

a autorize e este não se identifica com o simples bom comportamento carcerário (RJTJESP, ed. Lex, 111/522, Rel. Des. Dante Busana). No mesmo sentido, a lição de FABBRINI MIRABETE: *Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comportamento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social* (Execução Penal, ed. Atlas, 1987, p. 294)" (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 203.115-3/6, São Paulo; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; dtj; red.).

- "Não obstante o parecer técnico favorável, não se defere a progressão ao semi-aberto quando o pretendente, condenado a penas altas por crimes gravíssimos, insiste em proclamar a regularidade de suas condutas nessas oportunidades, sustentando ter agido em legítima defesa própria ou de terceiros. Se é certo que a singela conclusão pericial não vincula nem obriga o magistrado, também é que *o condenado imputável e juridicamente responsável, só se emenda se reconhece a sua culpabilidade. O condenado não se emendará enquanto se sentir 'vítima da sociedade', 'vítima de uma injustiça'* (Curso de Direito Penitenciário, Arimida Bergamini Miotto, Saraiva, 1975). Daí porque, em face de penas chocantemente altas e de um sentenciado que insista na recusa da responsabilidade já definitivamente reconhecida na sentença transitada em julgado, o que se decide é que *para que a comunidade afrontada seja satisfeita e para que com segurança se avalie a recuperação do agravante, é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP, pois tal requisito, só por si, não autoriza a progressão, especialmente em casos como o dos autos, onde o 'quantum' das penas é elevado e a gravidade dos delitos é acentuada* (TJSP, Ag. 156.308, j. 21.03.94, Rel. Gomes de Amorim)" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 212.301-3/6, São Paulo; j. 25.11.96, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.).

22.14.6 Assimilação da terapêutica prisional: indeferimento

Nota: Enquanto opções meramente propositivas, evidentemente não está o condenado

obrigado a embarcar no seu processo de libertação (e não, propriamente, de "terapêutica prisional"). Qualquer que seja, porém, sua opção de conduta, é certo que se faz ele sempre responsável por ela.

- "Nega-se a progressão ao semi-aberto quando, de acordo com as informações técnicas, inócorre adesão do sentenciado ao processo executório, necessitando ele de evolução valorativa para superação de seu restrito índice crítico e ético-moral, mormente porque as solicitações da situação nova exigem de todo reeducando respostas positivas" (TACRIM-SP, 2.^a C.; Ag. Exec. 778.703/1, São Paulo; j. 14.01.1993, v. u., Rel. Eduardo Goulart; tj. 14.05.1993; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 242.480).

22.14.7 Gravidade do delito, potencial criminógeno e periculosidade (perigosidade):

Nota: Também aqui nem sempre a jurisprudência consegue operar com lucidez esses conceitos. Naturalmente tais dados são relevantes porque integram o quadro propriamente criminológico, dialeticamente contrastando (como vimos antes) com as informações atuais quanto à capacidade adaptativa do condenado. Disso resulta: a) incorreto afirmar pura e simplesmente que tais informações criminológicas não têm qualquer importância no processo de execução penal ou qualquer influência quando da avaliação do condenado para fins de progressão de regime prisional; b) também incorreto fazer dessas informações uma parede intransponível para que o condenado possa acessar sua progressão de regime prisional ou, ainda, aprioristicamente atribuir a esses dados uma função decisiva na constituição da categoria do "mérito" do pretendente. Mais uma vez importa repetir: o objetivo investigativo é detectar até que ponto continuam (ou não) intensamente presentes os fatores criminógenos que trouxeram o condenado para a vida prisional: em caso positivo, necessitaria maior insistência no regime fechado cujo potencial contensivo é mais exuberante; em caso negativo, ou seja, na medida em que o processo elaborativo interno começa a contrapor-se aos dados criminógenos ainda presentes, é então hipótese de pronta progressão para o estágio subsequente do curso da execução, reclamando-se então a elevação

de regime prisional que, aqui, não mais deve tardar.

É comum a afirmativa de que a reforma legislativa de 1984 teria afastado do sistema a noção de *periculosidade*, escanteando-a exclusivamente para as hipóteses de inimizabilidade (absoluta ou relativa): de fato assim é, mas em termos. Ao aceitarmos essa noção temos que ter claro que, de qualquer modo, o direito penal não é operacionalizável sem uma categoria específica que se refira ao potencial criminógeno propriamente dito, reclamamos este que fica ainda mais nítido no direito de execução penal. Daí porque, mais recentemente, vem sendo com felicidade proposta a noção de *perigosidade* que, ao mesmo em que não se confunde com aquela, todavia deixa remanescer no sistema uma categoria teórica referida diretamente ao potencial criminógeno do réu/condenado, ou seja, a sua exata (e atual) capacidade de se voltar ao cometimento de crimes.

(a) deferimento

- "Embora a concessão da progressão prisional ou de qualquer outro benefício se revista de forte dose de risco, cujo acerto ou não só o tempo haverá de dizer, não há como negá-la àquele que satisfaz os pressupostos a tanto exigidos apenas porque um dia apresentou alto potencial criminógeno. A menos que se queira impor desalentadora perspectiva de inatingível liberdade, que não poucas vezes as aflições, rigor e privações do cárcere já a tornaram viável. E sempre existindo a possibilidade de regresso no itinerário da execução, em caso de demérito ou não adaptação do condenado ao regime prisional mais liberal (art. 118 da LEP)" (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 104.636-3, São Paulo; j. 22.04.1991, v. u., Rel. Manoel Carlos; dtj; 1.^a inst.-VEC/SP 34.111; red.).

- "A promoção ao regime semi-aberto é assegurada a todo reeducando que, além de satisfeito o requisito objetivo de tempo, dê seguras mostras de ter adquirido, por méritos pessoais, a capacidade de adaptação à vivência social, sem ponderáveis riscos de periculosidade; não se podendo negá-la tão-só a pretexto da gravidade do delito cometido, circunstância não prevista em lei; ou tampouco em razão do *quantum* da pena imposta, desde que já considerada no próprio escalonamento dos regimes

prisão e no critério do adotado sistema progressivo" (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 168.231-3/1, São Paulo; j. 05.12.94, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira).

- "Pode ser deferida a progressão ao regime semi-aberto mesmo à vista de parecer técnico contrário apontando aspectos desaconselhadores da medida pois, à vista de largo tempo de reclusão, não é desusada a existência de alguns elementos desfavoráveis, sendo lícito que se abra crédito de confiança ao sentenciado que goza de boa conduta carcerária, sem registro de infrações administrativas, exercendo atividade produtiva e cujos delitos, embora de suma gravidade como roubo, latrocínio e estupro, foram cometidos na juventude, há muitos anos atrás" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 188.633-3/2, São Paulo; j. 11.09.1995, v. u., Rel. Angelo Gallucci; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 198.481).

- "Se o exame criminológico traz as informações suficientes e aponta favoravelmente à pretensão, deve ser deferida a progressão ao semi-aberto, não se tratando de exigir provadas garantias de que não haverá reincidência mas, apenas, um prognóstico favorável nesse sentido, não sendo também impedimento a natureza do delito cometido, eis que já considerada na apenação, inexistindo previsão legal para tanto" (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 968.235/1, São Paulo; j. 14.09.1995, v. u., Rel. Eduardo Pereira; tj 13.11.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 321.629).

- "A gravidade do crime, por mais extensa que seja, não constitui impedimento à progressão ao regime aberto, como se infere do art. 112 da LEP que exige, tão só, o cumprimento de ao menos um sexto da pena no regime anterior e o mérito do condenado" (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. Exec. 210.641-3/2, São Paulo; j. 01.10.96, v. u., Rel. Bittencourt Rodrigues; red.).

- "É pacífico que o montante da pena e a gravidade do delito ou dos crimes praticados pelo sentenciado, por si só, não constituem óbices para o deferimento da progressão ao regime semi-aberto" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 208.391-3/0, São Paulo; j. 03.03.97, v. u., Rel. Angelo Gallucci; red.).

(b) *indeferimento*

- "O art. 112 da LEP estabelece o requisito mínimo do cumprimento de um sexto da pena corporal e seu par. ún. a necessidade de parecer da CTC e exame criminológico, quando necessário. A Exposição de Motivos da LEP, no item 120, esclarece que o mérito do condenado deve ser entendido como *aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução*. A progressão nas execuções penais, é sabido, destina-se a propiciar a gradativa ressocialização do delinquente. O escopo final da Justiça Penal ainda é o de recuperar os infratores, devolvendo-os em condições de convívio normal na sociedade. É fundamental, portanto, que nos pedidos de progressão na execução se examine a viabilidade de ser deferido o benefício à luz da capacidade do sentenciado de integrar-se, sem riscos à sociedade, sendo sempre prevalente o interesse público, ao regime mais favorável que pleiteia, não devendo o pedido ser deferido quando o pretendente é indivíduo perigoso e pluri-reincidente, especializado em delitos de furto e roubo qualificados, cometidos por volta dos 20 anos de idade, com longa pena a expiar, não tendo, de acordo com o laudo criminológico, aquela *aptidão* de que trata a referida Exposição de Motivos, não estando em condições de caminhar dentro de um processo de ressocialização, tratando-se antes de caso a ser tratado sempre com o maior cuidado, inclusive pela alta periculosidade e pela extensa folha de condenações, demonstrando personalidade efetivamente de difícil readaptação ao meio social, inclusive pela predileção pelos crimes qualificados contra o patrimônio" (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 500.945/5, São Paulo; j. 23.12.87, v. u., Rel. Marrey Neto; red.).

- "Embora satisfeito o requisito temporal e seja favorável o parecer da CTC, não se defere a progressão quando o passado de vida do pretendente foi voltado ao crime, não recomendando que se corra novos riscos de recidiva, seja também em razão de faltas disciplinares, seja ainda à vista da prática de latrocínio quando se encontrava em regime aberto, devendo agora aguardar por mais tempo no regime fechado até que, com segurança, possa ser promovido ao regime semi-aberto" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 101.948-3, São Paulo; j.

27.02.1991, v. u., Rel. Nelson Fonseca; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 97.945).

- “Muitas condenações, evidenciando forte tendência criminógena, reclamam maior rigor para o deferimento da progressão ao semi-aberto, não bastando a conclusão favorável de laudo técnico, impondo-se nesse caso melhor consulta à tranquilidade social, aguardando-se que o comportamento carcerário melhor evidencie a oportunidade da medida” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Agr. Exec. 154.448-3/4, São Paulo; j. 17.03.1994, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

- “Não se pode privilegiar em demasia o exame criminológico, que representa, apenas, um instrumento de auxílio do Juiz, sem vinculá-lo às suas conclusões. Assim, a autoridade judiciária não fica adstrita às opiniões ou presunções estabelecidas no trabalho pericial, podendo decidir contrariamente a elas sempre que julgar conveniente em nome do interesse maior que é o social. Tratando-se de condenado com longa pena que cometeu crime grave, recomendável maior dose de cautela quanto à inclusão em sistemas mais brandos, principalmente em regime semi-aberto, onde as restrições à liberdade corporal são mais fracas do que aquelas encontradas no atual regime. Aliás, esta E. Primeira Câmara tem entendido que, *para que a comunidade afrontada seja satisfeita e para que com segurança se avalie a recuperação do agravante, é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP, pois tal requisito, só por si, não autoriza a progressão, especialmente em casos como o dos autos, onde o 'quantum' das penas é elevado e a gravidade dos delitos é acentuada* (Agrav. 156.308-SP, j. em 21.03.94, Rel. Des. Gomes de Amorim). Nesses casos, o condenado não se socorre com a alegação de que tem boa conduta carcerária, pois, conforme orientação jurisprudencial dominante neste E. Corte, *a progressão para regime menos rigoroso supõe mérito que a autorize e este não se identifica com o simples bom comportamento carcerário* (RJTJSP, ed. Lex, 111/522, Rel. Des. Dante Busana). No mesmo sentido, a lição de FABBRINI MIRABETE: *Não basta o bom comportamento carcerário para preencher o requisito subjetivo indispensável à progressão. Bom comporta-*

mento não se confunde com aptidão ou adaptação do condenado e muito menos serve como índice fiel de sua readaptação social (Execução Penal, ed. Atlas, 1987, p. 294)” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 166.101-3/4, São Paulo; j. 31.10.1994, v. u., Rel. Jarbas Mazzoni; dtj; 1.^a inst.-VEC/SP 305.611; red.).

- “Embora a LEP preveja a progressão no cumprimento das penas, objetivando facilitar a reintegração dos sentenciados à vida em sociedade, a mesma no entanto deve cercar-se das devidas cautelas, a fim de não por em risco essa mesma sociedade, em favor da qual, na dúvida, deve pender a solução” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 167.382-3/2, São Paulo; j. 21.11.94, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

- “Não ensejando o laudo criminológico a segura certeza do efetivo mérito do sentenciado à progressão ao regime semi-aberto, a dúvida instalada é de ser interpretada em favor da sociedade, cuja paz e tranquilidade não podem e não devem correr os riscos consequentes de uma precipitada progressão de quem, mesmo com anterior condenação, voltou a cometer crime grave, aspecto que, por si só, é indicativo de uma periculosidade que não se pode ter nem mesmo por abrandada” (TACRIM-SP, 8.^a C.; Ag. Exec. 907.699/2, São Paulo; j. 01.12.94, v. u., Rel. Barbosa de Almeida; red.).

- “Não obstante pareceres favoráveis da diretoria e da comissão técnica de classificação do estabelecimento prisional, a prudência recomenda que se aguarde mais tempo para aferição do requisito subjetivo com vistas a progressão ao semi-aberto quando o pretendente, condenado pelas práticas de latrocínios, registra ainda longa pena a cumprir e seu estudo psicológico não deixa de mostrar aspectos negativos na sua personalidade” (TJSP, 5.^a C. Crim.; Ag. 168.859-3/7, São Paulo; j. 06.04.1995, v. u., Rel. Cardoso Perpétuo; dtj; 1.^a inst.-VEC/SP 255.611; red.).

- “Não é de ser deferida a progressão ao regime semi-aberto quando o pretendente, havendo praticado uma infinidade de crimes contra os costumes e patrimoniais violentos, suportando condenações a muitas dezenas de anos, de acordo com o parecer técnico da CTC ainda tem mantida sua perspectiva de reinci-

dência" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 188.425-3/3, São Paulo; j. 04.09.1995, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

- "A progressão ao semi-aberto não é meio de operar experiências, com riscos ostensivos à coletividade, não se deferindo ao Juízo da execução abrir a porta da cadeia, recolocando detentos perigosos em convívio social periclitante. Cabe ao magistrado zelar pela segurança das pessoas honestas, devendo variar seus critérios de austeridade ou de severidade consoante o crime praticado; o carácter de seu autor e suas distorções; a tolerabilidade ante às adversidades sociais, econômicas, patrimoniais e educacionais; o grau de insensibilidade; a periculosidade como tema abrangente. Afinal, a lei dos crimes hediondos alertou para a necessidade de repressão maior quando o agente praticou crimes infames ou infamantes, rigor este que se impõe mesmo quando o delito é anterior à vigência dessa lei, não por sua retroatividade maléfica, mas sim como critério moral porquanto, independentemente da catalogação atual, tais crimes miseráveis sempre foram miseráveis, dissesse-o ou não a lei" (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 185.857-3/2, São Paulo; j. 16.10.1995, v. u., Rel. Ary Belfort; red.).

- "Não estando presente a presunção de que o pretendente não voltará a delinquir, descabe a sua progressão ao regime prisional semi-aberto" (TJSP, 5.^a C. Crim.; Ag. 200.553.3/2, São Paulo; j. 07.03.96, v. u., Rel. Denser de Sá; red.).

- "A execução penal tem forte dose de responsabilidade social. Não se deve ir colocando em liberdade pessoas que não atendam ao mínimo de perspectiva de conduta subsequente correta. Não cabem aventuras, em liberar (ou quase) multicondenados que já demonstraram má adequação à vida em sociedade. Insta que provem, que demonstrem, que ostentem condições ensejadoras de certeza (claro que apenas relativa) quanto a não estar, o Judiciário colaborando na recolocação de sicários, em liberdade; e mais fazendo periclitar a já abalada segurança da sociedade. E mais fazendo descrever, a população, nesta justiça dos homens" (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 197.653-3/4, São Paulo; j. 19.03.1996, v. u., Rel. Ary Belfort; red.).

- "*Progressão de regime prisional – Condenado que ainda é suscetível aos seus impulsos, não controlando sua agressividade – Não se pode falar em concessão a título de estímulo – Recurso improvido*" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 204.308-3/4, São Paulo; j. 16.05.96, v. u., Rel. Djalma Lofrano; red.).

- "O só fato de terem os profissionais da CTC mencionado a existência ainda de alto índice de periculosidade, com grande possibilidade de reincidência, é bastante para o indeferimento da pretensão de progressão ao regime semi-aberto" (TACRIM-SP, 3.^a C.; Ag. Exec. 1.014.629/5, São Paulo; j. 18.06.96, v. u., Rel. Ferreira Rodrigues; red.).

22.14.8 Predicados positivos ou negativos isolados:

Nota: evidentemente, predicados isolados não servem como fatores decisivos na avaliação do "mérito" do condenado, seja para fins de progressão de regime prisional, seja mesmo à luz de qualquer outro instituto da execução penal. Comumente vemos a prática de se pinçar frases isoladas do parecer técnico (positivas ou negativas) como fundamento da decisão quanto à progressão: trata-se de expediente estreito que, antes, revela o desconhecimento ou a incapacidade para a elaboração de uma avaliação mais global que, sempre, é aquela que se faz necessária.

(a) deferimento

- "Impõe-se o deferimento da progressão ao semi-aberto quando atendido o lapso temporal e o parecer técnico é favorável à medida, com o pretendente exibindo boa conduta carcerária, ainda que tenha ele pensamentos simples e pobres aliados a uma personalidade mal estruturada, já que se trata de características de quem se encontra preso há longo tempo, sujeito aos influxos próprios da vida no cárcere" (TACRIM-SP, 6.^a C.; Ag. Exec. 815.315/2, São Paulo; j. 08.09.1993, v. u., Rel. Vanderlei Borges; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 245.503).

- "Apesar de observação desfavorável do exame psicológico, e pese embora o risco inerente ao sistema progressivo, é aconselhável

dar ao sentenciado a oportunidade de sua progressão ao semi-aberto, na expectativa de que faça dela meio legítimo de reintegração social, quando atende ele ao requisito temporal e ostenta boa conduta carcerária com aproveitamento laborterápico, obtendo pareceres favoráveis da CTC e da diretoria do estabelecimento" (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 869.995/1, São Paulo; j. 13.07.1994, v. u., Rel. Teodomiro Méndez; tj. 12.09.1994; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 145.709).

• "A perícia criminológica, amparando-se no labor de equipe interdisciplinar, deve ostentar fundamentada síntese. Cumpre repetir — e mais outra vez — não há quatro laudos: clínico, social, psicológico e psiquiátrico. Existe, tão-só, um laudo pericial e sua aludida conclusão. *Isso implica um enquadramento de cada caso em itens de uma classificação, na seleção do destino a ser dado ao examinado e em medidas a serem adotados. Os informes sobre a periculosidade (no sentido de 'provável' reincidência, ou emendabilidade) e de adaptabilidade (em sentido reeducacional) são básicos* (Maranhão, Odon Ramos. *Psicologia do crime e a lei 6.416/77*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 50). É preciso, contudo, não privilegiar, em demasia, o exame. Itere-se que se trata de meio de prova; mesmo quando exhibe prognóstico. No sistema brasileiro, quanto à valoração, o juiz não se vincula à perícia, seja exame, vistoria ou avaliação. Guarda o livre convencimento (arts. 157, 181 e 182, do CPP e art. 436, do CPC). Tal liberdade significa convencimento motivado, ou persuasão racional. Necessidade, pois, de dizer, sempre, porquê aceita, ou rejeita a perícia, no todo ou em parte (art. 182, do CPP). Não é pontual dizer que o juiz só afasta a conclusão da perícia, por erro, dolo, ou outro vício. Arreda-a, tanto que insatisfatória, do ponto de vista técnico-opinativo. Impossível admitir laudo obscuro, omissivo, ou contraditório (art. 181, do CPP). O juiz não se deixa guiar pela perícia, serve-se dela, quando decide; ou a manda completar, esclarecer, refazer; ou, ainda, a abandona. Daí, a precisão mínima de se achar aprestado para criticá-la. Em face do forte poder-dever inquisitivo, no processo penal, tal exsurge evidente. Importa desvendar a verdade material, que não se acha, unicamente, no processo de conhecimento de natureza condenatória (art. 184, do CPP). Desútil, com a devida licença, pinçar frases, nos tópicos,

extraíndo-as do contexto, para rejeitar a conclusão favorável à progressão ao semi-aberto. Se o entendimento é que a conclusão irrompeu contraditória, no laudo, importa determinar aos expertos que esclareçam o exame, ou que ultimem outra perícia. Sem cabência, com a devida vênica, decidir a questão, em base de meio de prova, que se tem por incoerente, ou discrepante; tanto que possível aclará-lo, ou repeti-lo (art. 181, do CPP). Em processo penal, de conhecimento de índole condenatória e em processo de execução, ocorre certa anacronia, ou inversão do tempo. A organização temporal, no primeiro, recua, buscando refazer o passado, para tentar adequá-lo a uma figura típica, ou modelo legal. Movimenta-se, pois, de modo retrospectivo, em analepse, no tocante ao fato-infração penal, em face do presente da ação judiciária. A profundidade do retorno e sua dimensão temporal mede-se pelo alcance e amplitude da acusação aforada. Já, o processo de execução penal avança no tempo, quando almeja a prevenção especial, desejando a harmônica integração social do condenado, mas, sempre no futuro. Opera, assim, em prolepse, no respeitante à pena infligida, que está em cumprimento. Seu alcance e amplitude, por evidente, surgem bem mais restritos, visto que transcendem ao simples comando jurídico. Impossível julgar, de novo, ainda que não sejam de desprezar as informações jurídico-penais. As penas longas, a atender, de manifesto, não podem obstacular a promoção de regime. Recorde-se de que o caminhar, na execução da reprimenda privativa de liberdade, visa a diminuir o fenômeno da prisionização e do choque com o mundo livre. Como pano de fundo tem-se a relapsitude. Observe-se, ainda, que a individualização penal consiste em matéria constitucional e que a executória se encontra estabelecida (art. 5.^o, ns. XLVI, XLVIII, XLIX e L, da CF c/c arts. 33, 34 e 35, do CP e, também, arts. 6.^o a 9.^o, 87 a 98 e 110 a 119, da LEP). Impedir a aplicação da forma progressiva, com a devida licença, exige sólida motivação. O merecimento, demonstrado no correr da execução penal, verifica-se pelo conjunto de informações sobre o condenado. Isoladamente, nenhum parecer aflora decisivo, salvo quando surge tão negativo que se sobrepõe a todos os outros favoráveis" (TACRIM-SP, 10.^a C.; Ag. Exec. 904.033/0, São Paulo; j. 12.04.1995, v. u., Rel. Sérgio Pitombo; 1.^a inst.-VEC/SP 272.327; red.).

• “Descabe ao juiz reduzir ou recusar cerebrinamente os pressupostos subjetivos da progressão ao semi-aberto, devendo os técnicos apontar a conveniência ou não da medida, já que o juiz, embora não adstrito à perícia, por não dispor de formação e conhecimento especializados, no mor das vezes há de acompanhar o parecer técnico, cujas conclusões devem ser repelidas apenas quando desmentidas pelo restante da prova. Como é intuitivo, a progressão de regime reveste-se de acentuados riscos conscientes, já que apenas o tempo indicará seu efetivo merecimento: negá-la por detalhes internos é fazer letra morta do art. 112 da LEP, impondo a pessoa geralmente mal estruturada a desalentadora perspectiva de ser inatingível a mitigação dos rigores da vida carcerária, embora a medida possa ser viável e merecida. Afinal, o semi-aberto é também regime encarcerador e a possível inadaptação eventualmente acarreta a regressão ao regime fechado” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 183.166-3/4, São Paulo; j. 05.06.1995, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 290.259).

(b) indeferimento

• “Embora aperfeiçoado o requisito temporal, é de ser negada a progressão ao semi-aberto enquanto o reeducando ainda não oferece seguras mostras de se achar capacitado para o reingresso à vida em comum, sem os ponderáveis riscos de voltar a delinquir. A prudência e o bom-senso indicam a ausência dos exigíveis e estáveis méritos de ordem subjetiva quando, em que pese a boa conduta carcerária, o bom desempenho laboratório e o parecer favorável da CTC, o conteúdo do exame criminológico revela aspectos negativos na personalidade do pretendente que não indicam a progressão” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 187.957-3/3, São Paulo; j. 28.08.1995, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 315.025).

22.14.9 Parecer técnico e deficiência de constituição: deferimento

Nota: a constituição normal da CTC é aquela indicada no art. 7.^o da LEP. Contudo, por pura deficiência administrativa, muitas vezes será impossível obter a constituição completa, sendo comum a falta do parecer de um ou mais

setores daqueles elencados na lei penal, sobretudo de técnicos específicos (assistente social, psicólogo ou psiquiatra). Nesses casos, tratando-se de omissão estatal, evidentemente não pode o condenado ser prejudicado no processamento ou mesmo no mérito do seu pedido, cabendo a pronta decisão judicial mesmo com a dispensa do parecer omitido e, então, com base nos elementos informativos e opinativos remanescentes.

• “É dispensável a conversão do julgamento do recurso em diligência para o fim de que o agravante seja submetido a exame psiquiátrico para complementação do laudo criminológico quando os laudos social e psicológico, já existentes nos autos, são suficientes para demonstrar a inconveniência da progressão pretendida” (TACRIM-SP, 14.^a C.; Ag. Exec. 1.000.729/5, São Paulo; j. 26.03.96, v. u., Rel. Hélio de Freitas; red.).

22.14.10 Parecer técnico e sua opinião:

Nota: não há qualquer divergência no sentido de que o Juiz da execução não está, evidentemente, restrito ao momento opinativo do parecer técnico, podendo decidir contrariamente à conclusão da CTC quando o fizer (porque sempre deverá fazê-lo) devida e claramente motivado. Da mesma forma, é sempre obrigação do Juiz da execução dizer porque acompanha ou porque não acompanha o parecer técnico.

(a) deferimento

• “Defere-se a progressão ao semi-aberto quando os técnicos, embora apontando senões na personalidade do preso, manifestaram-se favoravelmente à pretensão, mesmo porque têm eles melhores condições para avaliar o quanto aqueles defeitos podem ou não prejudicar a medida” (TJSP, 4.^a C. Crim.; Ag. 143.391-3/8, São Paulo; j. 23.08.1993, v. u., Rel. Barreto Fonseca; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 321.642).

• “A avaliação da boa condição subjetiva do condenado não deve ser deduzida cerebrinamente pelo magistrado, mas sim ressaltada por exames especializados, criminológicos,

psicológicos e psiquiátricos, opinando os técnicos quanto à conveniência da progressão ao semi-aberto. Se o juiz não está adstrito às conclusões periciais, não é menos evidente que, no mor das vezes, sua convicção há de repousar no parecer especializado, o qual apenas deve ser repellido quando desmentido pelo restante da prova" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 156.829-3/8, São Paulo; j. 21.03.1994, v. u., Rel. Canguçu de Almeida; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 256.312).

- "É de ser deferida a progressão ao semi-aberto quando todas as manifestações técnicas existentes nos autos são favoráveis à medida" (TJSP, 5.^a C. Crim.; Ag. 165.119-3/9, São Paulo; j. 18.08.1994, v. u., Rel. Cunha Camargo; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 289.800).

- "É de ser concedida a progressão ao semi-aberto quando, embora opinando a CTC por unanimidade contrariamente ao pedido, os laudos, bem examinados, não demonstram fundamentos sérios que justifiquem tal parecer, mesmo porque é sempre provável que o sentenciado, em regime intermediário, obtenha melhores resultados na formação de sua personalidade e certo risco, naturalmente calculado, deve ser corrido, sendo mesmo da essência do sistema de promoção" (TJSP, 5.^a C. Crim.; Ag. 172.843-3/9, São Paulo; j. 03.08.1995, v. u., Rel. Celso Limongi; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 236.681).

(b) indeferimento

- "Nega-se a progressão ao semi-aberto quando, segundo o exame criminológico, o sentenciado não reúne ainda condições de obter a progressão pretendida, devendo permanecer, por enquanto, no regime fechado" (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 91.162-3, São Paulo; j. 18.07.1990, v. u., Rel. Néilson Fonseca; dtj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 225.287).

- "Não se defere a progressão ao semi-aberto à vista de elementos desaconselhadores apontados pelos setores técnicos de psicologia e psiquiatria pois, se o juiz não está adstrito aos trabalhos especializados, também não pode julgar contra a realidade dos autos, mesmo porque, conforme ensinamentos, em se tratan-

do de prognóstico criminológico a regra *judex peritus peritorum* há de ser aplicada com prudência, não devendo o juiz contradizer dados científicos ou sobrepor sua valoração *atécnica* à dos técnicos qualificados. Ademais, diante de parecer técnico adverso perdem relevo tanto o bom comportamento carcerário, que não se confunde com sua capacidade de readaptação social, quanto o trabalho penitenciário que não prepondera sobre o mérito subjetivo que reforça o entendimento desvantajoso" (TACRIM-SP, 2.^a C.; Ag. Exec. 666.359/0, São Paulo; j. 23.05.1991, v. u., Rel. Haroldo Luz; tj; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 288.541).

- "A progressão para o regime semi-aberto não depende apenas do requisito temporal, devendo ser verificado ainda o mérito do condenado, na dependência também do exame criminológico que, a despeito de não vincular o juiz, em sendo desfavorável traz, de acordo com a doutrina, *indício seguro de inadaptação do condenado ao regime pretendido*" (TACRIM-SP, 6.^a C.; Ag. Exec. 624.253/4, São Paulo; j. 28.08.1991, v. u., Rel. Penteado Navarro; tj 24.10.1991; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 254.946).

- "À obtenção da progressão ao regime semi-aberto não basta tão-somente o preenchimento do requisito de ordem objetiva, que diz com o decurso de determinado lapso temporal no cárcere. Se exige também o implemento de condição subjetiva, que cuida da aptidão psicológica, adequação temperamental, aliadas ao bom comportamento e presença de senso de responsabilidade. O primeiro requisito corresponde à soma aritmética do tempo de encarceramento, enquanto que o segundo é aferido por meio de dados objetivos da vida carcerária do sentenciado e do resultado de diversos exames especializados, onde os técnicos dirão da conveniência ou não da evolução pretendida. Se é certo que o magistrado não está adstrito às conclusões periciais, podendo decidir segundo seu livre convencimento, não se pode olvidar que sua convicção quanto ao mérito do condenado quase sempre se embasa no parecer de técnicos especializados, cuja manifestação só pode merecer repúdio se desmentida pelo remanescente da prova. Assim, é de ser negada a progressão ao semi-aberto quando, embora satisfeito o requisito temporal, o pretendente não reúne porém méritos suficientes, consoante

o resultado desfavorável do exame criminológico” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 151.879-3/9, São Paulo; j. 07.02.1994, v. u., Rel. Devienne Ferraz; dtj; 1.^a inst.-VEC/SP 315.471; red.).

- “O art. 112 da LEP deixa claro que, como foi bem consignado em sua Exposição de Motivos, a progressão da pena, com transferência de um regime para outro menos rigoroso, depende de um fator objetivo – cumprimento de no mínimo 1/6 da pena – e de outro subjetivo – este o mais importante –, já que a punição visa a reabilitação daquele que delinuiu, demonstração de mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução, e apurados mediante parecer da CTC e, se for o caso, de exame criminológico. Não se defere a progressão ao semi-aberto quando os órgãos técnicos foram categóricos em opinar contrariamente à pretensão, por entender que o pretendente não apresenta condições para recebê-la, assim também entendendo a Diretoria do estabelecimento. Anote-se que o fato de o art. 182 do CPP consignar que o juiz não fica adstrito ao laudo não significa que tenha que rejeitá-lo sempre. Também não se pode afirmar que, indeferindo o pedido, com base nos laudos, tenha o Juízo ofendido o art. 5.^o da Lei de Introdução ao Código Civil, porque se, como reconhecido, o reeducando ainda não tem condições subjetivas para a progressão, tal ofensa haveria se o pedido fosse deferido” (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 869.999/9, São Paulo; j. 30.06.1994, v. u., Rel. Mesquita de Paula; red.).

- “A respeito do trabalho técnico-pericial, consoante já entendeu esta mesma Câmara, em v. acórdão da lavra do e. e saudoso Juiz Vito Guglielmi, *A toda evidência, reúnem tais profissionais melhores condições para a avaliação do sentenciado que pretende progressão no regime. E o Juízo, por ser, teoricamente, leigo no assunto, tem que basear sua decisão em pareceres de pessoas especializadas. É certo que tais pareceres são opinativos. Não menos certo, porém, que retratam, com boa margem de segurança, a personalidade do encarcerado.* Assim, e embora não esteja o magistrado sentenciante adstrito às conclusões do laudo técnico, é inquestionável que seria uma temeridade deferir um pedido de progressão quando o detento não está apto para assu-

mir as responsabilidades de um regime mais ameno. Inapto, irá aproveitar-se da menor vigilância, fugindo ou praticando novos delitos. Em qualquer hipótese, infringindo tais normas, terá que retornar ao regime fechado, o que lhe acarretará prejuízo” (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 905.499/6, São Paulo; j. 26.10.94, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

- “A progressão do regime de cumprimento de pena tem em conta fatores de duas ordens: uma objetiva (lapso temporal, ausência de regressão, etc.) e outra de ordem subjetiva (mérito pessoal do reeducando). Não merece ser promovido ao semi-aberto o condenado que apresenta conduta apenas boa, sendo-lhe desfavorável o parecer da Comissão Técnica, não reunindo mérito suficiente para ensejar o benefício, sobretudo quando ostenta condenações por delitos gravíssimos, o que recomenda, por si, maior cautela na avaliação de sua conduta” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 179.749-3/0, São Paulo; j. 04.05.1995, v. u., Rel. Vito Guglielmi; dtj; 1.^a inst.-VEC/SP 194.501; red.).

- “Embora o laudo criminológico não vincule o julgador, constitui porém valioso subsídio técnico, que não se pode deixar de levar em consideração, mormente quando assinala fatores negativos que evidenciam a falta de mérito do sentenciado para a progressão ao regime semi-aberto” (TACRIM-SP, 14.^a C.; Ag. Exec. 1.051.481/8, São Paulo; j. 01.04.97, v. u., Rel. Renê Ricúpero; red.).

22.14.11 Reincidência ou maus antecedentes: indeferimento

Nota: em matéria de execução penal (como aliás deveria ser também em todo o direito penal), a reincidência não deve ser tratada como uma categoria puramente formal mas, sim, dentro de uma ótica criminológica mais completa. Estranháveis, portanto, a rejeição ou o deferimento com base em antecedentes ou reincidência quando, a rigor, tais categorias estão referidas à noção de *perigosidade*, assim devendo ser colocado seu questionamento.

- “*Habeas corpus*’ – Progressão de regime – Pressupostos subjetivos – Ausência de ilegalidade. Progressão de regime de cumpri-

mento de pena não concedida à vista dos antecedentes do paciente. Decisão fundamentada. Ausência de ilegalidade. Ordem denegada" (STF, 2.^a T.; HC 72.749-2, Rio Grande do Sul; j. 22.08.1995, v. u., Rel. Francisco Rezek; DJU 03.05.1996, p. 13.901).

22.14.12 Reparação do dano: desnecessidade

Nota: não há nenhuma exigência de reparação de dano para a progressão ao semi-aberto, de forma que a decisão respectiva sequer precisa estar referida a esse aspecto.

- "Composição do dano pelo sentenciado não é pressuposto para a progressão ao regime semi-aberto" (TACRIM-SP, 16.^a C.; Ag. Exec. 968.235/1, São Paulo; j. 14.09.1995, v. u., Rel. Eduardo Pereira; tj 13.11.1995; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 321.629).

- "De fato, é dever do condenado indenizar a vítima ou seus sucessores (art. 39, VII, da LEP), mas exige-se que tal indenização esteja fixada judicialmente (cfr. Mirabete, Júlio Fabbrini, *Execução penal*, 4.^a ed., Atlas, item 2.45, p. 114), constituindo, outrossim, condição – salvo a impossibilidade de fazê-lo – nos pedidos de livramento condicional (art. 83, IV) e de reabilitação (art. 94, III, do CP), todavia o pagamento de indenização à vítima ou seus sucessores não constitui requisito para a progressão de regime prisional" (TACRIM-SP, 7.^a C.; Ag. Exec. 1.006.049/2, São Paulo; j. 21.03.96, v. u., Rel. Rubens Elias; red.).

22.15 Reiteração de pedido: possibilidade

Nota: eis aí um dos aspectos mais polêmicos de nossa execução penal. De fato, no plano legal não há qualquer regra que regule a reiteração do pedido de progressão após o indeferimento da pretensão anterior, inexistindo assim um prazo mínimo. Da mesma forma, também não é impossível a reapresentação de novo pedido (ou seja, instruído com novo parecer técnico e referido a novo momento da execução) quando o indeferimento do pedido anterior ainda se encontra em fase de recurso: trata-se de novo pedido que não encontra o

óbice da litispendência porque seu fundamento jurídico é diverso (nova causa remota de pedir).

A inexistência de regra legal específica tem levado operadores a alguns "acertos" com as administrações prisionais, de forma que se estabeleça um prazo mínimo para a reiteração (fala-se, nesse sentido, no prazo de seis meses ou, então, no prazo de um sexto da pena restante). De qualquer modo, como se trata de combinações à revelia do texto legal, com carga limitativa, devem ser estabelecidas com redobrados critérios e, nunca, em tons propriamente absolutos.

- "Indeferido o pedido de progressão ao semi-aberto por falta de mérito, nada impede que, oportunamente, quando se sentir em melhores condições psicológicas, o sentenciado insista em novo pedido, cabendo lembrar que a LEP não estabelece prazo algum para tal renovação (RT 609/352)" (TACRIM-SP, 8.^a C.; Ag. Exec. 579.377/4, São Paulo; j. 27.07.89, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

22.16 Demora na apreciação judicial do pedido

Nota: em princípio, o processamento judicial do pedido de progressão deve ser rápido. Porventura já instruído com o pedido do Defensor, deve ser aberta oportunidade para a manifestação do Ministério Público, sobrevivendo então (e desde logo) a decisão judicial. Como sempre, apesar da simplicidade desse procedimento, não raramente muitos fatores ocasionais acabam provocando atrasos, devendo o Juiz da execução atuar com diligência para prontamente repelir postulações e postergações inúteis ou incompatíveis com a celeridade do procedimento. Assim também devem postar-se ambas as partes: quando o caso, podem oferecer arguições de caráter preliminar mas, de todo modo, incumbe-lhes desde logo manifestarem-se também quanto ao mérito, já que compromissadas com o princípio da eventualidade, não estando o Juiz obrigado a lhes abrir nova oportunidade de manifestação se elas próprias não souberam bem aproveitar a que lhes foi dada.

É comum a prática de ouvir-se a Defesa após a manifestação do MP: a rigor, tal oitiva

seria necessária apenas quando houve a juntada de algum novo elemento nos autos e a Defesa ainda não foi ouvida a seu respeito. Em se tratando de pedido inicial subscrito pela Defesa e já inteiramente instruído, a bem da verdade bastará a oitiva do Ministério Público para que sobrevenha a decisão judicial.

O Estado tem assim o dever da jurisdição, o que equivale dizer: o dever da pronta jurisdição. Sob pena de sua negativa, não se pode admitir atrasos inúteis e não motivados, cabendo o controle recursal ou por *habeas corpus* para que o Juiz ou decida imediatamente o mérito do pedido ou, então, motivadamente explicitie com rigor o porquê de não o estar fazendo.

- “*Progressão de regime prisional em ‘habeas corpus’ – Concessão da ordem – Recurso de ‘habeas corpus’*. Comprovado estar sendo o paciente, vítima de injustificável demora no deferimento do seu direito à progressão ao regime semi-aberto, defere-se-lhe a ordem para que aguarde no regime pleiteado, a final apreciação de seu pedido pelo Juízo das Execuções Penais. Ordem deferida” (STJ, 6.^a T.; RHC 2.168-1, São Paulo; j. 26.10.1992, v. u., Rel. José Cândido; DJU 16.11.1992, p. 21.164; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 1, n. 2, abril-junho 1993; p. 250).

- “A excessiva demora na tramitação do pedido de progressão pode transformar-se em contrangimento ilegal. Recurso provido com o deferimento da ordem, na forma requerida no *writ*, para que o Juízo das Execuções decida, com urgência, a pretensão do paciente” (STJ, 5.^a T.; RHC 3.183-2, Rio de Janeiro; j. 17.11.1993, v. u., Rel. Jesus Costa Lima; DJU 29.11.1993, p. 25.897; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 2, n. 5, jan.-mar. 1994; p. 200).

- “Não é admissível que pedido tão corriqueiro como o de progressão ao regime aberto reste aparentemente esquecido, pelos escaninhos da Escrivania do Juízo das Execuções. Compreensível pode ser o acúmulo, ou a crise do sistema penitenciário. Mas, tudo isso não

será suficiente a justificar tanto sacrifício ao sentenciado, que tem legítimo direito de ver decidido o pedido de progressão, em prazo razoável, não um elastério quase ânuo. Assim, resta que, ainda que inviável sua promoção por via de *habeas corpus*, necessário que se obvie o constrangimento pelo imotivado retardo, admitindo-se que, em liberdade, aguarde solução de direito” (TACRIM-SP, 10.^a C.; HC 298.870/7, São Paulo; j. 05.02.97, v. u., Rel. Jo Tatsumi; red.).

22.17 Decisão judicial: fundamentação

Nota: toda e qualquer decisão judicial deve ser fundamentada, de acordo com o imperativo constitucional. Sabe-se que são comuns os trechos repetitivos de uma decisão, mais propriamente aqueles de caráter técnico-compreensivo: a eles deve seguir porém o momento concreto e particular da decisão, o esclarecimento dos tons específicos do caso em julgamento.

É claro: o que se exige do julgador não é a repetição literal das informações que já estão nos autos, cuja leitura aliás é também pública. Mas cabe sim ao julgador a ordenação lógica dessas informações, com vistas a uma postura conclusiva, sob pena de incorrer sua decisão em nulidade.

- “Incorre em nulidade a sentença que, indeferindo pretensão de progressão ao regime prisional semi-aberto, carece porém de motivação, limitando-se ao indeferimento sem mencionar qual (ou quais) os requisitos subjetivos estava(m) ausente(s), máximo quando vários pontos positivos foram mencionados pela defesa e nada foi acrescentado pelo Juízo, ademais, na sustentação. Essa garantia, hoje de ordem constitucional (art. 93, IX da CF/88), compreende, em síntese: 1) *O enunciado das escolhas do juiz com relação à individualização das normas aplicáveis e às consequências jurídicas que delas decorrem*; 2) *Os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados*; 3) *A consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos* (Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 1995, p. 170, n. 4)” (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 1.050.077/1, São Paulo; j. 12.03.97, v. u., Rel. Evaristo dos Santos; red.).

22.18 Decisão judicial: trânsito em julgado e revisão criminal

Nota: as decisões referidas à progressão de regime prisional estão contaminadas pela cláusula *rebus sic stantibus*, sendo assim modificáveis pelo advento de novos fatos.

- “As decisões concessivas de prisão albergue transitam em julgado quanto ao fato decidido, apenas podendo ser revogado o benefício em razão de outro superveniente” (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ap. 317.061-5, Capital; j. 14.02.1984, m. v., Rel. Adauto Suannes; RT 595/380).

- “*Habeas corpus*. Paciente que, em decisão executória, obteve a transferência para o regime prisional semi-aberto. Falta de efetivação dessa transferência, por pender pretensão posterior, deduzida pelo Ministério Público, visando à cassação de *sursis* concedido ao mesmo aqui paciente, cassação essa que, uma vez acolhida, poderia, eventualmente, agravar a regência prisional semi-aberta. Violação da coisa julgada formal ante a mera pretensão revogadora do *sursis*. *Habeas corpus* concedido” (TACRIM-SP, 11.^a C.; HC 289.048/3, São Paulo; j. 01.04.1996, v. u., Rel. Ricardo Dip; 1.^a inst.-VEC/SP 391.791; red.).

23. Regime Aberto em Específico

23.1 Condenação por crime grave: inadmissibilidade

Nota: sobretudo após a reforma de 1984 (alguns dos julgados abaixo são anteriores a ela), não há mais sentido em dizer que determinados tipos penais em sejam incompatíveis com qualquer dos três regimes prisionais. Todos os tipos de crimes acarretam uma execução que deve ter um curso próprio, em obediência a suas fases igualmente próprias: o que se quer evitar, a todo custo, é a reentrada plena do condenado no convívio social, após o cumprimento da pena total, de forma abrupta, sem a passagem pelos chamados estágios intermediários. Como toda pena é limitada (o que, aliás, marca pressuposto constitucional), admissível no plano científico que qualquer pena seja passível de progressividade.

- “O benefício da prisão albergue concedida ao traficante é de todo incompatível com os objetivos da pena. É favor personalíssimo e sua concessão depende de quatro fatores: escassa ou nenhuma periculosidade; compatibilidade, que não se confunde com o critério da periculosidade; oportunidade e conveniência” (TJSP, 4.^a C.; Rec. 24.210-3, Campinas; j. 12.12.1983, v. u., Rel. Geraldo Gomes; RT 593/339).

- “O benefício da prisão albergue é personalíssimo. Depende, para ser outorgado, dos requisitos da ausência de periculosidade, da compatibilidade com os objetivos da pena, da oportunidade e conveniência. Por isso, tem sido reiteradamente negado a traficantes de drogas” (TJSP, 4.^a C.; Ap. 26.561-3, Santos; j. 09.04.1984, v. u., Rel. Geraldo Gomes; RT 595/350).

- “Se a própria lei de tóxicos exige que o réu se recolha à prisão para poder apelar (art. 35 da Lei 6.368/76), se os decretos de indulto são negados ao traficante e se a lei atual é mais severa que as anteriores, visando a debelar essa mazela social que é a traficância, não se pode acenar com as facilidades de prisão albergue para indivíduos que ostentam profissionalidade no tráfico de entorpecentes” (TJSP, 2.^o Gr. Cs.; Ap. 22.235-3/Einfirs.; j. 23.04.1984, v. u., Rel. Cunha Camargo; RT 596/337; v. Acórdão embargado em RT 591/331, Ement.).

- “O traficante de entorpecente é sempre considerado pessoa perigosa, tanto que a lei não lhe confere o direito de recorrer em liberdade da sentença condenatória, sendo ele sempre excluído dos indultos natalinos. Insubsistente, pois, a decisão que lhe concede a mercê da prisão albergue” (TJSP, 1.^a C.; Ap. 29.568-3, Santos; j. 03.09.1984, v. u., Rel. Castro Duarte; RT 592/326).

- “O comprovado tráfico de entorpecentes, com todo o séquito de torpezas e malefícios que acarreta, é incompatível com o benefício da prisão albergue domiciliar. Nem vale argumentar com o disposto no art. 33, § 2.^o, “c”, do CP (redação da Lei 7.209/84), cuja expressão *poderá* assiná-la o caráter facultativo da liberalidade” (TJSP, 1.^a C.; Ap. 34.429-3, Jales; j. 25.03.1985, v. u., Rel. Marino Falcão; RT 596/333).

23.2 Condições de permanência: local e cidade

Nota: é da natureza do regime aberto que o condenado permaneça em local conhecido e passível de fiscalização pelo Juízo da execução, podendo, durante o dia, exercer suas atividades profissionais próprias.

- “*Penal – Processual – Execução penal – Regime aberto – ‘Habeas corpus’ – Recurso.* 1. A Lei de Execuções Penais, art. 117, só admite prisão domiciliar, regime aberto, quando o condenado é maior de 70 anos ou acometido de doença grave ou condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante. 2. O réu destes autos está em regime aberto, trabalhando na lanchonete do pai e só indo à Cadeia Pública para dormir, assim mesmo em cela especial, sem contato com os outros presos. 3. Recurso conhecido mas improvido” (STJ, 5.^a T.; RHC 2.362-8, São Paulo; j. 18.11.1992, v. u., Rel. Edson Vidigal; DJU 7.12.1992, p. 23.326; *apud* TORON, Alberto Zacharias; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 1, número 2, abril-junho 1993, p. 249).

23.3 Prisão albergue domiciliar e hipóteses legais específicas

Nota: as hipóteses legais específicas da modalidade de prisão albergue domiciliar (PAD) são aquelas previstas no art. 117 da LEP.

23.3.1 Deferimento

- “*Prisão domiciliar – Art. 117, III, da Lei de Execução Penal – Filhos menores.* Faz jus a paciente ao benefício da prisão domiciliar por se tratar de pessoa genitora de filhos menores” (STJ, 6.^a T.; RHC 3.794-6; j. 08.11.1994, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 06.03.1995, p. 4.391; Bol. IBCCrim 28, abril 1995, p. 96).

23.3.2 Indeferimento

- “*RHC – Execução da pena – Prisão domiciliar.* O regime domiciliar, para o cum-

primento da pena, é excepcional, como estatui o art. 117, da Lei 7.210/84. Ademais, não restou evidenciada a impossibilidade da execução no DESIP. O acórdão recorrido registra que ali são satisfeitas as exigências da lei” (STJ, 6.^a T.; HC 3.757-1, Rio de Janeiro; j. 29.06.1994, v. u., Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJU 1.4.1996, p. 9.942).

- “*RHC – Regime prisional – Progressão – Descabimento.* – Havendo informações de que o estabelecimento penal onde se encontra recolhido o preso, reúne acomodações próprias ao regime que foi condenado, improcede a alegada coação, que se pretende face obtenção de transferência de presídio. – Ausentes as condições de enquadramento ao art. 117 da LEP descabe postular progressão de regime. – Recurso improvido” (STJ, 5.^a T.; RHC 5.101, Rio Grande do Norte; j. 13.12.1995, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 04.03.1996, p. 5.414).

- “*A prisão-albergue domiciliar, excepcionalmente admitida em situações especiais, não será concedida, em princípio, fora das hipóteses previstas no art. 117 da Lei de Execuções Penais*” (STJ, 5.^a T.; RHC 5.346, Rio Grande do Norte; j. 26.03.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 3.6.1996, p. 19.265). No mesmo sentido: 1) STJ, 5.^a T.; RHC 5.357, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.265; 2) STJ, 5.^a T.; RHC 5.358, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.265; 3) STJ, 5.^a T.; RHC 5.427, Rio Grande do Norte; j. 07.05.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.266; 4) STJ, 5.^a T.; RHC 5.428, Rio Grande do Norte; j. 07.05.1996, v. u., Rel. Cid Flaquer Scartezzini; DJU 03.06.1996, p. 19.266.

- “*Penal – Processual penal – ‘Habeas corpus’ – Prisão albergue – Seu cabimento apenas nas hipóteses do art. 117 da Lei 7.210/84.* O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu que a prisão albergue somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84 (HC 68.118-SP)” (STF, 2.^a T.; HC 73.629-7, Santa Catarina; j. 09.04.1996, v. u., Rel. Carlos Velloso; DJU 17.05.1996, p. 16.328).

• “*Execução penal – Pena de reclusão – Progressão de regime – Prisão domiciliar – Pressupostos – Inexistência – LEP, art. 117.* A progressão de regime prisional pressupõe o atendimento das condições inscritas no art. 112, da Lei de Execução Penal, aferíveis perante o juízo das Execuções Penais. Somente é admissível o cumprimento de pena em residência particular se o condenado beneficiário do regime aberto, enquadra-se em cima das situações previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal. Recurso desprovido” (STJ, 6.^a T.; RHC 5.351, Rio Grande do Norte; j. 09.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 10.06.1996, p. 20.393).

23.4 Prisão albergue domiciliar na falta de casa do albergado

Nota: a LEP não previu a hipótese de concessão de regime aberto quando o Estado não construiu ainda a respectiva casa do albergado, admitindo porém a concessão da PAD somente naquelas hipóteses do seu art. 117. Diante disso, e considerando que a grande maioria das comarcas ainda não dispõem de casa do albergado, a jurisprudência dos Estados passou a admitir – não sem muita relutância inicial – a concessão da versão da PAD mesmo fora daquelas hipóteses legais, a título de solução emergencial e precária. Todavia, o STF reiteradamente vem afastando essa solução, insistentemente repetindo que a PAD apenas pode ser concedida exclusivamente nas taxativas hipóteses legais. O certo, contudo, é que até o momento o STF ainda não esclareceu, em seus julgados, como deve ser composto, a nível de política prisional mais global, o conflito entre a omissão do Estado na construção de casas do albergado e os interesses individuais do condenado que, evidentemente, não pode suportar o prejuízo daquela omissão que não lhe diz respeito. Até que o faça, não vemos impropriedade de qualquer natureza na concessão da PAD para os condenados que já estão em regime aberto, ainda que não se enquadrem nas estritas hipóteses do art. 117 da LEP.

De qualquer modo, a concessão da PAD nesses casos tem caráter precário, devendo remanescer ou até a construção da casa do albergado reclamada ou, o que será mais frequente, até nova decisão judicial a respeito da concessão do livramento condicional: aconse-

lha-se mesmo que a decisão concessiva dessa modalidade de regime aberto faça expressamente tal advertência, pois o título jurídico correto para o condenado cuja pena ainda não está inteiramente cumprida e já se encontra nas ruas é, sem dúvida, o livramento condicional e não a prisão albergue domiciliar. Concede-se que a solução da PAD favorece o condenado na hipótese de prática de novo delito (pois então o tempo até então decorrido será considerado como de desconto de pena, o que não ocorrerá no livramento condicional): contudo, esse interesse (sem dúvida existente) não é propriamente um interesse jurídico e, portanto, não merece tutela jurisdicional. Para todos os demais efeitos, isto é, para todos os interesses propriamente jurídicos, o livramento condicional é sem dúvida mais adequado ao condenado que se encontre nesse estágio do cumprimento de sua pena. Assim, cabe ao Juízo da execução buscar atingir o estágio do livramento condicional mesmo quando o condenado já se encontra em PAD, podendo aquele, inclusive, deferir o livramento condicional de ofício e mesmo à revelia de posicionamento diverso da própria Defesa (embora não o possa fazer, é claro, sem oitiva prévia de ambas as partes).

23.4.1 Possibilidade

• “De acordo com precedente desta Câmara, não se enquadrando o sentenciado em nenhuma das hipóteses previstas de recolhimento em residência particular (art. 117 da LEP), mas inexistindo casa do albergado ou estabelecimento adequado ou vaga nos estabelecimentos indicados, deve ser observado o disposto no art. 58 da Lei Estadual 1.819/78 que, nessas hipóteses, autoriza o recolhimento em residência particular” (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 445.783/3, São Paulo; j. 09.09.1986, v. u., Rel. Santi Ribeiro; tj 06.11.1986; red.).

• “A inexistência de casa do albergado, resultando da inadimplência da Administração Pública, não pode prejudicar o sentenciado com seu retorno ao regime fechado, o que caracterizaria excesso ou desvio de execução. Assim, a realidade determina que o regime aberto apenas possa operar-se através do albergue domiciliar” (TACRIM-SP, 4.^a C.; Ag. Exec. 645.597/9, São Paulo; j. 12.03.1991, v. u., Rel.

Walter Theodósio; tj 06.08.1991; red.; 1.ª inst.- VEC/SP 295.140).

- “*Prisão albergue domiciliar*. Cumprimento de pena em prisão domiciliar, à falta de casa de albergado ou de outro local adequado. Decorridos mais de cinco anos da edição da Lei de Execução Penal, tempo mais do que suficiente, ou o Estado se prepara para a execução penal, como prescrita em lei, ou o Juiz terá que encontrar soluções para os impasses. E uma destas é a prisão domiciliar, se o condenado faz jus à prisão albergue, por aplicação analógica do art. 117 da LEP, quando inexistir casa de albergado ou outro local adequado. Recurso de *habeas corpus* provido” (STJ, 5.ª T.; RHC 2.052-8, Rio Grande do Sul; j. 08.09.1993, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 27.09.1993, p. 19.825-6; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, Revista dos Tribunais; ano 1, n. 4, out.-dez. 1993; p. 183).

- “A jurisprudência desta Quinta Turma acabou por assentar que o condenado a cumprir a pena em regime aberto, se não existe a Casa de Albergado ou local reservado com igual finalidade, o qual, ainda que não seja o ideal, mas considerada a realidade do país, pode-se admitir como solução emergencial” (STJ, 5.ª T.; HC 2.055-3, Rio de Janeiro; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 04.10.1993, p. 20.559).

- “A jurisprudência deste STJ vem admitindo o cumprimento de pena no domicílio do réu, se há prova de que não existe Casa de Albergado ou local reservado com igual finalidade, o qual, ainda que não seja o ideal, mas considerada a realidade do país, pode-se admitir como solução emergencial” (STJ, 5.ª T.; RHC 3.355-0, Rio Grande do Sul; Rel. Jesus Costa Lima; DJU 28.03.1994, p. 6.334).

- “Na falta de casa de albergado, ou de outro local adequado, há que se conceder ao réu sentenciado, condenado a cumprir pena em regime inicial aberto, a oportunidade de cumpri-la em residência particular, sob pena de subverter-se a execução da pena, de um regime menos rigoroso para um mais severo. Jurisprudência iterativa da Corte” (STJ, 5.ª T.; RHC 3.461-0, Rio Grande do Sul; Rel. Flaque Scartezini; DJU 25.04.1994, p. 9.264).

- “Impõe-se conceder a ordem de *habeas corpus* para que ao paciente que já cumpriu mais de um sexto da pena que lhe foi imposta seja garantido o direito à progressão para regime menos rigoroso e, à falta de casa do albergado, o benefício deve converter-se em prisão domiciliar” (TRF 3.ª Reg., 2.ª T.; j. 17.05.1994, v. u., Rel. Fauzi Achôa; DJU 26.07.1994, p. 39.640; Bol. IBCCrim 19, agosto 1994, p. 64).

23.4.2 Impossibilidade

- “*Regime penal aberto – Progressão – Inexistência de casa do albergado – Prisão-albergue domiciliar – Impossibilidade fora das hipóteses estritas do art. 117 da Lei de Execução Penal – Ausência de constrangimento ilegal – Ordem denegada*. O Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado, se houver, na localidade de execução da pena, Casa do Albergado, que constitui, junto com outro estabelecimento adequado a tal fim, o instrumento necessário, insubstituível e essencial à sua concretização. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa do Albergado não autoriza o Poder Judiciário, fora das hipóteses estritamente contempladas no art. 117 da Lei de Execução Penal, a conceder a prisão-albergue domiciliar” (STF, Plenário; HC 68.108-2; j. 19.12.1990, m. v., Rel. Celso de Mello; DJU 4.2.1994, p. 910; Bol. IBCCrim 16, maio 1994, p. 49).

- “Nada justifica, fora das hipóteses taxativamente previstas na Lei de Execução Penal (art. 117), a concessão de prisão-albergue domiciliar, sob o fundamento de inexistência, no local de execução da pena, de Casa de Albergado ou de estabelecimento similar” (STF, 1.ª T.; HC 70.058-6, São Paulo; Rel. Moreira Alves; DJU 28.05.1993, p. 10.385).

- “A prisão albergue domiciliar somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84. Deferido o regime aberto, mas inexistindo casa do albergado, a solução será assegurar-se ao preso o trabalho fora da prisão, com o seu recolhimento noturno e em dias de descanso e feriados. Sendo assim, não há constrangimento ilícito na expedição do mandado de prisão” (STF, 2.ª T.; HC 70.628-2, São Paulo; Rel. Carlos Velloso; DJU 04.02.1994, p. 911).

• “O Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado, *se houver*, na localidade de execução da pena, Casa do Albergado, ou outro estabelecimento que se ajuste às exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa do Albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar, fora das hipóteses contempladas, em caráter estrito, no art. 117 da Lei de Execução Penal” (STF, Plenário; HC 68.118-2, São Paulo; Rel. Celso de Mello; DJU 25.02.1994, p. 2.591). No mesmo sentido: STF, 2.ª T.; HC 70.335-6, São Paulo; Rel. Paulo Brossard; DJU 11.02.1994, p. 1.486.

• “Só pode a prisão albergue ser deferida nas hipóteses a que se refere o art. 117 da Lei 7.210-94 (Lei de Execução Penal). Não em razão da inexistência de casa do albergado. Precedentes do Supremo Tribunal: HC 68.012 (Tribunal Pleno) e HC 68.123 (135/610)” (STF, 1.ª T.; HC 73.207-1, Rio Grande do Sul; j. 28.11.1995, v. u., Rel. Octávio Gallotti; DJU 08.03.1996, p. 6.215).

• “Assentada, no STF, orientação segundo a qual a inexistência de estabelecimento adequado, por não configurar nenhuma das hipóteses taxativamente previstas no art. 117 da LEP, não justifica a concessão de prisão-albergue domiciliar (RTJ 142/164 – Min. Celso de Mello)” (STF, 1.ª T.; HC 72.643-7, São Paulo; j. 06.02.1996, m. v., Rel. designado Ilmar Galvão; extraído de DJU 17.05.1996, p. 16.323).

• “Execução penal – Pena de reclusão – Progressão de regime – Prisão domiciliar – Pressupostos – Inexistência – LEP, art. 117. A progressão de regime prisional pressupõe o atendimento das condições inscritas no art. 112, da Lei de Execução Penal, aferíveis perante o juízo das Execuções Penais. Somente é admissível o cumprimento de pena em residência particular se o condenado beneficiário do regime aberto, enquadra-se em cima das situações previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal” (STJ, 6.ª T.; RHC 5.336, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.742). No mesmo sentido: STJ, 6.ª T.; RHC 5.359, Rio Grande do

Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Vicente Leal; DJU 20.05.1996, p. 16.743.

• “Processual penal – ‘Habeas-corpus’ – Progressão de regime prisional – Inexistência de casa de albergado – Se a situação do réu não se encasa nas hipóteses do art. 117 da LEP, não faz ele jus à prisão domiciliar – Precedentes do STJ e do STF – Recurso improvido” (STJ, 6.ª T.; RHC 5.342, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 10.06.1996, p. 20.393). No mesmo sentido: 1) STJ, 6.ª T.; RHC 5.347, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 10.06.1996, p. 20.393; 2) STJ, 6.ª T.; RHC 5.356, Rio Grande do Norte; j. 08.04.1996, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 10.06.1996, p. 20.393.

• “Processual penal – Recurso de ‘habeas corpus’ – Regime prisional fechado – Prisão albergue domiciliar – Impossibilidade. 1. Fora das hipóteses estabelecidas no art. 117 da Lei 7.210/84, impossível se torna a concessão da prisão domiciliar ao fundamento de inexistência, no local de execução da pena, de estabelecimento penal adequado ao seu cumprimento. 2. Precedentes do STF e do STJ. 3. Recurso improvido” (STJ, 6.ª T.; RHC 5.339, Rio Grande do Norte; j. 23.04.1996, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 10.06.1996, p. 20.393). No mesmo sentido: 1) STJ, 6.ª T.; RHC 5.344, Rio Grande do Norte; j. 2.4.1996, Rel. Anselmo Santiago; DJU 10.06.1996, p. 20.393; 2) STJ, 6.ª T.; RHC 5.353, Rio Grande do Norte; j. 23.04.1996, v. u., Rel. Anselmo Santiago; DJU 10.06.1996, p. 20.393.

23.4.3 Outras soluções

Nota: soluções circunstanciais não podem, todavia, ser tomadas como uma política global, mesmo porque não dispõe o Judiciário de instrumentos efetivos para a implementação de uma política penitenciária que depende de decisões e recursos próprios do Poder Executivo.

• “Execução penal – Prisão albergue. Tendo o Estado destinado local que, mesmo não sendo o ideal, procura atender a situações de emergência, não cabe a transformação da prisão albergue em domiciliar, que tem sido

deferida ante a absoluta ausência de local adequado. Recomendação ao Juízo da Execução Penal para que promova gestão junto ao Departamento do Sistema Penal do Estado a fim de que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto" (STJ, 5.ª T.; HC 2.229-7; j. 24.11.93, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 13.12.93, p. 27.474; Bol. IBCCrim 13/38).

• *"Habeas corpus – Prisão-albergue domiciliar – Inexistência, na comarca, de Casa de Albergado.* 2. Sentença que condenou o réu a dois anos e oito meses de reclusão como incurso no art. 168, § 1.º, inc. III, do Código Penal, em regime aberto, *cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo Juízo da Execução.* 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do HC 68.118-2, que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado *se houver*, na localidade da execução da pena, Casa de Albergado ou outro estabelecimento que se ajuste às exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa de Albergado não autoriza o Poder Judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas, *em caráter estrito*, no art. 117 da Lei de Execução Penal. Decisão idêntica adotou a Corte no HC 68.012-7-SP. 4. Sob esse aspecto, o *habeas corpus* não pode ser deferido. 5. Tendo em conta, todavia, os termos da sentença, não recorrida no ponto pelo Ministério Público, o *habeas corpus* deve ser deferido, em parte, tão-só, para que a decisão seja executada, tal como dispõe a sentença, *em regime aberto cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo Juízo da Execução*" (STF, 2.ª T.; HC 72.997-5, São Paulo; j. 21.11.1995, v. u., Rel. Néri da Silveira; DJU 22.03.1996, p. 8.202).

• "Na concessão da progressão ao semi-aberto, ante à dificuldade em conseguir-se vaga em Casa de Albergado ou estabelecimento semelhante, surgem dois caminhos: ou concede-se o regime aberto, a ser cumprido em prisão albergue domiciliar, mesmo não atendidos os requisitos do art. 117 da LEP, ou mantém-se o condenado em regime semi-aberto, aguardando vaga. As duas opções não são acertadas: a primeira, por conceder benefício

para o qual o condenado não possui os requisitos; a segunda, por importar situação mais gravosa a quem não merece. Diante do impasse, impõe-se uma solução intermediária. Já se manifestou a jurisprudência no sentido de que *inexistindo casa do albergado na comarca, incumbe ao juízo das execuções providenciar cela especial em estabelecimento adequado para o recolhimento dos presos em regime aberto, e não conceder prisão albergue domiciliar, ofendendo o art. 117 da LEP, que apenas a admite nos casos excepcionais ali elencados* (RT 634/312; no mesmo sentido, acórdão do TJSP em RT 640/288). Assim, não obstante a divergência jurisprudencial encontrada, parece mais razoável e adequado que o sentenciado cumpra a pena em regime aberto, recolhendo-se à noite, finais de semana e feriados, em cela especial, na cadeia pública. Por fim, a posição alternativa de concessão de livramento condicional cautelar também não pode ser considerada como *aberração jurídica* pois, apesar de não ser a solução mais adequada, tornar-se-ia de grande utilidade na impossibilidade de se encontrar uma solução ao condenado, a fim de que este não tivesse que cumprir pena mais gravosa do que necessário" (TACRIM-SP, 2.ª C.; Ag. Exec. 1.023.757/4, São Paulo; j. 24.10.96, m. v., Rel. Silvério Ribeiro; red.).

• "A colocação em regime de prisão albergue domiciliar constitui exceção, a ser apreciada, no que tange à conveniência e oportunidade, em cada caso concreto, dispondo o art. 117 da LEP sobre as hipóteses em que o beneficiário pode cumprir o regime aberto em residência particular, e em nenhuma hipótese enquadra-se o ora paciente. Há uma tendência pretoriana de conceder a benesse na falta de casa de albergados, mas não significa que o recluso tenha direito líquido e certo a ela, cujo indeferimento possa ensejar constrangimento ilegal. Assim, deferida a progressão ao regime aberto, e determinadas as providências à autoridade administrativa para a inclusão do paciente em casa de albergados, ordenando-se ainda o processamento de livramento condicional, disso não advém qualquer lesão ao direito de deambulação, passível de ser reparada por via mandamental" (TJSP, 3.ª C. Crim. de Férias; HC 222.431-3/7, São Paulo; j. 23.01.97, v. u., Rel. Cerqueira Leite; red.).

23.5 *Manutenção em regime aberto por falta de vagas apropriadas ao devido recolhimento*

Nota: eventualmente, o regime aberto é empregado como alternativa à inexistência de local adequado para o recolhimento prisional. Embora não se possa excluir essa hipótese, a rigor a solução técnica mais adequada seria a de suspensão da execução até que o Estado promova as condições exatas de recolhimento.

23.5.1 Admissibilidade

- “Regime prisional – Semi-aberto – Espera de vaga em regime aberto, na modalidade domiciliar – Admissibilidade – Recolhimento do condenado ao regime fechado que configura constrangimento ilegal – Recurso não provido. Não propiciando o Poder Executivo número suficiente de vagas nos estabelecimentos de penas no regime semi-aberto, compatíveis com as necessidades do sistema, o recolhimento do condenado no regime fechado configura constrangimento ilegal” (TJSP, 6.^a C.; Ag. 185.171-3/1; j. 17.08.1995, v. u., Rel. Augusto César; Bol. IBCCrim 34, out. 1995, p. 111).

23.5.2 Inclusão oportuna no estabelecimento adequado

- “A abertura de vaga em estabelecimento semi-aberto revela que o *habeas corpus* perdeu seu objeto; a autoridade jurisdicional apontada como coatora não cometeu nenhum constrangimento ilegal e agora resta tão-somente adotar-se a providência administrativa de transferência do paciente para o Instituto Penal Agrícola apontado” 2(TJSP, 6.^a C. Crim.; HC 208.330-3/3, Promissão; j. 08.08.96, v. u., Rel. Geraldo Xavier; red.).

23.5.3 “Habeas corpus” em geral: inadmissibilidade

Nota: eventualmente, o *habeas corpus* pode ser empregado para que a pena seja cumprida corretamente pelo condenado, na exatidão do respectivo título condenatório.

- “1. Benefício da prisão domiciliar ante a alegação de falta de casa do albergado ou

estabelecimento similar no Estado. Alegação não comprovada, além do que esta Turma indeferiu pleito idêntico, formulado por co-réu no mesmo processo (HC 2.229-7-RJ). 2. Condenado, divorciado, que possui a guarda de filhos menores. O benefício do art. 117, III, da LEP, dirige-se à mulher com filho menor e deficiente físico. Sua pretendida extensão ao homem, em situações excepcionais, por aplicação analógica, é matéria cujo exame, em primeira mão, deve ser remetido para a execução da sentença (art. 66, III, da LEP)” (STJ, 5.^a T.; RHC 3.347-9, Rio de Janeiro; j. 23.02.1994, v. u., Rel. Assis Toledo; DJU 14.03.1994, p. 4.528; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; ano 2, n. 6, abril-junho 1994; p. 242).

24. Regressão de Regime Prisional

24.1 *Do aberto para o fechado: possibilidade*

Nota: embora a progressão implique sempre na passagem pelo estágio intermediário (não havendo progressão propriamente dita do fechado para o aberto), já na regressão vem sendo admitida a fórmula direta (do aberto para o fechado).

- “O simples cometimento de crime doloso, despienda a condenação transitada em julgado, é o *quantum satis* para a regressão de regime que, de resto, pode ser feita diretamente do aberto para o fechado pois, de acordo com a doutrina, a lei impõe o escalonamento entre os regimes apenas para a hipótese de progressão, comportando a forma regressiva a remoção direta para qualquer um dos regimes mais rigorosos (LEP, art. 118)” (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 784.677/1, Assis; j. 30.06.1993, v. u., Rel. Barbosa De Almeida; tj 15.09.1993; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 256.102).

24.2 *Prática de crime doloso ou de falta grave*

Nota: admitida ou pressuposta a exata concepção operativa da pena privativa de liberdade (v. nota ao item 1.1 deste nosso trabalho,

publicada na *RBCCrim* 19, p. 371-373), não é difícil extrair o ponto de inserção do regime disciplinar, já que estabelecidos estão todos os seus principais pressupostos. Podemos já facilmente vislumbrar que o regime disciplinar não tem e não deve ter outra finalidade que não a de um sub-sistema, ou de um sistema menor dentro de outro maior, ou, ainda mais simplesmente, devendo ser entendido como uma pena administrativa dentro da pena criminal. Pelo menos no que se refere às chamadas faltas graves (pois as leves e as médias comportam natureza diversa), seu fundamento é também meramente contensivo, dizendo respeito à constrição das possibilidades infracionais, no que tocam, com não poderia deixar de ser, às possibilidades do agente colocar em risco iminente toda a ordem interna do estabelecimento (como, por exemplo, na provocação de movimento de subversão da ordem) ou, em segunda e última hipótese, colocar em risco iminente a própria continuidade da execução do título condenatório (como, por exemplo, na evasão).

Também a exemplo do ocorrido no sistema maior, igualmente quanto ao regime disciplinar impera o mesmo compromisso educativo, vinculante, indeclinável e atributivo de significação à sanção disciplinar, com todas as qualidades retro definidas para a pena privativa de liberdade, dentre as quais se ressalta, evidentemente, sua natureza propositiva. Nesse sentido, as respostas jurisdicionais ao cometimento da infração disciplinar estão justificadas na exata medida da contensividade por elas comportadas, assim como, de resto, guardam relação de compromisso indeclinável com sua proposta educativa.

Não se trata, assim, de pura e simples aplicação de uma retribuição gratuita, mas autenticamente de (re)conformação do curso da execução àquele que, por fatos concretos, se mostrou ainda inadequado ao regime semi-aberto ou ao regime aberto. A iluminação, portanto, vem exatamente da melhor(re) individualização da pena quando ela própria, historicamente, reclamou um regime prisional mais exuberantemente contensivo. A medida, portanto, não tem como ser distanciada de seu potencial educativo e dialógico.

Importante sempre frisar: nem toda falta grave, portanto, tem a consequência da regressão, mas apenas aquelas cuja natureza revele séria incompatibilidade com o regime propos-

to. Logo, não cabe ao Juiz da execução simplesmente homologar a decisão administrativa e, maniqueistamente, decretar a regressão de regime, devendo antes motivar o cabimento de mais essa solução legal quando, e apenas quando, tal for o caso próprio.

24.2.1 Admissibilidade

- “Não se pode antever constrangimento ilegal na expedição de mandado de prisão em virtude de condenação superveniente de reeducando colocado em regime de prisão albergue, benefício que é, em consequência, cassado” (TJSP, 6.^a C.; HC 31.918-3, São Paulo; j. 29.10.1984, v. u., Rel. Djalma Lofrano; RT 593/331).

- “A simples prática de fato definido como crime doloso autoriza a regressão ou transferência do condenado para regime mais rigoroso, *ex vi* do disposto no art. 117, I, da Lei de Execução Penal” (TJSP, 3.^a C.; HC 35.060-3, Capital; j. 11.02.1985, v. u., Rel. Silva Leme; RT 595/343).

- “Afronta a confiança que lhe foi depositada o condenado que, havendo sido promovido ao regime semi-aberto, pouco depois comete evasão. A alegação de que o fez por dificuldades financeiras familiares não justifica a conduta faltosa pois, se por ela todos os presos procurassem evadir-se, por certo poucos permaneceriam no cárcere. O art. 118 da LEP é taxativo ao dispor que o reeducando deve regredir para o regime mais rigoroso quando comete falta grave e, sem dúvida, a fuga constitui falta de suma gravidade, justificando plenamente a regressão ao regime fechado como providência de rigor. Somente posteriormente poderá o condenado pleitear nova progressão de regime, oportunidade em que serão considerados todos os aspectos subjetivos, a fim de que se tenha uma visão ampla do seu perfil psicológico” (TJSP, 1.^a C. Crim.; Ag. 153.388-3/2, São Paulo; j. 07.03.94, v. u., Rel. Andrade Cavalcanti; red.).

- “O condenado que praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, estará sujeito a regressão de regime prisional, na forma do art 118 da Lei de Execução Penal”

(STJ, 5.^a T.; RHC 3.722-9; j. 29.6.1994, v. u., Rel. Flaquer Scartezzini; DJU 15.08.1994, P. 20.343; Bol. IBCCrim 20, set. 1994, p. 67).

24.2.2 Inadmissibilidade

• “Não há ilegalidade na transferência do preso para semi-aberto quando registra evasão anterior de cadeia pública onde estava recolhido indevidamente, sobretudo quando em *habeas corpus* já lhe havia sido deferido aguardar sua vaga para o regime intermediário em prisão albergue domiciliar, mesmo porque, ademais, sofre profundo constrangimento ilegal o preso recolhido a presídio de sistema fechado em razão de omissão estatal decorrente de falta de aparelhamento para cumprir a programação legal de cumprimento da pena em etapas” (TACRIM-SP, 10.^a C.; Ag. Exec. 997.757/1, São Paulo; j. 27.03.1996, v. u., Rel. Márcio Bártoli; 1.^a inst.-VEC/SP 246.634; red.).

24.3 Suspensão cautelar de regime prisional

Nota: trata-se de debater a existência da medida de sustação cautelar de regime prisional, a qual alguns entendem ilegal por falta de previsão legal específica, acreditando não comportar o processo penal qualquer medida restritiva que possa ser tributada ao poder cautelar genérico do Juízo, instituto que, segundo os partidários desse entendimento, seria exclusivamente de direito processual civil.

Todavia, é certo que a chamada sustação cautelar de regime semi-aberto, diante da notícia de falta grave e, particularmente, diante da notícia de evasão, realmente é prática antiga e íntegra consolidada jurisprudência, repercutindo uniformemente na jurisprudência tanto do Tribunal de Justiça como, igualmente, do E. Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, assim como, mais recentemente, do próprio E. Superior Tribunal de Justiça, não se conhecendo qualquer decisão desses tribunais que, ainda que isoladamente, siga orientação adversa (há apenas julgados que, em concreto, afastam tal solução por fundamentos específicos). O instituto, aliás, também não é inédito no direito comparado, sendo também conhecido, por exemplo, no direito italiano. A respeito, inclusive, registre-se também diversos outros

julgados que admitem a sustação cautelar não apenas do semi-aberto mas, em face de falta disciplinar grave, até mesmo de livramento condicional e de regime aberto. O fundamento lógico dessa postura, como não poderia deixar de ser, inspira-se nas hipóteses de decretação da prisão preventiva previstas para o processo de conhecimento (Cód. de Processo Penal, art. 312), entendendo-se que a notícia de evasão caracteriza a aparência do bom direito que reveste a pretensão de futura regressão, assim como a iniciativa da fuga caracteriza o perigo de demora na prestação jurisdicional, com o preso positivando seu intuito de furtar-se à aplicação da lei penal e sua disposição de furtar-se ao procedimento legal de regressão que, sabidamente, não dispensa sua oitiva pessoal e direta.

Ao contrário do que comumente se alega, e contrariamente a lições doutrinárias que se costuma invocar, também no processo penal o Direito não prescinde a invocação de medidas cautelares genéricas, desde que aplicadas com a lógica da razoabilidade, cujo mais elevado estágio encontramos no pensamento de Luís Recaséns Siches, sem o que a experiência jurídica não passaria de mera aventura. De fato, por mais desenvolvido que fosse o Direito positivo (e longe estamos desse ponto), sempre é necessário que o juiz possa complementar a norma, enriquecendo-lhe seus conteúdos, tarefa esta que, em última análise, se traduz exatamente em prestigiar a própria norma através do engrandecimento de sua lógica. Sabidamente, a experiência jurisdicional não se viabilizaria sem o exercício prudente do poder cautelar genérico do magistrado pois, caso contrário, sempre estaríamos diante de situações inusitadas não previstas imediatamente pelo legislador em sua linguagem abstrata.

Vejamos, assim, um outro exemplo de exercício do poder cautelar genérico do juiz no processo penal, exemplo este contra o qual certamente não consta haver maior inconformismo. É o caso da concessão de prisão albergue domiciliar (PAD) em todas as progressões ao regime aberto, prática antiga e consolidada pela jurisprudência de ambos os Tribunais paulistas e que se disseminou igualmente pelos juízes singulares do Estado, assim como por praticamente — acredita-se — todos os juízes singulares e Tribunais estaduais das demais Unidades da Federação. Ora, aqui também temos exemplo

concreto de uma medida cautelar inominada, com inequívoco traço de provisoriedade e precariedade, destinada a vigor enquanto inexistir casa do albergado disponível na comarca.

Inúmeras outras prestações jurisdicionais da mesma ordem podem ser vislumbradas no processo de execução penal. Lembremos, apenas a título exemplificativo, as seguintes hipóteses: a) expedição de alvará de soltura antecipado em casos de indulto humanitário, diante de gravíssimo e terminal estado de saúde do condenado; b) transferências para estabelecimentos prisionais de maior segurança em casos de distúrbios graves da ordem disciplinar interna; c) medidas decorrentes de negociações com comissões de presos em casos de rebeliões; d) transferências para estabelecimentos psiquiátricos comuns em casos de desinternação condicional de preso que ainda tenha a saúde abalada sem, todavia, ostentar periculosidade criminógena; e) transferências para colônias de desinternação progressiva. Enfim, a lista de medidas cautelares inominadas, sem específica previsão legal, particularmente no processo de execução penal (e possivelmente mesmo no processo de conhecimento) é virtualmente infinita, pois a realidade sempre demandará novos casos impossíveis de serem todos previstos anteriormente pelo legislador. Diante disso, caberia questionar se os ensinamentos doutrinários invocados pelos partidários da tese da inexistência de cautelares inominadas e genéricas no processo penal (embora a tese seja proveniente de processualistas ilustres), de fato partiram de uma investigação também voltada para a execução penal ou, antes ainda, voltada para ocorrências específicas e concretas que diuturnamente freqüentam a experiência jurisdicional penal que, não dispusesse de instrumentos genéricos, não seria sequer operacionalizável.

Ora, aqui é a própria norma que *determina* que, uma vez praticada falta disciplinar de natureza grave, a consequência é o isolamento preventivo (LEP, art. 60). Ainda nesse sentido, igualmente não se há de esquecer que, dentro do rol específico de competências do Juízo da execução, está a de *zelar pelo correto cumprimento da pena* (LEP, art. 66, inc. VI). No caso de evasão, é evidente que não pode a autoridade administrativa e, muito menos, a autoridade jurisdicional propiciarem ao preso após recapturado nova oportunidade para reincidir na mesma falta grave, mesmo porque deu ele

mostras claras que pretende se furtar aos fins da execução penal, ou seja, que pretende se furtar à aplicação da lei penal que, aliás, é um dos mais relevantes fundamentos para a custódia preventiva. Não se há de esquecer que, assim como a lei atribui etapas progressivas no cumprimento da pena, concomitantemente também será progressiva a responsabilidade do preso no atendimento de suas obrigações prisionais. Esse é o lúcido e rico sistema legal que hoje impera na execução penal: desprestigiar-lo seria, em última análise, desprestigiar o próprio sistema aqui corajosamente adotado pelo legislador de 1984 e, por consequência, acabar-se-ia por inventar tantas premissas para a progressão ao semi-aberto que, na prática, tal implicaria o absoluto esvaziamento desse sistema de vigilância intermediária. Essa é a lógica que, *ultima ratio*, imperaria caso fosse adotada a tese da impossibilidade jurídica da sustação cautelar do regime semi-aberto diante de fundamentada notícia – cujo mérito íntimo há de ser reservado para a fase procedimental oportuna – de prática de falta disciplinar de natureza grave.

Pretende-se a manutenção do semi-aberto, mas por certo não se desconhece que os estabelecimentos semi-abertos em geral não têm acomodações para manter os presos sob regime de isolamento ou mesmo sob qualquer regime diferenciado: forçá-lo com uma determinação precipitada, sem qualquer sensibilidade aos limites administrativos concretos, seria estabelecer o caos dentro desses estabelecimentos, propiciando todos os malefícios daí decorrentes, ou seja, desvios de execução, desobediências à ordens judiciais e, quiçá, até mesmo disseminação de graves atentados à ordem disciplinar interna do presídio semi-aberto, por si já bastante tênue. Por certo não se desconhece os gravames dessa omissão que se estendem inclusive para a própria pessoa do condenado como, de resto, um mínimo de experiência na execução penal bem demonstra.

Reclama-se por vezes que, invariavelmente, a fuga acaba importando a regressão de regime, após cumprido o procedimento do art. 118, § 2.º, da LEP, diante do que a sustação cautelar do semi-aberto incorreria em pré-julgamento da matéria. Cabe observar que ocorre às vezes de não ser decretada afinal a regressão, embora se conceda que, estatisticamente, a solução francamente majoritária é o retorno ao regime

fechado. Ora, o que mais se pode dizer ao preso, a nível abstrato, que está sendo levado ao semi-aberto que não pode ele fugir e que, se o fizer, há grande possibilidade (embora não necessário e muitas vezes excepcionada) de retornar ao regime fechado, suportando graves prejuízos para sua situação processual (o que o preso, aliás, sabe perfeitamente)? Por acaso a aplicação da lei de execução penal admitiria outra pedagogia? Se disséssemos outra coisa ao preso que foge, o que teríamos então a dizer àquele preso que, resignado, permanece por consciência submisso à prisão, aguardando que a Justiça penal ouça adiante seu clamor? O que mais poderíamos dizer a esse homem, exceto que é um tolo?

Reclama-se contra a noção da pena enquanto instituto pedagógico, questionando-se, às vezes, que não se trata de poder disciplinar paternalista ou, muito menos, de arbítrio. Porém uma rápida excursão, ainda que de poucos passos, pela história demonstra, sem grandes gastos, que pedagogia, nessa acepção mais ampla, não apenas não se confunde com paternalismo como, a rigor, é seu adverso. Trata-se, afinal, de invocar a noção clássica da *paideia* grega, seu transtornado curso ao longo dos séculos e mesmo milênios e que, de resto, está nos fundamentos históricos da própria concepção de *homem livre*: não será por certo outra noção que está nas raízes daquilo que hoje nos chega com o conceito de função de prevenção social positiva para a pena, arrouço máximo de seu papel exatamente naquele Estado Democrático de Direito agora aqui tão decantado. *Data venia* de alguns posicionamentos abolicionistas, de inequívoco valor para a construção da história das idéias, é certo que nem a Democracia, nem a República em sua mais exata concepção etimológica, não prescindem da correta pedagogia da liberdade que, nos tempos confusos de hoje e quiçá de todo o sempre, centra-se na noção de *imputabilidade*. Pode-se, assim, afirmar que um homem é livre na medida em que se tornar imputável e, nesse sentido quase filosófico, um inimputável não pode ser, sequer aos próprios olhos, uma pessoa dotada da qualidade de homem (juridicamente) livre. Essa é a grande concepção que inspira o direito penal moderno e o arcabouço da função de prevenção social positiva que o enriquece. Não lidamos aqui com crianças, ou com enfermos ou com inimputáveis de todo gênero: antes, dialogamos com pessoas adultas

e senhoras de si, homens livres em sua mais rigorosa acepção, agentes de seu próprio destino e responsáveis por sua própria autoridade que, de resto, não lhes pode e de fato não lhes é retirada tão somente pelo advento de uma condenação que se tornou definitiva.

De qualquer modo, a realidade é essa e não outra. Todos sabemos que os estabelecimentos semi-abertos em geral não têm condições de abrigar presos sob condições diferenciadas, mesmo porque adotaram há algum tempo práticas permissivas das mais amplas, inclusive um certo trabalho externo à revelia de qualquer fiscalização ou vigilância, transformando-se assim em autênticas casas do albergado. Não há, portanto, como manter presos no semi-aberto e, ao mesmo tempo, cortar-lhes as conhecidas regalias até que se defina o procedimento do art. 118 da LEP: as condições de segurança seriam nulas e de todo impraticáveis, mesmo porque maior seria o convite à fuga pelo preso que, tendo-se evadido há pouco, sabe estar em curso procedimento que pode culminar em sua regressão ao fechado.

Da mesma forma, igualmente não se há, sequer por aproximação, de cogitar de ofensa ao imperioso Pacto de São José da Costa Rica, mesmo porque o que se debate aqui não é a privação de liberdade que é objeto dessa magnífico texto, mas sim mera questão de regime prisional, além do que a discussão que se coloca não surge em desavença com o Direito mas, bem ao contrário, sob sua iluminação maior.

24.3.1 Possibilidade

- “Não ofende a regra do devido processo legal (art. 118, § 2.º, da LEP) a suspensão do regime prisional favorecido, como cautela necessária à recaptura do réu, após a qual deve-se instaurar o procedimento legal para a decretação da regressão definitiva” (STJ, 5.ª T.; REsp. 53.794-0; j. 05.10.1994, v. u., Rel. José Dantas; DJU 17.10.1994, p. 27.914; Bol. IBCCrim 23, nov. 1994, p. 76).

- “Estabelece peremptoriamente o art. 118 da LEP ser necessária a ouvida prévia do condenado, em casos de regressão de regime prisional, inclusive, dentre outros, em casos de falta grave, nestes enquadrando-se a fuga do

recluso. A expressão *deverá ser ouvida, previamente* contém o mandamento inserido na fórmula do verbo (o futuro representa ordem, no sentido técnico-legislativo com reflexos interpretativos correlatos); também, a oportunidade em que o fará o Juízo de Execução. A inteligência da lei, todavia, não deve levar a insensatez, a absurdo. Não se pode sujeitar soluções judiciais a tal sorte de especulações. Verificada a recaptura, deve o condenado voltar ao regime fechado e somente isso pode e deve ocorrer. Se, colocado no regime mais brando, rapidamente fugiu, fica por demais periclitante que suportasse a continuidade prisional, depois de longo tempo foragido. A solução que se ostenta é a dúplice; que acautela ambos os propósitos. O de se ouvir o detento, para a solução final. Bem assim, o de se manter, desde logo, no regime mais gravoso (anterior ao do da fuga), até solução definitiva. Regularmente formal. Recorrível em essência. Por conseguinte, tem-se de reconhecer em favor do sofrido MM. Juízo executório, a faculdade, sumamente legítima, de providenciar cautelarmente. Claro que, achando-se foragido, não haveria como ouvir o detento faltoso. A providência de índole cautelar era, pois, provisoriamente, operar a regressão. A ostensividade da falta grave mostra-se suficiente à solução transitória. Que se sucederá, oportunamente, pela definitiva, quando se possa ouvir o detento recapturado. A recolocação imediata no regime de que acabara de fugir, acaba soando a ingenuidade que não se alberga bem em provisão judicial" (TJSP, 4.^a C. Crim.; HC 198.018-3/4, São Paulo; j. 27.11.1995, v. u., Rel. Ary Belfort; 1.^a inst.-VEC/SP 234.281; red.).

• "Verificada a prática de falta grave, é perfeitamente lícita a imediata suspensão do regime semi-aberto ou a *privação de benefícios como providência provisória até a decisão judicial* (Mirabete, Júlio Fabbrini; 1987; p. 305). Assim, igualmente, já tiveram oportunidade de decidir a Suprema Corte (RHC 58.365-80-SP, Rel. Min. Francisco Rezek) e o Superior Tribunal de Justiça (RT 668/332, Rel. Min. Édson Vidigal; RT 717/465, Rel. Min. Jesus Costa Lima). Antes de proferir a decisão que possa cassar algum benefício ou importar na regressão do regime semi-aberto para o de segurança máxima, o Juiz, obrigatoriamente, instaurará o necessário incidente, onde, além da oitiva do detento (art. 118, § 2.^o da LEP),

haverá dilação probatória e manifestação das partes (arts. 5.^o, item LV, da CF e 196, § 1.^o da LEP). Tudo isso demanda certo tempo. É evidente que, cometida falta grave suspender-se-á, desde logo, o benefício anteriormente concedido (regime aberto, semi-aberto, livramento condicional etc.), determinando-se a transferência para presídio de segurança máxima (fechado) até ser proferida a decisão definitiva no incidente instaurado para apuração e julgamento dessa falta grave. A segurança da sociedade reclama essa imediata suspensão. Se fosse inviável, o faltoso poderia fugir para evitar os males do regime fechado, a que pode ser submetido, frustrando o cumprimento da lei penal. Destarte, como ocorre no processo de conhecimento, certas medidas provisórias mais drásticas também podem ser tomadas na fase da execução" (TJSP, 2.^a C. Crim. de Férias; HC 211.750-3/7, São Paulo; j. 04.07.96, v. u., Rel. Silva Pinto; red.).

• "A fuga do sentenciado, da qual se tem fortes indícios, constitui falta grave que pode acarretar a regressão para regime prisional mais rigoroso (LEP, art. 118, I). Até que essa falta seja devidamente apurada, com a regularização da situação prisional do paciente e sua oitiva judicial, sua manutenção no regime fechado é medida cautelar que se impõe, não configurando constrangimento ilegal" (TACRIM-SP, 13.^a C.; HC 294.100/4, São Paulo; j. 20.08.96, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.).

• "Ao reclamar respostas mais prontas e eficazes à Justiça Criminal, diante do recrudescimento da ilicitude, a comunidade suscita legislação dilatadora dos poderes do juiz, inclusive os cautelares. Exemplo disso é a edição da Lei 9.099/95, onde nítida a ampliação de atribuições do juiz criminal. A partir daí, temerário concluir-se pela inexistência de poderes cautelares do juiz penal. Se o sentenciado em regime semi-aberto vem a evadir-se, não pratica ilegal constrangimento o juízo ao sustar, cautelarmente, o benefício por ele desprezado com a fuga. E inexistindo incompatibilidade normativa, não há falar-se em concessão de *habeas corpus*. O prazo da sustação cautelar do benefício do regime semi-aberto pode estar condicionado à recaptura do sentenciado, que tem o direito a ser ouvido, à luz do art. 118 da LEP. A providência se legitima, portanto, até

que o réu se apresente e tenha o seu *day in court*" (TACRIM-SP, HC 294.588/5, São Paulo; j. 26.08.96, v. u., Rel. Renato Nalini; red.).

- "No processo de averiguação de falta disciplinar, é lícito ao Juízo das Execuções Criminais fazer retornar o faltoso, cautelarmente, ao regime fechado, até porque essa previsão está expressa no *caput* do art. 118 da LEP, ouvindo-se, depois, no transcorrer da instrução probatória, o condenado. Nesse sentido, a 5.ª Turma do C. STJ, por unanimidade, já decidiu que *está passível de ser transferido para regime mais rigoroso o condenado que durante o cumprimento de pena privativa de liberdade praticar fato definido como crime ou falta grave* (art. 118, I, da LEP) (RT 651/334)" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 296.868/0, São Paulo; j. 12.11.96, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

- "É de ser denegada a ordem de *habeas corpus* contra decisão de sustação cautelar de regime semi-aberto à vista de fuga do condenado, pois soaria absurdo expedir-se qualquer ordem para que aquele mesmo elemento que desinteressou-se em manter-se em regime mais ameno, e desfrutando da possibilidade de evasão, quando encontrado viesse a ser recolocado nas mesmas condições. Óbvio que sobre o episódio deverá ser perquirido; tão lógico, também, que, enquanto se define o incidente, não permaneça em situação de tornar inócua qualquer medida que venha eventualmente retribuir tão grave conduta. Exige a lei a prévia oitiva do condenado para que a definição do incidente, ou seja, julgamento; mas a ocorrência da falta grave — e a fuga deixa pouca margem à justificativa sedutora de renúncia de castigo — autoriza, recomenda e até impele o Juízo competente a preferir prestígio a sua autoridade (que é a do Estado) e defesa da sociedade que não deveria ter em seu meio, pelo menos por determinado período, a nociva presença de quem a agravou; se não foi devidamente avaliado, sua periculosidade não pode ser ignorada. Supostos direitos de condenados não podem sobrepor-se aos interesses maiores da coletividade; nem enfraquecer a repressão social. Bem por isso preleciona Júlio Fabbrini Mirabete que *em casos de situação excepcional*, exemplificando com o menos, *tentativa de fuga, poder-se-á providenciar o recolhimento a cela e a privação de benefícios como providên-*

cia provisória até a decisão judicial (Execução penal, 5.ª ed.; p. 298). Tal tem sido a tônica desta Colenda Corte, anotando-se, sobre precedente colado pelo ilustre preopinante, outros mais (RJDTACRIM 13/175, 23/421), sendo preciosa a exegese, quanto à legalidade da medida, no primeiro julgado aqui mencionado, assentando o ilustre Relator, com a costumeira argúcia, que *Por meio de interpretação sistemática reforça-se, por último, o acerto da solução aqui adotada, quando se constata pela norma do art. 197 da LEP, que só caberia agravo, com efeito meramente devolutivo, da r. decisão impositiva da chamada 'suspensão cautelar da efetivação da promoção de regime'* (RJDTACRIM 13/176, Rel. Haroldo Luz). Por fim, o argumento de que poderá vir a permanecer por longo período no regime mais gravoso, enquanto se processa sindicância, sobre tratar-se de mera conjectura, para o sentenciado é risco conhecido e aceito" (TACRIM-SP, 1.ª C.; HC 297.646/8, São Paulo; j. 28.11.96, v. u., Rel. Di Rissio Barbosa; red.).

- "No processo de averiguação de falta disciplinar, é lícito ao Juízo das Execuções Criminais fazer retornar o faltoso, cautelarmente, ao regime fechado, até porque essa previsão está expressa no *caput* do art. 118 da LEP, ouvindo-se ao depois, no transcorrer da instrução probatória, o condenado. Nesse sentido, a 5.ª Turma do C. STJ, por unanimidade, já decidiu que *está passível de ser transferido para regime mais rigoroso o condenado que durante o cumprimento de pena privativa de liberdade praticar fato definido como crime ou falta grave* (art. 118, I, da LEP) (RT 651/334)" (TACRIM-SP, 13.ª C.; HC 296.868/0, São Paulo; j. 12.11.96, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

- "Não há qualquer ilegalidade no cons-trangimento da sustação cautelar do semi-aberto, transferindo-se o condenado para regime mais rigoroso enquanto apurada suposta prática de falta grave" (TJSP, 4.ª C. Crim.; HC 217.788-3/3, São Paulo; j. 03.12.96, v. u., Rel. Sinésio de Souza; red.).

- "1. Diante da atribuição de falta grave, a sustação cautelar do regime semi-aberto é necessária, e até que se apure o fato, mediante audiência das partes, em procedimento adequado, com posterior apreciação pelo Juízo da

execução de eventual regressão, justifica-se a permanência provisória do condenado em regime prisional mais severo. 2. Não há como se valer do *writ* para o apressamento da tramitação processual do art. 118, § 2.º, da LEP, ou para fixação de prazo de duração da medida cautelar de sustação do semi-aberto" (TJSP, 3.ª C. Crim.; HC 221.233-3/6, São Paulo; j. 17.12.96, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; red.).

- "É correta a decisão de sustação cautelar do semi-aberto que está fundada não unicamente em impontualidade na reapresentação mas também, e principalmente, em nova condenação do condenado, na qual lhe foi fixado o regime fechado para início de cumprimento da sanção corporal imposta" (TACRIM-SP, 9.ª C.; HC 302.390/4, São Paulo; j. 05.03.97, v. u., Rel. Moacir Peres; red.).

- "É correta a sustação cautelar dos benefícios do regime semi-aberto até a apuração de notícia de falta grave e posterior decisão definitiva, devendo-se reconhecer que o Juízo das Execuções tem e deve ter o poder cautelar de, em benefício da disciplina interna do presídio, determinar o recolhimento provisório do reeducando suspeito do cometimento de infração disciplinar, em regime mais severo. Nesse sentido, a lição de Mirabete: *a providência é indispensável nas hipóteses em que o fato a ele atribuído por si mesmo revela que há um comprometimento sério à execução, como as hipóteses de planos de evasão, de motim, de outras problemas disciplinares graves, etc.* (Execução penal, Atlas, 5.ª ed., p. 300). Ademais disso, lembra o referido autor que o art. 11 da Lei Estadual de São Paulo 1.819, de 30.10.78, já previa a sustação provisória do regime como medida para evitar a fuga do condenado e preservar a disciplina interna. Logo, a medida não apresenta qualquer violação à lei ou à Constituição, consoante se tem decidido (RJDTACRIM/SP 22/436)" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 1.051.479/0, São Paulo; j. 09.04.97, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

nhuma dúvida porém que a medida não se justifica quando há notícia de simples atraso de três dias na reapresentação de saída temporária, com o sentenciado logo apresentando-se ao Juízo da Execução antes que a ocorrência a este tivesse sido comunicada, exibindo documentos para justificar o atraso cuja validade há de ser apreciada no bojo do 2º procedimento administrativo que se determinou instaurar. O retorno *sponte propria*, poucos dias após a falta, revela, quando menos, arrependimento e desejo de se reincorporar ao cumprimento da pena, circunstância que não se pode deixar de levar em conta" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 1.029.609/8, São Paulo; j. 11.12.96, v. u., Rel. Aroldo Viotti; red.).

- "O art. 5.º, LV, da CF assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, assim como o art. 59 da LEP informa que na apuração das faltas disciplinares deve ser observado o direito de defesa. Tratando-se de sindicância onde o depoimento do condenado e a inquirição de testemunhas foram tomados sem a presença de defensor, não se está facultando ao condenado a assistência jurídica, que é direito de todo preso (art. 5.º, LXXIV da CF e art. 3.º, item 7, da LEP), e que constitui extensão do princípio da ampla defesa. Ora, expediente administrativo que sequer observou as garantias individuais da Carta Magna, e que ainda não foi alvo de renovação no Juízo da Execução, não pode ser tomado como base para a cassação de direitos adquiridos pelo preso ao longo da execução de suas penas. *Mutatis mutandi*, seria o mesmo que se condenar alguém à luz dos elementos coligidos em inquérito policial, sem que haja o desencadeamento da ação penal, com as garantias do contraditório. Impõe-se, pois, por absoluta falta de elementos válidos que permitam concluir, ao menos por ora, pelo real cometimento de falta disciplinar, a revogação do r. decisório guerreado, que determinou a sustação cautelar do regime semi-aberto anteriormente deferido ao paciente, o qual deverá ser reconduzido ao *status quo ante* até que, em regular procedimento, seja constatada a real necessidade de regressão para o regime fechado. Assim, é de ser deferido o *habeas corpus*, a fim de revogar a decisão que decretou a sustação cautelar do regime semi-aberto anteriormente concedido ao paciente, o qual deverá

24.3.2 Impossibilidade

- "Muito embora a construção pretoriana venha admitindo sustação cautelar do regime prisional semi-aberto, cujas regras foram violadas em razão de falta disciplinar grave, ne-

ser reconduzido a tal modalidade prisional, até que, em regular procedimento, seja constatada a real necessidade de regressão para o regime fechado" (TACRIM-SP, 13.^a C.; HC 298.646/2, São Paulo; j. 07.01.97, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.).

24.3.3 Prazo de vigência

Nota: relevante sim é a tese da afirmação de prazo para a vigência da sustação cautelar, prazo este que começará a escoar após a recaptura ou da data da decisão (caso a recaptura seja anterior a ela), mesmo porque começam a surgir julgados que avançam por esse lúcido caminho, inclusive havendo aqueles que invocam, por analogia plenamente justificada, os 81 dias da prisão cautelar do processo de conhecimento, assim como vêm surgindo ainda muitos julgados onde a preocupação genérica com o prazo excessivo de vigência da sustação cautelar está, de qualquer forma, acentuadamente presente. Aquele prazo de 81 dias, de qualquer modo, afigura-se de todo razoável e se impõe a outras propostas mais exíguas, mesmo porque o incidente de regressão, ao menos em tese, não se esgota necessariamente na oitiva do condenado, podendo eventualmente comportar até mesmo certa dilação probatória que lhe consuma algum dispêndio. Aliás, acrescenta-se que essas dilatações probatórias podem, e comumente o são, ser iniciativa do Ministério Público e do próprio Juízo. Lamentavelmente, as comunicações de prisões costumam retardar por longos meses a completa definição da situação processual do preso que, evadido, acabou adiante recapturado, inclusive prejudicando o andamento dos demais pedidos ou incidentes do processo de execução, não havendo — como lastimavelmente não há como deixar de reconhecer — maior empenho das autoridades administrativas em comunicar essa prisão em tempo rápido.

Questiona-se, ainda, a largura do prazo à luz do Pacto de San José. Ora, por mais reduzida que fosse a excursão que se fizesse no direito comparado que se construiu à luz desse texto, certamente seus frutos seriam menos empolgantes que aqueles que assim se deseja extrair: mesmo aquelas Nações que melhor representam tão dignas preocupações têm denominado de "razoável" um prazo bem mais longo do que aquele aqui sugerido de 81 dias. Nesse

contexto, podemos dizer que o Brasil, através da jurisprudência, avançou para limites ainda mais lúcidos do que os impostos pelo referido texto. Antes mesmo, podemos afirmar a timidez desses instrumentos internacionais no tema agora proposto.

- "Se o regime semi-aberto favoreceu o cometimento de falta grave ou facilitou a fuga, deve o juiz, usando seu poder geral de cautela, determinar a regressão provisória do preso ao regime fechado, instaurando então o procedimento de regressão que, à falta de regulamentação legal, por invocação analógica da jurisprudência firmada em processos de conhecimento de réu preso, deve ser encerrado em até 81 dias. Decorrido esse prazo, caso ainda não decidida a regressão, torna-se irregular a persistência da medida cautelar, caracterizando-se constrangimento ilegal passível de *habeas corpus* para que o preso volte ao semi-aberto, onde deve então aguardar, sem prejuízo dos benefícios a que tenha direito, eventual decisão quanto à regressão pela falta grave cometida" (TACRIM-SP, 4.^a C.; HC 262.252/0, Santos; j. 20.09.1994, v. u., Rel. Figueiredo Gonçalves; red.).

- "Tendo havido evasão do semi-aberto, com sustação cautelar desse regime já decretada, seguida de recaptura há longo tempo, com efeito não pode o condenado ficar aguardando, indefinidamente, sua oitiva na sindicância instaurada para apurar eventual falta grave, não se admitindo sofrer ele as consequências da injustificável demora carcerária, à qual não deu causa. Assim, de rigor a procedência do *habeas corpus*, para o fim de se determinar o retorno imediato do condenado ao regime semi-aberto, onde deverá permanecer até que o digno magistrado da Vara das Execuções Criminais decida o incidente de regressão instaurado. Todavia, caso já tenha sido ouvido o condenado e eventualmente determinada sua regressão de regime prisional, obviamente esta presente determinação nenhum efeito deve produzir" (TJSP, 2.^a C. Crim. de Férias; HC 183.813-3/8, São Paulo; j. 26.07.95, v. u., Rel. Devienne Ferraz; red.).

24.3.4 Oitiva prévia das partes ou do condenado: desnecessidade

Nota: ao contrário do que detectado por alguns julgados, em louvor ao contraditório

processual há necessidade imperiosa de oitiva prévia das partes antes que o Juízo da execução delibere a respeito da sustação cautelar do semi-aberto. A simples *cautelaridade* por si apenas não desobriga o Juízo de zelar pelo contraditório que, enquanto regra, deve ser observado também nessas hipóteses. As medidas cautelares apenas podem ser decididas sem a oitiva prévia das partes quando essa oitiva, em si mesma, pode colocar em risco o sucesso da própria medida: tal, via de regra, não é o caso dessas sustações cautelares que, portanto, reclamam aquela oitiva antecedente, sob pena de nulidade da decisão.

- “Não há que se falar em ofensa ao contraditório ou à ampla defesa na sustação cautelar do semi-aberto, na medida em que, sendo a providência regressiva de caráter provisório, está ela inserida dentro do poder de cautela do juiz, o que autoriza seja exarada tal decisão sem a prévia oitiva das partes” (TACRIM-SP, 9.^a C.; HC 302.390/4, São Paulo; j. 05.03.97, v. u., Rel. Moacir Peres; red.).

- “Desnecessária a oitiva prévia das partes para a prolação de decisão que susta provisoriamente o regime semi-aberto, ante a notícia de fuga do estabelecimento prisional em que se encontra o condenado. Impossível também a oitiva prévia do condenado para a prolação de decisão que susta provisoriamente o regime semi-aberto, ante a notícia de fuga do estabelecimento prisional em que se encontra o condenado, eis que foragido e em local ignorado, mesmo porque a regressão definitiva eventualmente só será efetivada com a sua recaptura e sua oitiva preliminar, em regular sindicância” (TACRIM-SP, 9.^a C.; Ag. Exec. 1.051.479/0, São Paulo; j. 09.04.97, v. u., Rel. Lourenço Filho; red.).

cessual inequívoca que deve ser satisfeita pelo Juízo da execução (LEP, art. 118, § 2.^o), não havendo base para as chamadas regressões diretas que se fundamentam, quando o caso, na ausência do condenado foragido: nesses casos, necessário aguardar a recaptura e, então, dar início ao incidente de regressão.

- “Mesmo em caso de evasão, é inadmissível a regressão direta do sentenciado do regime semi-aberto para o fechado, sem que seja ele previamente ouvido, nos termos do art. 118, § 2.^o, da LEP. A decisão que determina a regressão sem essa oitiva é nula porque prematura, já que, enquanto o condenado está foragido, o Juízo pode e deve aguardar a recaptura. Além disso, é nula também porque o legislador introduziu, no incidente de regressão, o princípio do contraditório, cujo respeito não encontra impecilho na circunstância de estar foragido o sentenciado, mesmo porque, conforme precedente jurisprudencial, a audiência do condenado não significa sua oitiva pessoal, e sim intimação para justificação de sua conduta, o que pode ser feito por seu advogado, podendo aquele, se em local incerto e não sabido, ser também intimado por edital: o importante não é sua presença física na audiência, mas sim que se lhe ofereça a oportunidade de defesa ou justificação. Portanto, é de ser concedida a ordem para anular a decisão que determinou a regressão direta sem observar o contraditório, devendo outra ser prolatada com obediência aos trâmites legais, mesmo porque a evasão constitui falta grave que autoriza a sustação provisória do regime semi-aberto, não só em prol da disciplina prisional, como também como impedimento para que o reeducando, retornando às condições anteriores, empreenda nova fuga” (TACRIM-SP, 13.^a C.; HC 287.560-3, São Paulo; j. 05.03.1996, v. u., Rel. Lopes da Silva; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 297.041).

24.4 Procedimento de regressão

24.4.1 Oitiva pessoal do condenado: necessidade

Nota: o procedimento de regressão exige sempre a oitiva em Juízo do condenado, a qual não pode ser suprida pela simples oitiva de seu Defensor ou, menos ainda, por manifestação escrita do condenado. Trata-se de garantia pro-

24.4.2 Manifestação escrita do condenado: inadmissibilidade

- “Tendo havido evasão do semi-aberto, não se admite a regressão direta do condenado ao regime fechado, sem sua oitiva judicial e diante da simples apresentação de seus motivos de próprio punho. No caso, a oitiva judicial é obrigatória antes da determinação da regressão (LEP, art. 118, § 2.^o) e, sobre essa obrigatori-

idade, já se manifestaram a doutrina (Júlio Fabbrini Mirabete, *Execução penal*, 5.ª ed., São Paulo, Atlas, 1992, p. 229) e a jurisprudência do C. Tribunal de Justiça de São Paulo (HC 100.566 em RT 666/302) e deste E. Tribunal de Alçada Criminal (HC 231.742/4 em RJDTACRIM 16/181)" (TACRIM-SP, 9.ª C.; HC 295.534/9, São Paulo; j. 16.10.96, v. u., Rel. Moacir Peres; red.).

24.4.3 Decisão judicial e condenação criminal: autonomia

Nota: a boa cautela aconselha que, nessas hipótese, se aguarde a decisão criminal condenatória transitada em julgado, embora rigorosamente tal não seja estritamente necessário: de qualquer forma, havendo decisões contraditórias (regressão pelo Juízo da execução e absolvição no processo criminal correspondente) não há como ser mantida a regressão que, desse modo, deve ser revista pelo próprio Juízo da execução.

- "A prática de novo crime constitui motivo para a revogação da prisão albergue, independentemente do aguardo de eventual nova condenação" (TJSP, 1.ª C.; HC 30.690-3, Assis; j. 10.09.1984, v. u., Rel. Marino Falcão; RT 593/339).

24.5 Controle do mérito por "habeas corpus": inadmissibilidade

Nota: o *habeas corpus* apenas poderia ser empregado, em se tratando de regressão de regime prisional, para o controle de sua legalidade estrita.

- "O HC não se presta para atacar decisão judicial referente a regressão de regime prisional, por depender de aprofundado exame de provas" (STJ, 5.ª T.; RHC 3.722-9; j. 29.06.1994, v. u., Rel. Flaquer Scartezini; DJU 15.08.1994, P. 20.343; Bol. IBCCrim 20, set. 1994, p. 67).

- "Não é de ser conhecido o pedido de *habeas corpus* que aponta como constrangimento ilegal decisão do Juízo da execução que regrediu o paciente ao regime fechado por prática de falta grave. Expresso e elementar é o art. 194 da LEP ao estabelecer que o procedimento correspon-

dente às situações previstas nesta lei será o judicial desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução e das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo (LEP, art. 197). Recomenda Mirabete em seus comentários à LEP que *As questões relativas à execução da pena que demandam incontestável exame de prova, por envolverem aspectos objetivos e subjetivos, impedem que não concedam benefícios por via do 'habeas corpus'* (5.ª ed., Atlas, p. 460, *in fine*). É o caso da regressão quando não houve interposição de recurso de agravo, não se antevendo nenhuma outra pretensão que fosse suscetível de constrangimento ilegal por parte do Juízo a ser resolvida pelo *mandamus*, não se conhecendo, portanto, da ordem impetrada" (TJSP, 1.ª C. Crim. Férias; HC 210.961-3/2, São Paulo; j. 23.07.96, v. u., Rel. Raul Motta; red.).

25. Permissão de Saída

25.1 Competência administrativa para concessão

Nota: a competência para autorização de permissão de saída é do Diretor do estabelecimento prisional. Contudo, em vista do princípio da jurisdicionalização da execução penal, eventuais litígios daí decorrentes podem e devem ser conhecidos pelo Juízo da execução.

- "*Permissão de saída para tratamento médico*. Pedido para saída de preso a fim de submeter-se a tratamento médico. Competência do Diretor do Presídio (LEP, art. 120, par. ún.). *Writ não concedido*" (STJ, 6.ª T.; HC 2.090-1, Goiás; j. 24.08.1993, v. u., Rel. Adhemar Maciel; DJU 13.09.1993, p. 18.597; *apud* TORON, Alberto Zacharias; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; Ementário de Jurisprudência; *Revista Brasileira de Ciências Criminais*; São Paulo, *Revista dos Tribunais*; ano 1, n. 4, out.-dez. 1993; p. 183).

26. Saída Temporária

26.1 Beneficiários: presos no regime semi-aberto

Nota: já a competência para autorização da saída temporária recai diretamente sobre o

Juízo da execução, podendo ser beneficiário o preso que se encontre formalmente sob o regime semi-aberto (ainda que indevidamente recolhido em estabelecimento de regime fechado). Da mesma forma, é admissível a saída temporária em questão ao preso que se encontre em regime aberto, na versão de prisão albergue domiciliar.

- “O sentenciado só pode ser autorizado e, excepcionalmente, freqüentar curso superior quando se encontrar no regime de prisão semi-aberta” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ap. 30.888-3, São Paulo; j. 04.02.1985, v. u., Rel. Diwaldo Sampaio; RT 595/313).

27. Remição

27.1 Na pena por crime hediondo ou assemelhado

Nota: não há qualquer restrição à aplicação da remição em vista da natureza dos delitos cometidos, inclusive quando se tratar de delitos afetados pela qualidade da hediondez.

- “Não existe na Lei 8.072/90 qualquer restrição à possibilidade do sentenciado obter remição de pena em decorrência de dias trabalhados. Se a intenção do legislador fosse a de impedir a obtenção do benefício em questão, isto estaria expressamente previsto no questionado diploma legal” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 152.690-3; j. 07.03.1994, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; Bol. IBCCrim 19, agosto 1994, p. 62).

27.2 Impossibilidade de trabalho por causa administrativa: indeferimento

Nota: entendemos ser incabível a remição de penas pelo trabalho quando o mesmo não está sendo prestado por deficiências administrativas. Trata-se de um direito do condenado, porém há necessidade que esse direito esteja sendo efetivamente exercido por seu titular, não podendo a disposição para o trabalho ser pressuposta.

- “Não é possível retirar da conhecida falta de sintonia entre a legislação atinente à execução penal e o sistema carcerário existente

o direito à remição ante o fato de o presídio, onde se encontra, não dispor de qualquer condição para tanto, cabendo antes, atentar que é o condenado que está em débito com a sociedade e, por isso, deve arcar com todas as consequências de sua conduta delinqüencial, inclusive com aquelas que lhe decorrem à conta de eventuais falhas e lacunas da estrutura penitenciária atual” (TJSP, 3.^a C. Crim.; Ag. 187.892-3, Barretos; j. 04.09.1995, v. u., Rel. Gonçalves Nogueira; Bol. IBCCrim 38, fev. de 1996, p. 128).

27.3 Natureza e jornada do trabalho

Nota: o regime legal de jornada de trabalho, bem como sua natureza, tem cunho meramente indicativo, podendo assim serem eventualmente alterados em vista de circunstâncias e necessidades específicas do estabelecimento: necessário aqui compreender as finalidades do instituto que, por força de casualidades próprias, não deve ser inviabilizado por conta de uma compreensão meramente formalista dos aplicadores e operadores da lei penal. Da mesma forma, embora a LEP tenha incorrido no imperdoável erro de buscar expurgar o trabalho artesanal, o certo é que se trata de ocupação intensamente favorável ao próprio processo de libertação do condenado, independentemente da localização turística ou não do estabelecimento: o artesanato impõe um regime e uma disciplina trabalhista bastante louváveis, além do que normalmente habilita o condenado a um desempenho profissional independentemente de uma relação de emprego sempre difícil de ser obtida quando de sua libertação. Logo, também não há sentido em certa tendência jurisprudencial de recusar a remição quando se trata de trabalho artesanal que, antes, deve ser incentivado pela Administração prisional.

- “É de ser concedida a remição de penas mesmo quando a jornada de trabalho é inferior a 6 horas pois, quando o regime de prestação de serviços no estabelecimento prisional é de 4 horas diárias, não pode o condenado subverter o sistema e exigir prestação superior, já que assim estaria comprometendo o regular funcionamento do organismo. Assim, não é o condenado quem contribui, com eventual desídia ou má-vontade, para essa prestação reduzida. Ao contrário, obedece ele às ordens emanadas

da direção e não pode vir a ser prejudicado em seu pedido de remição" (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 116.406.3/5, São Paulo; j. 07.01.92, v. u., Rel. Renato Nalini; red.).

27.4 *Comprovação: forma*

Nota: tema sempre polêmico diz respeito à comprovação do desempenho trabalhista do preso para fins de remição, sendo normalmente exigidos atestados ou relatórios circunstanciados, indicando as datas em que houve o comparecimento no trabalho, jornada e sua natureza. Alguns estabelecimentos pouco aparelhados não têm o costume de lavrar tais registros, acabando por fornecer dados insuficientes para que o Juízo aprecie o mérito do pedido de remição: a omissão é de todo injustificável e suas responsabilidades devem ser apuradas devidamente.

Outra linha de problemas surge nos trabalhos externos autorizados no semi-aberto: de qualquer modo, é imprescindível que a Autoridade administrativa tenha efetivamente meios de fiscalização da realização do trabalho pelo preso, não bastando que ateste ou relate a simples saída do estabelecimento em certo horário e seu retorno subsequente. Nesses casos, admissível é a conversão do pedido de remição em diligência para que a Autoridade administrativa informe quais são as medidas de fiscalização concretamente empreendidas para que, assim, possa haver garantias quanto à efetiva realização do trabalho proposto.

- “Defere-se a remição de penas quando, em princípio, os atestados exibidos pelo interessado, emanados da direção do IPA, preencham os requisitos legais, sendo até minuciosos ao mencionarem os dias em que o convicto efetivamente trabalhou. Se alguma dúvida tem a Justiça Pública, pode ela, nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público, empreender diligências e até oferecer denúncia contra possível emitente de fato atestado. O que não se pode, nem se deve, é procrastinar apreciação de requerimentos formulados por presos que apresentam documentos que, em princípio, comprovam trabalho executado” (TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 86.281-3, São Paulo; j. 26.03.1990, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; red.). No mesmo sentido: TJSP, 2.^a C. Crim.; Ag. 91.057-3, São Paulo; j. 10.07.1990, v. u., Rel. Ângelo Gallucci.

27.5 *Oitiva prévia das partes*

27.5.1 *Necessidade*

Nota: ambas as partes devem ser ouvidas antes da decisão de remição, cabendo a oitiva do MP quando o pedido, devidamente instruído, já está subscrito pela Defesa do condenado. Obviamente, cabe que se lhes abra a oportunidade de manifestação, devendo elas se posicionarem desde logo também quanto ao mérito, sob pena de admitirem seu julgamento imediato pelo Juízo.

- “Os arts. 67 e 126, § 3.^o, da LEP tornam obrigatória a oitiva do MP quanto ao mérito do pedido de remição de penas, sem o que é nula a decisão judicial que o defere” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 194.549-3/8, São Paulo; j. 14.03.1996, v. u., Rel. Pereira da Silva; dtj; 1.^a inst.-VEC/SP 347.009; red.).

27.5.2 *Desnecessidade*

- “Rejeita-se preliminar de nulidade fundada na inexistência de manifestação do MP sobre o mérito do pedido de remição de penas quando, reiteradamente, lhe foram abertas vistas para tanto, inexistindo, conforme precedentes desta Câmara, violação de seus direitos ou equívoco quanto a sua função fiscalizadora. Se a LEP concede ao promotor requerer providências, também impõe ao juiz deferir ou não tais requerimentos, sem o dever de com eles sempre concordar. Quando o promotor, embora tendo a oportunidade de fazê-lo, prefere não se manifestar quanto ao mérito, não pode depois alegar cerceamento de direitos, já que, no mínimo, estaria alegando nulidade a que deu causa” (TJSP, 6.^a C. Crim.; Ag. 126.271-3/6, São Paulo; j. 02.09.1992, v. u., Rel. Luiz Betanho; red.; 1.^a inst.-VEC/SP 113.489).

28. *Falta Grave e Perda da Remição (127)*

28.1 *Possibilidade*

Nota: cabe recordar que, desde longevos anos, a jurisprudência vem sendo absolutamente uniforme no sentido de que a prática de falta grave pela pessoa presa acarreta a perda dos dias

remidos até a data de sua ocorrência, tenham ou não sido eles assim declarados por decisão judicial. Como fundamento próximo para essa postura, aponta-se o art. 127 da LEP e, como seu fundamento remoto, a prática de falta disciplinar de natureza grave. Realmente, ao longo dos anos tal postura, em sentido geral, veio encontrando tal resposta na jurisprudência dos Tribunais, alcançando, com poucas exceções, o patamar de questão razoavelmente pacífica. Ao mesmo tempo, encontra-se em manuais de execução penal o mesmo posicionamento, embora haja ocasião em que consagrados autores do mercado editorial brasileiro se fundamentaram enganadamente em suas fontes informativas, invocando erroneamente o direito comparado (mais propriamente o direito espanhol) que, bem ao contrário, não apenas não acompanhava a solução de nosso legislador como, a rigor, a ela estava frontalmente oposto. Questionar até que ponto os estudiosos convocados para a elaboração do projeto que desaguou na LEP não incorreram no mesmo engano, mal emprestando do direito espanhol um instituto muito diferenciado do que aquele adotado nesse art. 127 (praticamente seu oposto), é um tema que, por ora, apenas podemos deixar em aberto, embora haja muitas indicações de que isso realmente tenha sido o que ocorreu.

Em síntese, essa posição lastreava-se na inevitabilidade de não poder negar vigência à norma legal em tela que, enquanto lei ordinária depurada por um rico processo de elaboração acadêmica e após política, não poderia ser simplesmente recusada pelo Poder Judiciário: não ao menos enquanto não garimpados fundamentos ainda maiores no Direito vigente. Abriu-se assim a *pesquisa dos argumentos*, já que a todos espantava – dissessem-no ou não às claras – a solução legal do art. 127 da LEP, instituto ao qual não se pode recusar, como também adiante veremos, um caráter rigorosamente *sui generis*, sem igual em qualquer outro no mundo da execução penal (quicá mesmo em qualquer ambiente do Direito moderno) e que, à luz da razão e da sensibilidade, trazia o grave aroma de sua insustentabilidade jurídica e filosófica.

De primeiro plano, ficava por ser frísada uma diferenciação ontológica entre as demais consequências da falta grave no processo de execução penal – dentre as quais se ressalta a regressão de regime prisional – e a perda dos dias remidos: nesta, à diferença de todas as demais, presente-

se a retirada de algo que já estava desde há muito dado pelo ordenamento, às vezes depois também por decisão judicial, ao preso que apenas adiante se fez infrator. Enquanto as outras respostas lançam-se apenas em direção ao futuro da execução, tão somente ajustando-a a uma nova realidade que se apresenta e assim reclama por imperativos lógico-sistêmicos, o art. 127 da LEP embute uma ação sobre o próprio passado, fulminando relações já estabelecidas sob um ambiente histórico que as justificava e querendo, sobretudo, reordenar relações respaldadas em expressas garantias legais e não raro ainda jurisdicionais que, por seu turno, se fundamentaram sob a iluminação de princípios inequívocos da ordem vigente. Nesse contexto, podemos dizer que havia no ar um grave aroma de insustentabilidade do instituto, percebido em maior ou menor medida por todos aqueles operadores que, com um mínimo de sensibilidade, se debruçavam sobre a execução penal.

Estávamos assim às voltas com uma medida magnificamente, puramente retributiva e, portanto, contaminada por sua completa ausência de racionalidade e contraposta, sem dúvida, ao caráter eminentemente educativo e libertador que, à vista dos demais institutos, deve sempre inspirar as respostas aos eventos tidos por infracionais. A imposição do art. 127 da LEP não desaguava, como os demais institutos, em uma reordenação do processo de execução a uma nova realidade e, muito menos, tinha como ser sustentada por qualquer fundamento de caráter educativo: antes, sempre foi exuberantemente sancionatória, pura e simplesmente (embora muitos não alcançassem então a percepção dessa qualidade). Não era de caráter racionalizante, já que em nada contribuía para o curso subsequente do processo de execução penal; não era pedagógica, já que desestimulava claramente a perseverança no trabalho prisional. Sua coloração, portanto, sempre foi a de um instituto exclusivamente retributivo e, como tal, havemos de tomar o termo no seu pior comprometimento clássico, na leitura meramente fragmentária da construção kantiana de pena enquanto, e apenas enquanto, resposta (justa?) ao cometimento de uma infração. É, pois, o retorno ao primado do pleno irracionalismo, com a desistência de integrar na pena fundamentos inteligentes e dá-la, tão-somente, como resposta a imprecisos, insustentáveis e impenetráveis argumentos de supostos anseios coletivos da pena-sanção.

Sobretudo, surgiu então, ainda que a princípio sussurrante, a séria convicção de que o art. 127 da LEP era insustentavelmente iníquo, perverso, grosseiro: tudo o que de mais podemos lastimar nesses adjetivos é exatamente a nossa incapacidade de não os haver vislumbado antes. A “perversão” do instituto decorre de sua capacidade de desdizer a ordem anterior que se respaldava, como vimos, em sólidos fundamentos legais, filosóficos e jurisdicionais, trazendo ainda séria imprecisão ao cómputo da pena ao repor dias remidos antes tidos, em tudo e por tudo, como pena propriamente extinta. Sua “grosseira” se compõe por seu tom dissonante da melodia moderna que contamina os demais institutos da execução penal, todos inspirados em ricos princípios humanizantes e voltados para o emprego inteligente das penas e para sua exata adequação à pessoa que a suporta. Finalmente, sua iniquidade merece tratamento à parte, como veremos a seguir, pois sem dúvida constitui a qualidade mais grave da triste solução legal.

Um mínimo de experiência jurisdicional com o tema basta para sensibilizar a dificuldade que representa, para a pessoa presa, alcançar a remição de penas pelo trabalho. Nossa sempre calamitosa realidade prisional hoje não ensina práticas *laborerápicas* tais como aquelas comumente cogitadas e, sequer, revestidas com a qualidade de trabalho minimamente remunerado e, muito menos, voltadas ao desenvolvimento de aptidões profissionalizantes idôneas. Antes, inicia-se para a pessoa presa a luta para conquistar um espaço nas vagas de trabalho do estabelecimento, nem sempre disponíveis para todos, pese embora o esforço verdadeiramente digno de muitas Diretorias para criar esses valiosos postos, com meios quase nulos. Não raramente nos deparamos com casos de pessoas presas que esperaram anos para obter uma vaga de trabalho no estabelecimento onde estão recolhidas, sem que se lhe possa imputar um centímetro de responsabilidade por essa abstinência. Finalmente obtida a almejada vaga, passa-se ao enfrentamento de uma rotina degradante: semanas, meses, anos na montagem de dezenas e dezenas de milhares de pregadores de roupas; no bordar de centenas de panos de prato, na costura de centenas e centenas de bolas de couro, repetidamente, maniqueistamente, na indiferenciada automação das mãos, da própria Vida, na mesmice do tempo. Ademais, a maratona de obter a remição

judicial de dias da pena, através de procedimentos burocráticos que se arrastam indefinidamente. Obtida afinal a remição, sobrevém então a falta: um fato, um momento, um instante mais grave (ou gravíssimo: a lei não diferencia) e perde-se tudo: semanas, meses, anos de espera, de paciência, de submissão a um mundo cristalizado. Perde-se às vezes uma dúzia de dias; quem sabe centenas; outras vezes, perde-se quantidades que raiam o milhar de dias, como tão comumente já se viu em julgados de todo o País.

A iniquidade surge quando se percebe — quando finalmente se percebe — que não se trata de afirmar que o “bom” se tornou “mau” (como bem se pode dizer à vista do fenômeno da regressão de regime), mas sim de dizer que o “mau” fulminou o próprio “bom”, o que é bem mais do que um simples jogo de palavras. A falta, qualquer que seja ela, não tem a mesma substância da remição antes conquistada e, nesses termos, não são reciprocamente compensáveis, não guardam entre si qualquer relação minimamente demonstrável e minimamente garantida de intercambiamento. E, nesse sentido específico, segue o iníquo art. 127 da LEP contra toda a corrente educativa do ordenamento penal, cujo postulado básico é o de preservar os valores positivos da conduta humana, mesmo quando esses valores se contrastam ou surgem no curso de fenômenos ilícitos, garantindo-lhes, sempre, sua exata e conclusiva repercussão (pense-se, por exemplo, em todo o sistema de atenuantes genéricas e de figuras privilegiadas previstas em nosso Código Penal; pense-se, afinal, na profunda sabedoria do art. 59, *caput*, desse mesmo texto, onde o legislador faz a garimpagem e a microscopia do homem e do fato). Antes, à vista de uma falta grave, o ordenamento haveria, para manter sua coesão sistêmica, de ponderar em favor do agente a evidência de haver ele trabalhado anteriormente, com o que a resposta à falta seria certamente um produto mais enriquecido.

• E mais! Percebia-se ainda a absoluta ausência de proporcionalidade entre a prática de uma falta disciplinar e a perda dos dias remidos, cuja quantidade há de ser sempre inexata, casuística, circunstancial: aqui, o castigo (pois de castigo estamos tratando, já que a medida é puramente retributiva) atinge mais aquela pessoa presa que ostenta um histórico carcerário melhor enriquecido com um maior número de dias antes

remidos. Deparamo-nos, portanto, com uma completa e realmente única inversão de valores e critérios, pois exatamente aquele preso que mais trabalhou, e que portanto mais remiu, é aquele que sempre acaba sendo mais castigado, suportando perdas mais pesadas. Não são nada incomuns os casos de uma mesma falta praticada conjuntamente por dois ou mais sentenciados: ao castigar qualquer deles, o art. 127 da LEP estranhamente determina que se procure o de maior mérito, com maior número de dias trabalhados, para que este sofra, em comparação com os demais, a pena mais gravosa. Nesses casos, temos então uma mesma falta e duas ou mais penas divergentes, sendo maior aquela imposta ao preso de vida e de conduta menos censuráveis. É certo que integra a experiência de vida a máxima de que sempre mais perde aquele que mais tem: porém o nosso Direito Penal não é feito de máximas mas, sim, de princípios de vida. Tais princípios de vida não frutificam nos critérios quantitativos que ditam as máximas, sendo antes alimentados por fundamentos qualitativos de diferenciação, o que, aliás, é obrigação de um Direito Penal que se pretende minimamente racional porque, afinal, vocacionado para ser racionalizante.

Em maior ou menor medida, é certo que esse aroma de sua iniquidade incomodava a todos os que se debruçavam sobre o tema: uns o percebiam desde o primeiro contato; outros, até pouco tempo atrás, não o vislumbravam com plena clareza, invocando a qualidade pedagógica para um instituto que, a rigor, era o próprio avesso de qualquer pedagogia e esquecendo-se – infelizmente esquecendo-se – que a imanência puramente retributiva da medida não lhe possibilitava qualquer sobrevida lúcida. Impunha-se, portanto, a reflexão redobrada; a recontagem dos aspectos; o retorno em busca das origens e do que mais pudesse estar enraizado e escondido no calor úmido da terra.

Esboçava-se então a vocação trabalhadora da jurisprudência.

28.1.1 Casuística

- “A prática de falta disciplinar grave, reconhecida por ato administrativo correto, proporcional, conveniente e oportuno, acarreta a perda do tempo de pena remido” (TJSP, 5.^a C. Crim.; Ag. 169.201-3/2, São Paulo; j. 30.03.1995, v. u., Rel. Cardoso Perpétuo; red.).

- “É válido o procedimento disciplinar que apurou falta grave praticada pelo preso, gerando em consequência a perda dos dias até então remidos pelo trabalho, quando o mesmo foi cientificado da imputação e concordou com a nomeação de defensoria dativa para assisti-lo no procedimento. No dizer de Júlio Mirabete, *é evidentemente necessário que o condenado deve ser previamente cientificado da infração que lhe é atribuída para que possa preparar a sua defesa e, ao menos no caso de apuração de faltas graves, que se utilize, se assim o desejar, da assistência jurídica do estabelecimento (Execução Penal, Ed. Atlas, 1987, p. 177)*. Outro não é o entendimento de Sérgio Pitombo: *A subseção V, derradeira, institui o procedimento administrativo disciplinar. Ao fazê-lo, traça duas regras a se observarem no futuro Regulamento: direito de defesa do imputado, bem como a necessidade de motivo ou motivação, para o ato decisório, que sancione, ou não, o condenado ou o preso processual (art. 59 e par. ún. da LEP) (O Regime Disciplinar Especial dos Condenados. Artigo publicado no Jornal do Advogado, ano XII, Abril de 1988, n. 130, p. 8)*” (TACRIM-SP, 4.^a C.; Ag. Exec. 923.735/5, São Paulo; j. 20.06.1995, v. u., Rel. Passos de Freitas; red.).

28.1.2 Oitiva prévia do condenado:

Nota: aqui, à diferença do que ocorre quanto à regressão de regime prisional, a rigor a lei não exige a oitiva judicial do condenado para a decisão que decreta a perda dos dias remidos: havendo necessidade específica dessa oitiva, cabe à parte que a reclama demonstrá-la concretamente.

(a) necessidade

- “Em vista de fuga do semi-aberto, para a perda do tempo remido há necessidade de se inquirir previamente o faltoso, a teor da impositividade do verbo *dever* do art. 118 da LEP” (TACRIM-SP, 13.^a C.; HC 296.868/0, São Paulo; j. 12.11.96, v. u., Rel. Abreu Oliveira; red.).

(b) desnecessidade

- “Conquanto jurisdicionalizada a execução penal, não se pode deixar de reconhecer,

como, aliás, ocorre também na execução civil, que o juiz dispõe de poderes para agir de ofício, visando à reta aplicação da lei e à consecução dos fins desse processo de execução, a reeducação do sentenciado e a sua reinserção social em condições mais adequadas. Não se perca de vista, por sinal, que ao juiz cumpre zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança (LEP, art. 66, VI) e que o Juízo da execução é um dos órgãos da execução penal (LEP, art. 61, II). Ora, se comprovada a prática de falta grave ou crime doloso, a justificar a regressão de regime, e se tal prática acarreta, igualmente, a perda dos dias remidos, não se pode dizer que o Juízo tenha julgado *ultra petita*, ao decretar essa perda, sem que o Ministério Público deduzisse expressamente tal pretensão. E isto porque era obrigação legal do Juízo decretar a perda dos dias remidos, já que ao magistrado cumpria zelar pelo correto cumprimento da pena. Estes formalismos originários do direito romano não se compatibilizam com a dinâmica da execução penal, sem embargo de que, como é óbvio, prevalecem os mandamentos constitucionais. Tendo a defesa perfeito conhecimento de que o sentenciado praticou delito doloso e que pode sofrer as consequências jurídica de tal conduta, consequências entre as quais se acha a perda dos dias remidos, e sendo-lhe garantida sua manifestação nos autos após a oitiva do art. 118, § 2.º, da LEP, não pode ela alegar surpresa com a decisão final que, além de regredir o sentenciado, também decretou a perda dos dias por ele até então remidos, sendo assim regular a conduta do Juízo e não existindo nela qualquer constrangimento ilegal, denegando-se, portanto, a ordem agora reclamada" (TJSP, 5.ª C. Crim.; HC 218.696.3/0, São Paulo; j. 07.11.96, v. u., Rel. Celso Limongi; red.).

28.2 Impossibilidade

28.2.1 Vício formal do procedimento administrativo

Nota: primeiramente, registre-se certa linha de julgados que, por fundamentos próprios, cumpre igualmente o valioso papel de resistência à disposição do art. 127 da LEP. Aqui, à diferença das demais correntes (v. abaixo), os argumentos não estão centralizados mas microscopicamente dispersos. Já não se trata mais

de combater frontalmente a fórmula legal, mas de afastá-la casuisticamente com critérios firmes. Diante de hipóteses concretas, preserva-se os dias remidos por deficiências formais ou materiais na imputação da própria falta grave.

Desse modo, nesse grupo, encontramos de um lado um grande rol de julgados que mantêm os dias remidos por força de irregularidades formais ou deficiências na apuração da falta disciplinar pelo respectivo procedimento administrativo. O fundamento maior desses julgados, qual seja o direito constitucional à ampla defesa técnica em procedimentos dessa natureza, deflui de uma das grandes conquistas jurisprudenciais dos anos noventa no campo da execução penal brasileira, acabando por reformular antigas práticas viciadas, de forma que hoje podemos dizer que a presença da Defesa técnica nas sindicâncias administrativas é, depois de tantos fluxos e refluxos, uma realidade generalizada em todos os estabelecimentos prisionais da rede paulista (ainda que agora se abra o espaço para seu aprimoramento qualitativo). Mas, de outro lado, temos também nesse rol de julgados aqueles que ainda mais avançam, estabelecendo que o próprio mérito da solução administrativa pode e deve ser objeto de avaliação específica pelo Juízo para, apenas então, poder-se determinar suas consequências jurisdicionais, dentre as quais, obviamente, a perda dos dias remidos. Finalmente, e ainda nesse rol de julgados, temos aqueles que mesclam a recusa da solução legal seja por deficiência formal, seja por deficiência na avaliação do próprio mérito pela autoridade administrativa, fatores estes que, assim, fundamentam a não aplicação, pelo judiciário, da perda dos dias remidos.

Para todo esse conjunto de julgados, portanto, para que se possa cogitar da perda dos dias remidos é imprescindível que tenha ocorrido apuração regular da apontada falta grave, seja através de procedimento judicial com todas as garantias a ele inerentes, seja, quando o caso de falta diversa da evasão, através de sindicância administrativa que preserve todas as garantias do contraditório processual e da ampla defesa. Do mesmo modo, em sendo o caso de falta apurada através de sindicância administrativa, cabe ao Juízo da execução proceder a seu exame substancial, inclusive quanto ao mérito da solução administrativa para, apenas se realmente entender caracterizada falta revestida de

real e específica gravidade, declarar então a perda do tempo já remido.

Diante desse grupo, a rigor nada há para desconsiderar. Antes: tudo para aplaudir e muito para aprender. São lições sábias que, como não poderia deixar de ser e já é o momento de definir, entricheiraram-se seguras à sombra dos armamentos constitucionais. É certo que comportam restrições na medida em que não se prestam à fundação de uma solução global, já que sua natureza é incontornavelmente microscópica, todavia, no que têm de positivo, apontam com o dedo em riste para a CF onde, afinal, há de se buscar uma visão mais global de toda a nossa problemática. Mas também as lições dos outros grupos de julgados (v. itens abaixo) têm irrecusável ânimo de combate que não pode, e não deve, ser menosprezado. A sua maneira própria, cada um desses julgados traz consigo o repúdio à iniquidade com que se confronta; a percepção de que todo esse entristecido repertório não pode permanecer incólume. Em conjunto, bem exercitam o compromisso de filtragem sem o qual já não se pode falar em ação jurisdicional na sua mais exata, e mais digna, acepção. É, portanto, esse seu compromisso que deve ficar sempre fixado para que se possa, em passo seguinte, alcançar um enquadramento mais apurado de nosso tema.

- “Exclusivamente para fins de manutenção dos dias já remidos pelo trabalho, não subsiste a responsabilização administrativa do preso por falta grave quando apurada em sindicância meramente sumária, por decisão não devidamente motivada aplicada pelo diretor do presídio e não por seu conselho disciplinar, quando os mesmos fatos resultaram em absolvição criminal em Juízo por falta de provas” (TACRIM-SP, 5.ª C.; Ag. Exec. 711.905/7, São Paulo; j. 17.06.1992, v. u., Rel. Paulo Franco; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 145.709).

- “Compreende-se, até como imposição para poder gerir um Casa prisional complexa, com alta frequência e com problemas imensos e complicados – que a disciplina deva imperar como regra, talvez primeira. Sem a qual desborea qualquer administração presidiária. Também, e com igual ênfase indispensabilizante, a sumariedade das apurações administrativas de faltas disciplinares. Por certo o formalismo excessivo incompadecer-se com o

tramitar de faltas disciplinares ante, principalmente, à necessidade premente de soluções breves, por vezes imediata; no restabelecimento da ordem e como exemplo na coerção a reiteraões. Todavia, há um mínimo por obedecer. Tanto que afine com o senso íntimo de justiça, como que assegure ao detento a sensação de que se busque, com seriedade e consciência do justo, buscá-la. O sentido da observância do justo é essencial à sobrevivência do ser unitário, quando colocado em entidade plúrima; mais especialmente, em presídio. Essencialidade que vai, desde a insatisfação desconfortável, chegando à insurreição desesperada e culminando no desequilíbrio emocional e, ou, mental. É necessário que sejam tomadas as providências para o cabal esclarecimento do fato, em seus comemorativos, mediato e imediato. A decisão que aprecia eventual perda de dias remidos com base em sindicância que apurou falta grave deve considerar a suficiência formal da mesma e seu conteúdo de mérito: até então, sobrevive a remição” (TJSP, 4.ª C. Crim.; Ag. 126.563-3/9, São Paulo; j. 21.09.1992, v. u., Rel. Ary Belfort; dtj; 1.ª inst. 234.281; red.).

- “O art. 5.º, LV e LXXIV, da CF e os arts. 3, VII, e 59 da LEP asseguram o contraditório, a ampla defesa e a assistência jurídica ao preso, não podendo a remição de pena pelo trabalho, adquirida pelo preso ao longo da execução, ser cassada com base em sindicância administrativa que sequer observou tais garantias individuais” (TACRIM-SP, 13.ª C.; Ag. Exec. 903.081/5, São Paulo; j. 31.01.1995, v. u., Rel. Roberto Mortari; red.; 1.ª inst.-VEC/SP 314.604).

- “Perde os dias remidos pelo trabalho o preso que comete falta disciplinar grave, inexistindo nulidade no procedimento administrativo que a apurou quando garantiu o exercício do direito de defesa ao ouvir o sentenciado em depoimento, dando-lhe a oportunidade de prestar sua versão sobre os fatos” (TJSP, 6.ª C. Crim.; Ag. 172.596-3/0, São Paulo; j. 16.03.1995, v. u., Rel. Nelson Fonseca; red.).

- “A capitulação da autoridade administrativa não determina, automaticamente, a sorte da remição de pena, fazendo-o sim a ocorrência efetiva de falta grave reconhecida judicialmen-

te, pois, caso contrário, estar-se-ia atribuindo à administração penitenciária o poder de, indiretamente, reformar as decisões judiciais. Para a perda dos dias remidos, não basta ao juiz basear-se em procedimento administrativo que não preservou o direito de defesa, eximindo-se aquele de apreciar o mérito da questão, já que a decisão da Administração não vincula o Juízo que sempre poderá ou não declarar a perda do período remido, após procedimento em que se tenha assegurado o direito de defesa, se o caso iniciado de ofício" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 937.837/6, São Paulo; j. 31.05.1995, m. v., Rel. Samuel Júnior; tj 24.07.1995; red.).

• "O que é importante é que a decisão administrativa, proferida em sindicância para a apuração de falta disciplinar, fique sujeita ao crivo do Juízo das execuções criminais, para que dela decorram seus efeitos na execução. Assim, tal decisão administrativa, tomada com base em instrução sumária, sem a presença de defensor, embora válida dentro de seus limites, para a aplicação das sanções do art. 53 da LEP não pode vincular o Juízo, obrigando-o, sem mais, a decretar a perda dos dias remidos. Tal decisão, embora não possa discutir o mérito da punição, deve expressamente apreciar, fundamentadamente, a possibilidade de anulação do procedimento disciplinar, ou a inexistência de falta disciplinar. Esta é também a posição de Julio Fabbrini Mirabete, para quem *Não pode o magistrado discutir o mérito da punição disciplinar, cabendo-lhe apenas a anulação do procedimento disciplinar quando não obedecidos os dispositivos previstos pela lei federal ou local a respeito do seu processamento ou a inexistência de falta disciplinar* (Execução penal, Atlas, 5.ª ed., p. 321). Resumindo, anula-se a decisão judicial, acrescentando-se que a prova obtida pela Administração pode ser suficiente para a aplicação das sanções disciplinares, mas pode não o ser para sustentar a perda dos dias remidos, que é feita por decisão judicial" (TACRIM-SP, 16.ª C.; HC 293.966/6, São Paulo; j. 10.10.96, v. u., Rel. Assumpção Neves; red.).

28.2.2 Controle do mérito da responsabilização administrativa

Nota: v. nota anterior.

• "Tratando-se de sindicância administrativa para apuração de falta disciplinar de natu-

reza grave, a circunstância de ter sido o condenado inquirido sobre os fatos, por si e em face das características do caso, pode não bastar para que se possa ter como atendidos os princípios estabelecidos no art. 5.º, LV, da CF. De qualquer modo, não cabe porém, evidentemente, a revisão da sanção administrativa aplicada, mas, há necessidade de analisar os fatos ocorridos, para que se possa saber da justiça feita pela decisão judicial dela decorrente, isto porque compete ao Juiz, porque somente ele é que tem competência para dar a remissão ou tirá-la, apreciar os fatos que estão sendo noticiados pela autoridade administrativa e verificar se os pressupostos legais necessários foram observados. Não é a capitulação feita pela autoridade administrativa que tem o condão de, automaticamente, gerar a perda do período remido ou impedir a concessão de outros, mas, sim, a efetiva ocorrência de falta grave reconhecida judicialmente. Entender-se de forma diversa implica outorgar à administração penitenciária o poder de, indiretamente, reformar decisões judiciais. Portanto, para que uma falta grave possa ocasionar a perda prevista no art. 127 da LEP, mister se faz que haja o reconhecimento por parte da autoridade judiciária da ocorrência de tal circunstância. Isto significa que não pode o Juiz, com base em procedimento onde não haja sido assegurado o direito de defesa, pura e simplesmente, sem apreciar o mérito da questão e referindo-se exclusivamente à conclusão administrativa, declarar a perda de período remido. Ademais, o art. 194 da LEP estabelece que *o procedimento correspondente às situações previstas nesta lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução*, pelo que se verifica que não foi intenção do legislador outorgar à capitulação, feita em procedimento administrativo, da ocorrência de falta grave, a força de revogar decisões judiciais. E não se diga que tal poderia ser feito em benefício da disciplina interna, mesmo porque as autoridades administrativas sempre terão o poder de aplicar sanções, desde que consoante as disposições do art. 45, da mesma lei. Mas tal decisão não vinculará o Juiz, que poderá ou não declarar a perda do período remido, após procedimento em que tenha sido assegurado o direito de defesa e que poderá, se for o caso, ser iniciado de ofício, em face do contido no art. 195" (TACRIM-SP, 9.ª C.; Ag. Exec. 937.837/6, São Paulo; j. 31.05.1995, m. v., Rel. Samuel Júnior; tj 24.07.1995; 1.ª inst.-VEC/SP 177.049; red.).

• “Tratando-se de sindicância administrativa para apuração de falta grave consistente em desrespeito a funcionário, e sempre nos termos do parecer do i. Promotor de Justiça Designado, Doutor Maurício Antônio Ribeiro Lopes, parecer este que fica adotado como razão de decidir e parte integrante desta, a primeira questão a ser analisada é a do próprio mérito da sindicância, quando salta aos olhos o excesso e o desvio de execução, sentindo-se desrespeitado o funcionário por excesso de sensibilidade, ou por idiossincrasia especial em relação ao sentenciado. É de se considerar sempre que, no ambiente penitenciário, não se deve esperar mesuras e demonstrações de educação ou requintes de gentileza qual se encontrassem os protagonistas numa Embaixada Diplomática, ou na Câmara dos Lordes. Há de se analisar o desrespeito a funcionário segundo padrões sócio-culturais dos protagonistas envolvidos. Os agentes penitenciários também não tratam os reclusos com pronomes de tratamento reveladores de especial apreço e consideração. Ademais, parece rematada estupidez impor-se a educação, pois esta é fruto da liberdade e só o saber livre é criador. Assim, pode o magistrado, desde o ponto de vista do mérito da falta disciplinar, considerar inexistentes os motivos para sindicância quando, a rigor, não houve ofensa dirigida à pessoa do funcionário, mas apenas um emprego de expressões grosseiras sem destinatário específico. Tal consideração, contudo, que se faz nesta fase, exige que esteja o Poder Judiciário capacitado para ingressar na análise do mérito das decisões administrativas tomadas no ambiente penitenciário. Desde a edição da Lei 7.210/84 que se afirma que a autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art. 2.º da lei, foi estabelecido que a *jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal*. A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução. O princípio da legalidade domina o corpo e o

espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio de execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal. Para isso, a LEP enfrenta de maneira adequada a tormentosa questão da disciplina. Consagra o princípio da reserva legal e defende os condenados e presos provisórios das sanções coletivas ou das que possam colocar em perigo sua integridade física, vedando, ainda, o emprego da chamada *cela escura* (art. 44, parágrafos). Na Exposição de Motivos da LEP, item 78, acha-se esculpido que *na Comissão Parlamentar de Inquérito que levantou a situação penitenciária do País, chegamos à conclusão de que a disciplina tem sido considerada 'matéria vaga por excelência, dada a interveniência de dois fatores: o da superposição da vontade do diretor ou guarda ao texto disciplinar e o da concepção predominantemente repressiva do texto. Com efeito, cumulativamente atribuídos à direção de cada estabelecimento prisional a competência para elaborar seu código disciplinar e o poder de executá-lo, podem as normas alterar-se a cada conjuntura e se substituírem as penas segundo um conceito variável de necessidade, o que importa, afinal, na prevalência de vontades pessoais sobre a eficácia da norma disciplinar. O regime disciplinar, por seu turno, tem visado à conquista da obediência pelo império da punição, sem a tônica da preocupação com o despertar do senso de responsabilidade e da capacidade de autodomínio do paciente* (Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao n. 61, de 06.04.1976, p. 6). Sob certo aspecto, essa situação que se pretendeu banir com a LEP surge, aqui, revigorada. No que se refere às faltas disciplinares, foram dois os tratamentos conferidos pela LEP, distintos em função de seus efeitos. A lei confia a enumeração das faltas leves e médias, bem como as respectivas sanções, ao poder discricionário do legislador local. As peculiaridades de cada região, o tipo de criminalidade, mutante quanto aos meios e modos de execução, a natureza do bem jurídico ofendido e outros aspectos sugerem tratamentos disciplinares que se harmonizem com as características do ambiente. Com relação às faltas graves, porém, a lei adota solução diversa. Além das repercussões que causa na vida do estabelecimento e no quadro da execução, a falta grave justifica a regressão, consistentes na transferência do condena-

do para regime mais rigoroso. A falta grave, para tal efeito, é equiparada à prática de fato definido como crime (art. 117, I) e a sua existência obriga a autoridade administrativa a representar ao juiz para que este decida quanto aos demais efeitos decorrentes da imposição de sanção por falta grave (perda ou desconsideração dos dias trabalhados por remir ou dos dias remidos; isolamento celular; perda de privilégios). Assim, é natural que o magistrado aprecie o mérito da sindicância para validá-la ou não em seus efeitos, jamais omitindo-se com as evasivas sobre a regularidade formal, em face da natureza da falta disciplinar que é objeto de apuração. Sem dúvida, a CF não apenas exige a inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão de direito individual (art. 5.º, XXXV), como também a motivação das decisões jurisdicionais (art. 93, IX), sendo que ambos os dispositivos constitucionais seriam violados quando o magistrado praticar tal omissão" (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 200.405-3/8, São Paulo; j. 22.04.1996, v. u., Rel. Renato Talli; red.).

• “Como esclarece Paulo Lúcio Nogueira (*Comentários à Lei de Execução Penal*, 1994, p. 176), outra questão que tem suscitado controvérsia a respeito do tempo refere-se à ‘falta grave’, que venha a ser praticada e que implicaria a perda do tempo, começando a contar novo período da infração disciplinar. O ilustre Procurador do Estado Rui Carlos Machado Alvim, em trabalho sobre o assunto, chega à conclusão de que o cometimento de uma falta grave não tem o dom de eliminar todo o período remicional anterior: há que buscar-se certa polaridade temporal entre a data da realização da falta grave e o período remido anteriormente. Já Odir da Silva e José Boschi chegam a afirmar que ofende a nossa consciência jurídica e o nosso sentimento de justiça a solução preconizada pela lei. Assim, havendo precariedade de provas na sindicância administrativa quanto à imputação de falta grave, e ponderando-se as consequências altamente desalentadoras que representaria a perda de muitos dias remidos, é de se afastar tal solução,

convalidando-se a remição anterior e mantidos, apenas, os efeitos da sanção disciplinar” (TJSP, 2.ª C. Crim.; Ag. 203.784-3/8, São Paulo; j. 22.04.1996, v. u., Rel. Ângelo Gallucci; dtj; 1.ª inst.-VEC/SP 176.361; red.).

28.2.3 Coisa julgada da sentença concessiva da remição

Nota: há também uma linha de julgados que invoca, em desfavor do art. 127 da LEP, a tese de que o mesmo ofenderia o que denominam de “princípio constitucional da coisa julgada” ou, de qualquer modo, a coisa julgada material que reveste a decisão judicial concessiva da remição. No mesmo sentido podem também ser colhidas opiniões doutrinárias. Mas nem por isso o caminho se fez mais plano. Ora, aqui novamente retorna a mesma confusão de institutos. Também a coisa julgada não é, nunca foi e jamais deverá ser instituto de rigor constitucional, pois o que faz – e bem faz – nossa CF é dispor que a lei (nova) não ofenderá a coisa julgada, ou seja, o Constituinte não estabeleceu o conteúdo, a imutabilidade e a natureza da coisa julgada mas, tão-somente, determinou que a coisa julgada não seja ofendida pela lei nova (matéria referente a direito temporal e, portanto, igualmente estranha à hipótese sobre a qual nos debruçamos). De fato, “coisa julgada”, enquanto instituto, é matéria de lei ordinária e não poderia ser de outra forma pois, caso contrário, nosso direito objetivo não poderia conhecer as chamadas sentenças *rebus sic stantibus* e, sequer, os ricos institutos da ação rescisória e da ação revisional: fosse a “coisa julgada” instituto de força constitucional, tais ações ou sentenças seriam simplesmente impensáveis em nosso ordenamento.

E aqui nasceu uma das maiores confusões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da natureza da decisão concessiva da remição de penas, confusão esta que, por algum tempo, a muitos afetou. Dizia-se então, ao lado de diversos julgados e de alguns doutrinadores, que a decisão concessiva da remição estava contaminada pela chamada cláusula *rebus sic stantibus*, podendo ter seus efeitos revogados a qualquer momento quando verificada infração disciplinar de natureza grave. O engano, todavia, decorria de nossa falta de rigor técnico no exame da natureza das chamadas sentenças *rebus sic stantibus* pois, uma vez procedido

esse exame com maior exatidão, torna-se naturalmente insustentável tal assertiva.

De fato, aquilo que se denomina de sentença contaminada pela cláusula *rebus sic stantibus* nada tem de semelhante com o fenômeno que se verifica com a remição de pena e com o intercâmbio de disposições entre os arts. 126 e 127 da LEP. Aquelas, propriamente *rebus sic stantibus*, têm por objeto próprio e peculiar as relações continuativas, entre as quais certamente não se enquadra a relação objetivada pela decisão concessiva da remição: nesta, houve uma prestação de trabalho e o Juízo, por sua vez, decidiu sobre o abatimento de parte da pena. Nada, a rigor, se prolonga a partir de então que possa ser classificado como continuação dessa mesma relação (outro trabalho a ser adiante prestado será objeto de uma outra decisão, e assim por diante, sem que o tratamento jurídico primeiramente definido tenha qualquer prolongamento no tempo). Para que a decisão de remição fosse propriamente continuativa, nesse específico sentido técnico, seria necessário imaginar uma decisão que se comprometesse, daí para a frente, a sempre abater tantos dias da pena a cada mês, ou a cada ano, ou a cada período certo de tempo: haveriam prestações periódicas a serem honradas continuamente, indefinidamente, em concreto, por uma ou por ambas as partes (condenado ou Estado). Mas essa exemplificação é puramente imaginativa, já que não se presta a afirmar o fenômeno que temos em nossas mãos, no qual, repita-se, a relação por ela definida é definitiva e nada tem de tecnicamente continuativa.

Um outro – e quiçá mais relevante – aspecto técnico nos impede ainda de continuar afirmando que a decisão concessiva da remição seja *rebus sic stantibus*. Para que se pudesse afirmá-lo, seria necessário que a segunda sentença (chamada sentença modificativa) passasse a regular a relação a partir de seu advento, não afetando, de modo algum, as relações que se instauraram sob a vigência da primeira sentença. O advento da segunda sentença, portanto, não invalida as relações havidas no curso da eficácia da primeira, e tudo como, aliás há muitas décadas, já nos advertia, ainda quanto ao Código de Processo Civil de 1939, um velho e sempre exato mestre (Pontes de Miranda). Daí porque, no direito civil, as prestações pagas sob a vigência da primeira sentença são

sabidamente irrepetíveis, mesmo na hipótese de procedência do pedido de sua revisão (do que as prestações alimentícias são o exemplo clássico). Ora, mas não é esse o fenômeno que ocorre com a remição de penas: aqui, conquistada a remição pela primeira decisão (LEP, art. 126), o condenado teria que devolvê-la quando da segunda (LEP, art. 127) ou, mais simplesmente, passa a perdedor do que antes era ganhador, repetindo ao Estado o produto de sua conquista sob a vigência da ordem jurisdicional anteriormente definida.

Por essas duas vertentes, percebemos então que não se pode, sem grave atentado à boa técnica, dizer que a decisão concessiva da remição comporta a cláusula *rebus sic stantibus*. Certamente isso poderia ser dito quanto à decisão de progressão de regime prisional, onde a relação agora sim é de caráter continuativo e a modificação operada pela decisão de regressão tem efeito *ex nunc* (afinal, a pena descontada sob o regime que lhe era anterior continua sendo pena normalmente cumprida). Mas certamente não se pode, como vimos, falar o mesmo quanto ao problema da remição da pena pelo trabalho, perante a qual a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* seria, para dizer o menos, bastante precipitada.

Na verdade, e sempre *data venia*, confusões dessa ordem justificam-se porque nossa doutrina processual sempre ressentiu-se de estudos mais abrangentes a respeito da coisa julgada no processo de execução penal, matéria sem dúvida polêmica e ainda francamente aberta, aguardando indefinidamente que nossos doutrinadores se voltem para suas adversidades.

A rigor, o processo de execução penal comporta diversas decisões (quiçá prematuramente denominadas de “sentenças”) que podem sofrer modificações posteriores, pese seu efeito de coisa julgada material: são exemplos eloquentes as decisões de progressão de regime prisional e as decisões de concessão de livramento condicional. Nessas decisões, a situação por elas disposta pode ser reformulada à vista do advento de fatos novos: a progressão pode adiante desaguar em regressão e o livramento condicional pode ser suspenso ou mesmo revogado. Trata-se de decisões cujas disposições vigoram enquanto não se apresentarem fatos novos que possam, à vista da letra da própria lei, modificá-las substancialmente.

Ora, afinal esse fenômeno não é inédito em nosso direito e, muito menos, especificamente no processo penal. As leis ordinárias estão repletas de disposições dessa ordem e, nem por isso, há quem se anime a dizê-las inconstitucionais. Assim também a parte dispositiva das sentenças condenatórias de conhecimento comporta aspectos que podem adiante suportar modificações sem que, nisso, se possa vislumbrar ofensa a sua coisa julgada material: é o caso da fixação de regime prisional que, sabidamente, pode sofrer as mutações subseqüentes no processo de execução; é também o caso da unificação de penas para fins de fixação de regime prisional (art. 111 da LEP); ou ainda o caso da unificação de penas pela continuidade delitiva. Ora, em todas essas hipóteses, não se requer da sentença originária que arrole expressamente todas as possibilidades de reformulação que ela comporta: basta sua integração implícita aos institutos legais e, com seriedade, ninguém falaria, à vista desses fenômenos, em ofensa ao princípio constitucional da coisa julgada. Alguns desses fenômenos (como, por exemplo, a estipulação de regime prisional), parecem-nos estar realmente relacionados à debatida cláusula *rebus sic stantibus*; outros, porém, não se adequam a essa cláusula em vista de sua natureza mais peculiar. Diríamos mesmo que, quanto a este último grupo, necessitaríamos infelizmente de uma categoria teórica específica, próxima talvez das “sentenças condicionais resolutivas”, embora não esquecendo que, de acordo com o referido mestre Pontes de Miranda, tal categoria “aberraria os fatos”.

De qualquer modo — apesar de bem estabelecido que a decisão concessiva da remição não pode ser tecnicamente classificada como portadora da cláusula *rebus sic stantibus* — ao mesmo tempo em que temos que forçosamente relegar toda a disciplina da coisa julgada à lei ordinária, não se pode aprioristicamente, no plano puramente *formal*, afastar a hipótese dessa mesma lei ordinária regular diversamente a modificabilidade da decisão judicial que deu tantos dias da pena por remidos. Ou, em outras palavras, ainda que não sendo de se invocar aquela cláusula, poderia a lei ordinária instituir uma categoria diferenciada de “sentença condicional” e, portanto, virtualmente modificável.

Não haveria, nesse contexto, como negar vigência ao art. 127 da LEP porque estivesse

ele *formalmente* ofendendo um princípio constitucional que, na realidade, sequer existe. Nesse ângulo muito específico de avaliação, é como se a decisão concessiva da remição dispusesse expressamente que seu dispositivo vigorará enquanto não verificada a hipótese de aplicação do art. 127 da LEP, com a qual implicitamente se integrou. E isso ocorre — repita-se — porque a coisa julgada em si é instituto da lei ordinária que, a seu respeito, pode dispor livremente.

Portanto, sem prejuízo de sua melhor inspiração, não há como acompanhar a linha de julgados agora em exame, já que a imodificabilidade da decisão concessiva da remição não tem — veja-se bem: *no plano puramente formal!* — qualquer império *supra legis*. Mas, a exemplo do que já vimos quanto às teses que gravitam em torno do tema do direito adquirido, também as decisões que se fundamentavam na autoridade da coisa julgada podem adiante serem preciosas, desde que, naturalmente, estejam inseridas em seu correto ambiente material.

- “O art. 127 da LEP é inconstitucional por violar direito adquirido por decisão judicial materialmente transitada em julgado que não pode ser revista pelo Juízo da execução, mesmo porque punição aplicada em procedimento disciplinar que não preservou a ampla defesa não há de importar perda de remição antes concedida, o que sequer tem como ser objeto de pedido revisional, já que desfavorável ao condenado” (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 889.895/9, São Paulo; j. 19.10.1994, m. v., Rel. Walter Swensson; red.; 1.^o inst. 311.492).

- “A remição é um direito de uma pessoa condenada à pena privativa de liberdade e que a cumpre sob o regime prisional fechado ou semi-aberto. A pessoa condenada, para ter direito à remição, tem que trabalhar enquanto está cumprindo pena. O trabalho do presidiário é pago em pecúnia. A contraprestação do serviço prestado pelo presidiário, quanto está cumprindo pena privativa de liberdade, é um salário em pecúnia. A remição, em razão de dias trabalhados no presídio, não é uma contraprestação de serviços, mas sim uma forma pela qual o condenado resgata parte da pena que lhe foi imposta pelo cometimento de um crime. A remição é um direito do condenado. Este tem direito a remição de dias de sua

condenação desde que preencha as condições impostas pela LEP. O condenado tem que trabalhar e ser uma pessoa disciplinada para usufruir desse direito. A remição é um direito do condenado condicionado à satisfação de requisitos. Se o condenado não cumpre os requisitos exigidos, ele não pode usufruir desse direito. O condenado perde o direito à remição quando não satisfaz as condições exigidas pela lei. Há duas situações diferentes em relação à concessão e perda da remição. Na primeira situação, há o fato de o condenado estar trabalhando e, antes que os dias sejam considerados remidos por decisão judicial, cometer uma falta grave. Na segunda hipótese, há o fato de o condenado já ter tido seus dias trabalhados remidos por decisão judicial e cometer uma falta grave. A ausência de cometimento de falta grave pelo condenado é um dos requisitos a ser satisfeito pelo mesmo para que possa ter dias remidos. O art. 127 da LEP é claro a esse respeito. Esse artigo afirma que o cometimento de falta grave pelo condenado implica na perda do direito ao tempo remido. Ocorrendo a primeira hipótese, ou seja, o condenado comete falta grave antes de lhe ser concedida qualquer remição por estar trabalhando, nenhuma dúvida há quanto à perda dos dias que seriam remidos. O condenado, nessa hipótese, não possui, ainda, o reconhecimento de dias remidos por uma decisão judicial e não satisfaz uma das condições para pedir o reconhecimento de seu direito de remição de dias de sua pena por ter trabalhado. Comparando com a segunda hipótese, ou seja, os dias remidos foram assim reconhecidos por uma decisão judicial transitada em julgado, indaga-se se o cometimento de uma falta grave, infração administrativa, tem o poder de retroagir, atingir uma decisão judicial transitada em julgado e determinar a perda dos dias remidos. Uma decisão judicial penal transitada em julgado faz coisa julgada e não pode mais ser discutida, a não ser em sede de revisão criminal, em favor do condenado. Em relação ao Estado, a coisa julgada penal não mais pode ser revista. Não existe revisão criminal em favor da sociedade, do Estado. A decisão que concede remição ao condenado reconhece que uma quantidade de dias da pena privativa de liberdade imposta restou resgatada. Ela reconhece que o Estado não pode mais exigir que o condenado cumpra uma determinada quantidade de dias de sua pena privativa de liberdade porque esses dias foram considerados como

cumpridos por uma decisão judicial. A decisão judicial pode ser atacada antes de transitar em julgado. O MP pode se insurgir contra a decisão enquanto ela não transitar em julgado. Transitada em julgado, por ser uma decisão favorável ao condenado, ela não pode ser rescindida por nenhum tipo de recurso, de remédio jurídico. Se inexistir remédio jurídico para rescindir uma decisão que concedeu remição a um condenado, não há como admitir que uma infração administrativa tenha a força de retroagir e de agir como fator de rescisão de uma decisão judicial transitada em julgado, a qual fez coisa julgada material e formal" (TACRIM-SP, 6.^a C.; HC 293.968/0, São Paulo; j. 21.08.96, v. u., Rel. Almeida Braga; red.).

- "Uma vez declarados remidos os dias, sem recurso ministerial, faltas posteriores a essa declaração não têm o condão de retroagir para afetá-la, pois é evidente que o art. 127 da LEP só se aplica aos dias trabalhados ainda não declarados remidos por decisão judicial. Entender o contrário seria, com grave lesão ao estatuto constitucional a respeito dessa importantíssima garantia individual, afrontar o direito adquirido do sentenciado, que trabalhou, manteve bom comportamento, obteve declaração judicial nesse sentido e, em razão de fato posterior, vê aquela declaração judicial tornar-se letra morta. Importa é que, no momento de ser decidido seu direito à remição, tinha ele atendido todos os requisitos legais e teve deferida sua pretensão, por decisão que transitou em julgado. Entender que uma decisão judicial transitada em julgado possa ser objeto de ação retroativa de falta grave é, *data venia*, levar a interpretação do art. 127 ao campo do absurdo, o qual se sabe inaceitável na hermenêutica jurídica séria" (TACRIM-SP, Ag. Exec. 1.025.197/2, São Paulo; j. 16.10.96, m. v., Rel. designado Ivan Marques; red.).

- "Tendo sido concedida a remição por decisão transitada em julgado, não pode o Juízo da execução dar por perdidos todos os dias remidos pelo trabalho ante a superveniência de prática de falta grave, com manifesta violação do princípio constitucional que considera intocáveis as decisões transitadas em julgado favoráveis aos réus condenados. É, pois, à luz de tal princípio que deve ser interpretado o art. 127 da LEP, devendo-se entender que tal

perda somente ocorrerá se a decisão concessiva da remição ainda não houver transitado em julgado, sendo impossível admitir-se a perda dos dias remidos em razão de falta grave cometida anos após esse trânsito em julgado" (TACRIM-SP, 5.^a C.; Ag. Exec. 1.042.419/2, São Paulo; j. 26.02.97, v. u., Rel. Walter Swensson; red.).

28.2.4 Inconstitucionalidade do art. 127 da LEP

Nota: ainda hoje a ciência da execução penal carece de uma compreensão mais global, a nível sistemático, da natureza do trabalho prisional. O próprio predicado de "laborterapia" não se encontra devidamente inserido em contornos firmes, antes servindo de recordação para posicionamentos enganados de uma época já superada da compreensão e do conhecimento do trabalho prisional. Já há muito está abandonada, porque ingênua e estéril, a ficção da pena enquanto processo propriamente terapêutico, asseptético, onde o condenado era visto como portador de alguma patologia sócio-anímica e o crime, em si, uma manifestação fenomenológica desse estado doente, diante do que caberia à pena, em última análise, a extirpação terapêutica de uma enfermidade. Ora, evidentemente o trabalho não tem e não pode ter uma qualidade "terapêutica" como muitas vezes, tão precipitadamente, foi afirmado a voz corrente entre nós, assim como "terapêutica" não pode ser qualquer das instituições da execução penal, sob pena de infringência de todos os seus pressupostos lógicos, políticos, educativos e mesmo éticos. Mesmo porque, afinal, o crime, enquanto ocorrência histórica, em princípio nada tem de manifestação de estados patológicos da alma, categorias que ficam sempre reservadas, na coletânea das possibilidades, para as problemáticas hipóteses de inimizabilidade do agente. O crime foi uma opção de existência que se definiu em algum momento da vida do condenado e assim, como uma decisão adulta, imputável e consciente, deve sempre ser considerado e compreendido no universo da execução da pena.

Curiosamente, de todos os institutos da execução por certo o trabalho tem sido um dos que melhor serviu como reduto das concepções terapêuticas, mesmo quando estas se encontravam em completa retirada em todas as frentes.

Investigar, ainda que por linhas rápidas, o porquê dessa arquitetura tardia, embora não integre nosso tema imediato, pode porém ser oportuno para que adentremos adequadamente em algumas concepções ainda reclamadas pela ciência da execução penal. Nesse contexto, não há como recusar que essa ambientação patogênica, tardia embora, serve por excelência ao propósito de domesticação do trabalho e, conseqüentemente, de enfermização do homem que trabalha, ensinando assim, entre parênteses, que se lhe proporcione uma espécie de "favor especial", qual seja a dieta do trabalho enquanto mera assistência à saúde da alma. Ao lado de muitas outras facilidades desse modo geradas na manipulação das rotinas da aplicação da pena e do trabalho prisional, sobretudo podemos frontalmente identificar aqui um capital decréscimo de cidadania (evidentemente, em sua acepção ampla): é óbvio que aquele que se hospitaliza, porque doente do "não-trabalho", não pertence mais à cidade. É de Hegel, segundo consta, a magnífica construção segundo a qual o Homem se universaliza pelo trabalho: por certo a ela não se filia esse curioso "trabalho-remédio", meramente posológico e, verdadeiramente, um "não-trabalho", oportunamente antitético e singularizante.

Antes, porém, o que se vislumbra por via dessa construção são fracassadas operações tópicas. A concepção da "laborterapia", não bastasse sua insustentabilidade absoluta, presta-se porém como ante-sala, nivelando o terreno do real para que do trabalho prisional seja, assim, subtraído seu antes irrecusável *status* constitucional. Afinal, porque meramente "laborterápico", o trabalho prisional não se confunde com o trabalho elevado desde há muito à dignidade constitucional, este sim humanamente universalizante e um dos mais magníficos pilares do Estado de Direito democrático e pluralista deste final de século. Daí porque desnecessário cogitar da qualidade constitucional do trabalho prisional que, por esses descaminhos, sequer trabalho (propriamente dito) pode ser considerado. Basta elencar-lhe uma meia dúzia de normas regulamentadoras, ao lado de outras tantas normas facilitadoras, que nosso instituto da "laborterapia" estará assim completo para constituir mais um dos sempre oportunos institutos *sui generis*, tão ao agrado de uma ciência do Direito dogmaticamente monástica e particularizante.

Obviamente, dizer que o trabalho prisional nada tem de “laborterápico” não o impede de se incluir nas concepções educativas da pena deste final de século: há, portanto, necessidade de bem compreender o mundo intelectual com que nos deparamos. Necessário dominar com toda a clareza o que se pode entender por postura educativa do Estado e do próprio Direito na execução penal, sobretudo no que toca a uma atitude dialógica oferecida mas não imposta. Assim assentadas as coisas, sem maiores dificuldades poder-se-á vislumbrar que, se o trabalho prisional pode ser também educativo, isso ocorre não em razão de alguma sua particularidade intrínseca, mas sim porque tal qualidade não se recusa a todo e qualquer trabalho, inclusive ao trabalho extra-prisional como, de resto, não se recusa a qualquer experiência empreendedora da Vida. Não se trata – mais uma vez não se trata – de atribuição impositiva de uma qualidade educativa à experiência, mas sim – e mais uma vez – de uma disposição ofertada de sentido que, como aprioristicamente não se pode negar, em concreto pode ser aceita ou recusada pelo interlocutor em suas próprias proposições interativas. Reconhecer a qualidade educativa como uma das muitas possibilidades atributivas de sentido ao trabalho prisional é, sem dúvida, uma postura científica bem diferenciada daquela que afirma que o trabalho tem por natureza imanente essa mesma qualidade que, ademais, lhe pode afetar sua essência a ponto de convertê-lo em sua própria diferença (ou seja, em um não-trabalho). Afinal, quando se concebe a educação enquanto sentido meramente potencial da experiência, aponta-se sempre para a indissolúvel afetação pluralista que é seu traço mais exuberante e sem a qual, de imediato e por inteiro, perderia ela toda a justificação que lhe é legítima.

Trata-se, nesse contexto, de reconhecer em todas as suas manifestações o *status dignitatis* do trabalho prisional que, como não poderia deixar de ser, nada tem de imanente que o diferencie do direito do trabalho como um todo. Na medida em que nos referimos a uma qualidade educativa potencial da experiência-trabalho, seria altamente disfuncional voltar ao ponto de partida para, então, reduzi-lo a um não-direito, reinventando-o como mero adorno cosmético do cumprimento da pena ou, como queiram, como mais uma das amorfas categorias *sui generis* da ciência da execução da pena.

O compromisso educativo pluralista que contamina a postura do Direito da execução exige ininterrupta vigília: seu conteúdo material proclama sejam de antemão elencadas opções valorativas de existência que, assim, ficam expostas como e enquanto proposições interativas. Ou, mais simplesmente: por compromisso educacional da execução penal deve-se compreender a exposição de outras opções de Vida e de valores talvez simplesmente desconhecidas por um processo histórico individual porventura mais constricto e simplório. E tudo porque toda e qualquer concepção de existência – inclusive o crime, naturalmente – apenas pode ser elaborada, enriquecida e respeitada na confrontação com outras opções que lhe estejam em relação problemática (e até certo ponto corajosa) de contrariedade e de adversidade.

Diante de todo esse arcabouço, nosso tema assume tons inequivocamente mais radiantes e materiais. Demonstrado está que o trabalho prisional, bem ao contrário do que tão precipitadamente se acena, para que tenha alguma vocação propriamente educativa pressupõe, antes de repelir, sua mais eloquente dignificação jurídica. Pode-se mesmo antever, desde logo, que o trabalho prisional atinge assim uma relevância insubstituível no universo da execução penal sendo, em muitos casos, um caro caminho de libertação. E tudo o que se disse foi ainda abreviando (embora certamente não esquecendo) a significação educativa que uma tal concepção do trabalho pode ainda ter para comunidades como as nossas que, na prática de sua alternância, primam por se mostrarem sempre tão prolixas em obrigações quanto avaras em direitos: quicá um dia esbarrássemos todos, em qualquer esquina de nossa garimpagem, com uma nova e qualquer conotação preventiva geral, agora sim, e mais do que nunca, com caráter francamente positivo.

Nesse ambiente propositivo, a primeira e mais importante premissa impõe que o trabalho prisional seja, portanto, um autêntico direito subjetivo do homem que está preso. Curiosamente, a mais imediata vertente dessa primeira premissa é aquela mais omitida em toda parte: se de um direito subjetivo estamos falando, então é cristalino que o trabalho prisional, à revelia mesmo da má técnica do legislador ordinário (aliás, manifestada em mais de uma passagem), não pode ser em si mesmo o objeto

de uma obrigação ou de um dever em sentido estrito, que tenha validade *por si*. Tal subversão é inadmissível em nosso texto constitucional que, em letras mais do que suficientemente claras, assegura que o trabalho é um direito social e que, portanto, não pode ser objeto de uma obrigação *stricto sensu*. Para não nos repetirmos, remetemos à demonstração desse equacionamento que já fizemos em outra parte, tempos antes, quando nos deparávamos com tema que, embora diverso, aqui não deixa de ser também convergente (RBCrim 4/246). De específico, cabe-nos porém investigar os fundamentos da inexigibilidade penal *em si* do trabalho prisional, tema da maior relevância exatamente em razão do inaceitável, preconceituoso e omissivo silêncio a que foi sempre relegado por toda a cultura da execução penal, embora, ao menos particularmente no direito europeu, a discussão esteja cada vez mais acesa.

Seria sequer imaginável um trabalho prisional enquanto dever *em-si*, abstraída toda e qualquer voluntariedade de seu exercício? E, admitindo-se imaginável, teria tal trabalho algum sentido minimamente condizente com sua própria significação? Já não há espaço para duvidar que um tal trabalho, enquanto puro e simples dever, seria uma autêntica insensatez para todos que com ele se envolvessem; uma contradição inaceitável por qualquer ângulo e um desperdício de existências e de esforços; um ímprobo dispêndio econômico para a própria comunidade que se prestasse a conservá-lo; uma manipulação enganosa das aparências. Longe não estaria o momento em que se recordasse que novamente é nosso texto constitucional que, de sua maior altura, profere expressamente a pena de trabalhos forçados, esteja ou não ela disfarçada com os frágeis argumentos de sua inspiração "laborterápica"; esteja ou não ela implícita sob a vestimenta de efeitos acessórios da condenação penal. Pode-se manter um homem algemado a uma mesa de montagem de prendedores de roupas, mas não há, uma vez pressuposto esse trabalho enquanto práxis libertária, como impor-lhe a vontade de montá-los com ânimo, disposição e inteligência. Uma tal instituição assim distorcida apenas poderia servir de lenha para o consumismo populista das concepções meramente retributivas da pena privativa de liberdade, enganando aqueles que sempre insistem em permanecer no

seu engano e aqueles todos que, enfim, pretendem atingir a salvação como se ela os pudesse socorrer pelo tão só título da ingenuidade. É claro que esses são os que nunca faltam, mas também são aqueles que jamais compreendem coisa alguma que esteja a mais de um palmo de seus olhos.

Nessa acepção específica, pois, podemos dizer que o trabalho, enquanto dever *em-si*, é absolutamente inimaginável e grotesco, incompatível com a inspiração da pena privativa de liberdade no direito penal moderno que, de sua parte, reclama em alto som o trabalho-direito como uma das maiores e das mais enriquecedoras instituições do Direito da execução penal. E, por trabalho-direito, é imprescindível que se assinie toda a sua completude jurídica, pois que se engrandece a cada atributo que lhe possa ser implementado. Nesse sentido, embora ainda preso a tensões que lhe são peculiares, o Direito do Trabalho e a jurisprudência que o conhece ameaçam já inundar-se por uma nova visão da mesma temática, não sendo poucos os estudos que desenham se lançar sobre o trabalho penitenciário e sua dignificação jurídica. Necessário, pois, excursionar sobre suas contribuições.

É certo que o primeiro, e quiçá mais persistente, obstáculo que se carrega a esse advento reside na questão da contratualidade estrita que rege o Direito do Trabalho e as relações dele decorrentes. Todavia, não é absolutamente desconhecido na Justiça do Trabalho o chamado trabalho-realidade que, no que nos importa, de modo algum se mostra imerecido de proteção mesmo quando não decorrente de uma relação propriamente contratual havida no seio de um acordo celebrado de vontades entre as partes. Assim, por exemplo, estende-se a proteção mesmo às relações de trabalho instauradas com adolescentes e crianças com menos de 14 anos de idade, relações estas em princípio não admitidas pela ordem constitucional: ora, aqui o que se afetou, e a realidade disso não se distancia, foi exatamente a capacidade de contratação, sem que tal venha a excluir a tutela e a dignificação correspondente da atividade. Da mesma forma, e com a mesma lógica, não se recusa a proteção da Justiça do Trabalho às hipóteses onde, no nascimento da relação laborial, inexistiu propriamente um contrato de trabalho legítimo, como aliás tantas vezes ocorre no meio de comunidades rurais mais atrasadas

que ainda trazem em sua cultura práticas de traços escravagistas. Em todos esses casos, o que se afirma é a existência de um trabalho real, com todos os contornos de uma relação econômica permanente que, assim, não pode e não deve permanecer à parte de sua proteção jurídica.

A rigor, o Direito do Trabalho é uma disciplina que se orienta com regras próprias, marcada por inequívoca autonomia, hoje já não mais podendo ser confundida como um mero complemento dos princípios do direito privado. Eis aí o ponto-chave de toda essa problemática, pois normalmente o que se requer – um contrato de trabalho – na verdade tem uma acepção muito peculiar que, aliás, pode comportar situações fáticas bem diferenciadas, onde o elemento dispositivo está implícito na própria relação jurídica e, eventualmente, não se caracterizou em um momento histórico específico. Essa é a leitura quase sempre esquecida por aqueles que levantam a ausência de um contrato de trabalho como maior impedimento ao reconhecimento da dignidade própria do trabalho prisional, esquecendo-se, todavia, que o próprio Direito do Trabalho oferece, há muito, um repertório próprio para comportar também esse tipo de trabalho-realidade.

Outro obstáculo que pode ser invocado ao reconhecimento da relação trabalhista quanto ao trabalho prisional diz respeito à dificuldade em se admitir o vínculo entre o Estado-empregador e o preso. Como é sabido, para a contratação de força de trabalho em tese é imprescindível a submissão a procedimento específico de concurso público. Todavia, também aqui a moderna jurisprudência da Justiça do Trabalho vem insistentemente admitindo que, à vista do fato dessa relação, não há como deixar ao desamparo jurídico realidades que se instauraram por vias anômalas, mesmo quando a entidade pública furtou-se aos procedimentos de contratação que lhe eram imperativos.

Por outro lado, também não se há de esquecer que a doutrina trabalhista mais atualizada vem já há tempos admitindo a existência de relações trabalhistas inequívocas entre o trabalhador presidiário e a iniciativa privada que, desse modo, não pode socorrer-se da mão-de-obra prisional sem que se sujeite, ao mesmo tempo, a todos os encargos trabalhistas que lhe são inerentes. Visualiza-se, nessas práticas, preocupantes possibilidades da empresa priva-

da furtar-se a seus deveres para com o trabalhador-presos, logrando mesmo atingir facilidades que lhe ensejem uma concorrência desleal no mercado produtivo e na sua atividade econômica, além de uma imunidade especial contra reivindicações dos trabalhadores comuns. Trata-se, como visto, de toda uma série de consequências e de toda uma série de problemas surgidos com a realidade do trabalho prisional, reclamando melhor regulamentação específica e mais vigilante atuação jurisdicional da Justiça do Trabalho que, de sua parte, não vem se recusando a esse enfrentamento. Nesse sentido, há ainda notícias bastante interessantes, embora ainda tímidas, da maior preocupação do Poder Executivo e mesmo do Poder Legislativo para com a melhor regulamentação do trabalho prisional no Estado de São Paulo, sempre com vistas a sua exata dignificação trabalhista, debate este que, ao que consta, já tem aliás muitas décadas.

Evidentemente, as discussões propriamente internas dessa realidade jurídica emergente não nos dizem respeito mais imediato, mesmo porque cabem elas à competência da Justiça que lhes é especializada. A seu respeito não há dúvidas de que todos teremos, nos próximos tempos e desde já, uma avalanche sempre crescente de notícias cada vez mais afirmativas quanto ao reconhecimento das relações trabalhistas face à atividade laborial do presidiário. Não se há de esquecer que, quanto ao trabalho prisional, também o direito acidentário passou por hesitações para acabar por contemplar a realidade que reclamava sua atuação. Para nossa presente reflexão, basta a evidência de que, à vista do trabalho prisional, estamos sem dúvida diante de relações trabalhistas propriamente ditas que, embora talvez guardada uma ou outra especificação peculiar, não se furta a um enquadramento jurídico mais globalizante, antes mesmo invocando-o rispidamente. E não haveria como ser diferente pois, na medida em que a ciência criminal bem fixar que o trabalho prisional é um direito e não um dever (afirmação esta que, agora sim, bem nos compete), abertas estarão todas as portas para a entrada da afirmação contratual do trabalho prisional, com todas as suas consequências e efeitos daí decorrentes, e tudo em derivação de que o preso, para exercer seu direito de mão-de-obra, pode dele dispor livremente em face de outrem, sejam empresas privadas, seja mesmo o Estado-empregador. O que afinal se reclama, como

operação legislativa exata, é uma construção que assimile tal disposição do trabalhador-presidiário ao contratualismo próprio do Direito do Trabalho, regulamentando assim as relações recíprocas de direitos e deveres dentro de uma acepção privada, inclusive, como também não poderia deixar de ser, no que toca às obrigações contratuais do preso-empregado quanto a sua conduta trabalhista e, até mesmo, com a possibilidade da despedida por justa-causa, da aplicação de advertências, do desconto por faltas injustificadas e de outros institutos similares.

Por certo esse enquadramento não se perde com a recordação de que a LEP impede expressamente qualquer recurso à legislação trabalhista específica.

Se o fez, em primeiro lugar atentou contra sua própria inspiração, já que os estudos preparatórios do Ministério da Justiça reclamavam incisivamente a necessidade de *organizar o trabalho penitenciário de forma tão aproximada quanto possível do trabalho na sociedade* como vemos, aliás, nas conclusões da CPI anteriormente formada no Congresso Nacional para apuração da situação penitenciária no Brasil, desaguando na formulação de novas perspectivas legislativas, estudo este que pode ser reconhecido como um dos momentos conceptivos mais importantes da legislação hoje vigente (Lei 7.210/84). A timidez que se seguiu na LEP, sob a justificativa de que um tratamento trabalhista mais amplo poderia inviabilizar o trabalho penitenciário, quiçá encontra alguma ressonância em outros tristes momentos históricos da vida brasileira como, por exemplo, lemos nos anais da questão abolicionista que se abateu na inteligência brasileira a partir de meados do século XIX, recusando-se aos negros direitos inalienáveis a título de um pseudo protecionismo que se dizia paternal.

Em segundo lugar, sequer há como discutir que a norma de exclusão da LEP ainda que, porventura, guardasse alguma eficácia em face da norma (ordinária) CLT, certamente não a teria de qualquer modo em face da própria CF e do tratamento que esta dispensa ao trabalho humano. Diante de todo o repertório que até aqui acumulamos, não vemos nenhuma hipótese remanescente que possa retirar do trabalho prisional sua categoria constitucional como um todo, diante do que a exclusão da LEP não teria como remanescer sequer a título ornamental.

Importante também recordar que essa orientação de integração do trabalho prisional ao Direito do Trabalho em geral se insere, igualmente, nas mais modernas tendências internacionais.

E aqui chegamos, portanto e finalmente, ao centro de nosso tema. Podemos agora facilmente compreender que também o trabalho prisional tem o *status* do Direito Constitucional do Trabalho, nutrido-se de todas as consequências lógicas dele decorrentes. Por certo que não nos interessa imediatamente as implicações especificamente jurisdicionais da relação de trabalho prisional, as quais devem ficar reservadas para a Justiça competente para seu conhecimento. Mas o que a fundo nos interessa é trazer também para o trabalho prisional os princípios maiores que regem o Direito do Trabalho Constitucional, perante os quais perceberemos, novamente sem muito esforço, a insubsistência da norma do art. 127 da LEP.

Não seria demasiado recordar que a ciência do Direito deste final de século por certo será sempre louvada por inserir-se no novo contexto do constitucionalismo moderno. Esse fenômeno, sem dúvida, prima-se por buscar um enfoque constitucional de cunho material, opondo-se assim ao constitucionalismo anterior cuja bagagem era puramente formal e reduzida, muitas vezes, a uma operatividade de meras competências desvestida de maiores compromissos. Diante desse novo enfoque, interessa sobretudo a procura dos princípios constitucionais, ou seja, o recurso a *normas de valor* que, a partir do texto constitucional, direcionam o sentido material de todo o ordenamento jurídico que, sem elas, permaneceria disforme e disfuncional. Os princípios, portanto, são compromissos axiológicos aglutinadores de sentido que servem à filtragem das regras que, porventura neles desamparadas, mostram-se deslegitimizadas para permanecerem no sistema jurídico. Nesse contexto, pode-se dizer que os princípios são os fundamentos legitimadores de um dado ordenamento constitucional, não sendo demasiado invocá-los, para empregar uma antiga terminologia que se pode recordar apenas didaticamente, como uma espécie de *grundnorm* material à qual mesmo as próprias regras normativas constitucionais devem estar referidas.

Eventualmente, alguns princípios constitucionais podem estar literalmente previstos no

próprio texto constitucional: esses são os princípios explícitos. Outros, quicá mais numerosos, necessitam ser extraídos do exame das regras constitucionais, das quais decorrem implicitamente e, no caso da CF brasileira de 1988, sua incidência no sistema está francamente prevista. Neste último caso, cabe aos operadores do Direito, notadamente a nível doutrinário e jurisprudencial, sua extração a partir das regras constitucionais que foram objeto de tutela expressa pelo constituinte nacional. Daí porque dizer então que os princípios constitucionais são normas de textura aberta, globalizante, dialógica e problemática.

Particularmente no que nos interessa, necessária então a atividade extrativista dos dois maiores princípios que regem o Direito Constitucional do Trabalho, após o que certamente não poderá mais subsistir o art. 127 da LEP, e tudo como, aliás, compete ao Juízo da execução reconhecer. Infelizmente, o atual estágio da ciência do Direito do Trabalho, particularmente no Brasil, não avançou como seria necessário na extração desses princípios, às vezes incorrendo mesmo no defeito de não atentar para sua natureza especial e, não raramente, acaba ela confundindo no texto constitucional princípios gerais normativos com (simples) regras específicas, embora seja de conceder que muitas vezes nem o próprio constituinte de 1988 soube guiar-se por essa distinção ontológica que, de resto, se lhe haveria de exigir como pressuposta.

Uma visão rápida das normas que regem o Direito Constitucional do Trabalho é suficiente para que vislumbremos, de antemão, seus dois mais fundamentantes princípios.

De fato, no elencos dos direitos trabalhistas do art. 7.º da CF encontramos alguns que são cristalinos na exemplificação de um desses dois valores básicos que nortearam o constituinte brasileiro de 1988. De todo esse elenco de direitos dos trabalhadores, especificados sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social, como bem proclama o *caput* desse art. 7.º da CF, não é difícil extrair o primeiro valor básico que norteou o constituinte de 1988 e que, portanto, constitui um dos seus mais fundamentantes princípios: vemos aqui, sem maior esforço, que o constituinte se deixou nortear, como fonte axiológica de sua inspiração, pelo princípio da continuidade nas relações trabalhistas, tanto ao proteger essa

própria relação contra sua interrupção abrupta quanto, simultaneamente, ao garantir essa relação contra modificações nela intercorrentes e, até mesmo, ao garantir ao trabalhador sua subsistência mesmo quando não tem ele, por razões que não lhe podem ser imputadas, como continuar a prestar sua mão-de-obra. Há um objetivo de permanência que é inerente à quase totalidade das regras desse art. 7.º, objetivo este que se exterioriza no referido princípio da continuidade das relações trabalhistas, o qual, por sua vez, se manifesta em todo um diversificado elenco de normas sociais mínimas protetivas do trabalho. Enfim, para o constituinte de 1988 a relação de trabalho é uma relação que se fundamenta e se materializa na segurança enquanto uma das inspirações máximas do Direito Constitucional do Trabalho e, por consequência, inaugura ela postulados basilares da ciência que o conhece. É, assim, a partir desse princípio maior e informativo que a ciência do Direito Constitucional do Trabalho pode extrair outros princípios constitucionais que lhe são decorrentes: um exame rápido dos princípios constitucionais elencados nos livros e repertórios doutrinários não deixa qualquer dúvida de que todos, rigorosamente todos, estão referidos a esse princípio maior de continuidade ou permanência que lhes sopra vitalidade.

Nesse quadro, prescinde de maior demonstração que a perda de dias remidos, tal como ensejada pelo art. 127 da LEP, ofende seriamente a continuidade da relação de trabalho prisional e, portanto, ofende esse princípio maior que pode ser facilmente extraído do Direito Constitucional do Trabalho. Na medida em que o trabalho presta serviço também para obter, do Estado, a remição de parte de sua pena privativa de liberdade, a persistência dessa remição tão somente em referência a uma hipotética falta disciplinar futura e incerta, que lhe serve de condição resolutiva, seria um ofensa lógica à segurança do trabalho que se presta. Especificamente para o trabalho prisional, a permanência da remição tem um sentido, uma necessidade e uma imperiosidade tão gritantes como teria, para o trabalhador em geral, a norma da irredutibilidade do salário. Na verdade, a experiência com o tema prisional nos leva a arriscar mesmo que, para o trabalhador preso, a "irredutibilidade" da remição é ainda maior do que, para o trabalhador comum,

representa a norma da irredutibilidade do salário. Aquela é, na cogitação do presidiário, sua retribuição mais representativa, mais valorosa e mais cara do que a própria remuneração monetária (salário). Já vimos, em nosso cotidiano, diversos casos de presidiários que trabalhavam "sem pecúlio" (o que, em sua linguagem, significa trabalho puramente gratuito), reconhecendo a Administração do estabelecimento que, nesses casos, os presos continuavam trabalhando normalmente apenas com vistas a obterem a remição de parte de suas penas por atenção da Justiça penal. No que é realmente substancial, vemos assim que a perda da remição antes obtida, ou mesmo de sua expectativa por serviço já prestado e ainda não apresentado à apreciação jurisdicional, representa mais do que representaria, para o trabalhador comum, a redução de parcela principal de seu salário ou, pior ainda, a perda pura e simples de todos os bens e benefícios por ele adquiridos com o produto de seu trabalho. Ora, se isso seria uma ignomínia inadmissível quanto ao trabalhador comum, muito menos há porque subscrever igual efeito quanto ao trabalhador preso, já que aqui a remição consiste em sua mais importante retribuição pelo serviço duramente prestado. Por certo, desde que abaixadas as armas, nenhuma sociedade que se pretende politicamente organizada poderia conviver com tamanha selvageria, assim como, desde que abaixadas as armas, nenhum juiz de direito poderia continuar admitindo tamanho percalço a sua consciência do Justo.

Mas falamos antes em dois princípios basilares. Já vimos o primeiro deles, qual seja o da segurança ou permanência da relação de trabalho que, em sua plena significação axiológica, impõe a irredutibilidade da remição ou da expectativa da remição pelo trabalho já efetivamente prestado. Reservamos para o final, todavia, aquele que nos parece ser o princípio constitucional mais exuberante e mais cabal e que, à diferença do anterior, foi discursado expressamente, em alto som, pelo constituinte de 1988.

Como é sabido, nosso magnífico texto constitucional (que a comunidade legislativa recepcionou com a *Constituição cidadã*) é inaugurado com a expressão do rol de seus "princípios fundamentais". Como tal, encontramos a inclusão de alguns princípios literalmente assumidos como os maiores fundamentos do

Estado Democrático de Direito e sem os quais, portanto, não podemos sequer falar de Estado, de Democracia e, muito menos, de Direito. Logo, estamos diante de princípios que, no plano jurídico, antecedem à própria composição da sociedade política e tudo o mais que dela decorre, antecedendo inclusive a autoridade de suas instituições executivas, legislativas e judiciárias. Em assim sendo, o desrespeito aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito previstos nos arts. 1.º a 4.º da CF assegura, em contrapartida, até mesmo o exercício do chamado *direito de resistência* que, sabidamente, não é desconhecido do constitucionalismo comparado e tem uma de suas máximas expressões históricas no constitucionalismo norte-americano. Em suma, no Brasil que renasceu em 1988 os Poderes da República apenas atingem tal qualidade quando e na medida em que seu exercício estiver referido a esses princípios fundamentais que, no plano lógico-jurídico, lhes servem como tábua estrita de sua competência material: sua inobservância, seu desrespeito e até mesmo seu esquecimento abrem para a comunidade o *direito* de resistir à autoridade e o compromisso jurídico de sua deposição imediata e legítima. Mais, por certo, não se faz necessário acrescentar ou advertir.

Ora, na medida em que temos um instituto na lei ordinária que ofende, sem qualquer amenidade e como retro já demonstramos fartamente, a dignidade do trabalhador preso e a sua cidadania em sentido lato já podemos, de antemão, perceber que estamos diante de ofensas inescandíveis a logo dois dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Mas não só, por certo. A possibilidade legal ordinária de perda da remição ataca sobretudo os valores sociais do trabalho, na medida em que o despreza em nome (tão-só podemos dizer) de uma disciplina puramente administrativa, operando, em sua aritmética perversa, uma desvalorização social do trabalho que arduamente se prestou ao longo de largo tempo; desincentivando a continuidade dessa prestação no meio prisional como um todo; e deixando, por último, sem resposta o questionamento do porquê, então, persistir no exercício desse trabalho que, por tão pouco, pode ser assim tão facilmente reduzido a um imenso e formidável nada. Trata-se, portanto, de um grave atentado ao princípio basilar de um ordem jurídica que se assenta na dignificação do trabalho como um autêntico valor social.

Ao mesmo tempo em que determina a constituição da ordem jurídica com base no trabalho enquanto valor social, nossa CF expurga do sistema normativo, para jamais retornar, institutos cujo único cometimento axiológico efetivo é o de desvalorizar a atividade trabalhista, tal como, especificamente, o art. 127 da LEP.

Uma vez perdida, como acreditamos, a inocência que nos assegurava o compadecimento de nossa ignorância, já não resta mais espaço para a sobrevivência da disposição normativa do art. 127 da LEP. E acrescente-se ainda: em toda a sua extensão. E tudo, afinal, sob pena de “*jurisdesdicção*”, com a conseqüente subversão da ordem jurídica vigente que, assim, estaria agredida pelo próprio Poder constituído – expressa e mesmo exclusivamente – para sua constante vigilância integradora.

O advento de um novo direito no plano histórico-cultural de um povo é sempre, para recordar um termo especialmente caro para o classicismo, uma experiência *maiêutica*. A evocação da idéia de parto, da dor do que nasce, certamente não nos será uma lembrança gratuita, já acostumados que estamos a assistir, ao longo dos séculos, o nascimento de tantos direitos. A princípio todos surpreendentes, alguns ditos até escandalosos. Mas, passado não mais que um punhado de tempo, a eles todos nos acostumamos. E então, tal como aqueles que nos antecederam um dia nos olharam, jogamos nossos olhos nessas jovens criaturas e nos perguntamos, em sussurros, como podíamos antes sequer conceber o mundo sem elas; como podíamos, insensíveis, esboçar sua recusa.