

8. JURISPRUDÊNCIA

8.2 Jurisprudência Comentada

PROGRESSÃO DE REGIME POR HC:

Constrangimento ilegal na potencialização dos crimes hediondos

MARCELO SEMER

Ementa: Competência – Habeas corpus – Ato de Tribunal de Alçada Criminal. Na dicção da ilustrada maioria, em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas corpus dirigido contra ato de tribunal ainda que não possua a qualificação de superior. Convicção pessoal colocada em segundo plano, em face de atuação em Órgão fracionário.

Ementa: Pena – Cumprimento – Progressão – Objetivo – Pressupostos – Atendimento. O instituto da progressão no regime de cumprimento da pena harmoniza-se com os interesses do condenado, do Estado e, alfm, da própria sociedade. Atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos impostos pela ordem jurídica, descabe potencializar os crimes cometidos para indeferi-lo. Óptica contrária importa em bis in idem, de todo incompatível com o Direito Penal. Com a condenação trântia em julgado, exaure-se a pretensão punitiva do Estado, compreendida nesta a forma de cumprimento da pena. Progressão deferida na via do habeas-corpus, porque remédio idôneo à correção, independentemente da consequência de quadro revelador de constrangimento.

ACÓRDÃO – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em segunda turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conceder o *habeas-corpus* para deferir a progressão do Paciente do regime fechado para o semi-aberto.

Brasília, 11 de março de 1997 – NÉRI DA SILVEIRA, Presidente; MARCO AURÉLIO, Relator.

RELATÓRIO – O Sr. Min. Marco Aurélio – Tomo de empréstimo o que tive oportunidade de consignar ao proceder ao exame do pedido de concessão de medida acauteladora:

1. Este *habeas corpus* objetiva afastar ato do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo mediante o qual, confirmando-se decisão do Juízo das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo, foi negado o pedido de progressão do regime fechado de cumprimento da pena para o semi-aberto. Articula-se com a insubsistência de tal indeferimento, porquanto teriam sido atendidos, na espécie, os requisitos objetivo e subjetivo. Sustenta-se que a exigência de fundamentação dos provimentos judiciais só se mostra coerente se considerada a prova produzida, o que não estaria configurado na hipótese dos autos. Em passo seguinte, alega-se haver predominado a opinião pessoal do Juízo, em contrariedade ao que levantado pelos demais profissionais envolvidos (Assistente Social, Psicólogo, Diretor do Presídio, Promotor e Procurador de Justiça). Discorre-se a respeito, afirmando-se a impossibilidade de levar-se em conta exame anterior, realizado há mais de cinco anos, bem como o fato de o Paciente haver claudicado, no que alcançara o regime aberto. O devido processo legal, presentes o contraditório e a ampla defesa, não teria sido objeto de observação. Afirma-se que, com a decisão proferida surgira aspecto (o mencionado exame) sobre o qual a defesa não tivera oportunidade de pronunciar-se. É pleiteada a concessão de liminar que viabilize a passagem imediata para o regime semi-aberto, confirmando-se, alfm, esse direito. Vieram aos autos os documentos de f. 17-107 (f. 111).

Informo que, após ressaltar entendimento pessoal quanto à competência para julgar este *habeas corpus*, indeferi a liminar, ao fundamento de que:

3. Não pairam dúvidas quanto ao fato de estar em questão a liberdade do Paciente, levando-se em conta o regime de cumprimento da pena. A circunstância de, passando ao semi-aberto, continuar sob a custódia do Estado não obstaculiza a impetração do *habeas*. O alegado ato de constrangimento diz respeito à liberdade, à forma mediante a qual é ela afastada e, portanto, a gradação em que ocorrido o ato de constrição.

No mais, verifico que o pleito liminar confunde-se com o próprio objeto da impetração. Tudo recomenda que, no caso, aguarde-se a tramitação do *habeas*, sempre célere, e portanto, o julgamento procedido pelo Colegiado. Com as informações do Tribunal tido como coator, ter-se-á, também em se contando com parecer da Procuradoria Geral da República, base maior para decidir-se a respeito. Em síntese, em se tratando de medida acauteladora que vise à passagem do regime fechado para o semi-aberto, relativamente ao cumprimento da pena, afastada fica, em geral, a possibilidade de concessão. No caso dos autos, até aqui, o Paciente tem contra si duas decisões, ou seja, a do Juízo das Execuções Criminais e a do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (f. 111-112).

Vieram aos autos informações acompanhadas de peças exemplarmente organizadas, nas quais reportou-se o Presidente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo ao que decidido na espécie pela 7.^a Câmara Criminal, sendo certo ainda que, em 09.08.1990, o Paciente almejou alcançar a passagem ao regime semi-aberto, tendo sido tal pleito indeferido, assim como negou-se provimento ao recurso a seguir interposto. A reiteração do pedido ocorreu em 28.06.1994, vindo, mais uma vez, a ser indeferido. Em maio de 1995, formalizou-se nova pretensão, resultando infrutífera a tentativa do Paciente. Por último, o agravo por derradeiro protocolado restou desprovido (f. 119-120). Remetidos os autos à Procuradoria Geral da República, pronunciou-se o Órgão mediante peça da lavra cuidadosa do Subprocurador-Geral da República, Dr.

Marden Costa Pinto, pela concessão parcial da ordem para anular o acórdão prolatado, a fim de que outra decisão exsurja com motivação harmônica com a ordem jurídica em vigor. Eis a síntese da peça:

"Progressão de regime. A dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos de natureza subjetiva, pode ser invocada em favor do réu, não *pro societate*, como fez o acórdão censurado, eis que a progressão é um benefício instituído em favor do condenado."

Restou glosada a óptica segundo a qual, havendo dúvidas quanto ao atendimento dos requisitos de natureza subjetiva para a evolução no tocante ao regime de cumprimento da pena, decide-se *pro societate*.

Estes autos vieram-me conclusos em 28.02.1997, sendo que, no dia imediato, declarei-me habilitado a proceder ao relato e a votar na espécie. Designei como data de julgamento a de hoje, ou seja, 11.03.1997, visando a dar ciência aos impetrantes, no que se lhes assiste o direito de assomar a tribuna, e, portanto, de saberem a referida data.

É o relatório.

VOTO - O Sr. Min. Marco Aurélio (relator) - Ressalvo a convicção pessoal relativa à competência para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de Tribunal de Alçada Criminal quando o paciente não goza de prerrogativa de foro. Os integrantes do referido Tribunal, como juizes estaduais, estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Tribunal de Justiça local - inciso III do art. 96 - ao qual cabe, assim, julgar o *habeas corpus*. Todavia, até aqui não é este o entendimento predominante, razão pela qual, considerado o julgamento da reclamação n. 314/DF, em que fiquei vencido, na companhia honrosa dos Mins. Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, coloco a conclusão própria em plano secundário e conheço do pedido formulado. O tema foi melhor desenvolvido quando verificado o debate junto ao Pleno (acórdão publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 9, p. 140-146).

"O pedido não é de ser deferido. Com efeito, o condenado não demonstrou suficien-

temente desenvolvido seu grau de auto-crítica. Não reconhece ter cometido o delito pelo qual foi condenado. Tomo, pois, como razões de decidir os pareceres técnicos contidos nos autos.” (f. 390)

Nota-se que se caminhou para o campo da penitência, exigindo-se a auto-incriminação. O acórdão que implicou o endosso a tal indeferimento consigna que não é suficiente à progressão a observância do critério objetivo, ao que tudo indica já atendido em 1990, bem como a boa conduta carcerária. Fez ver que os exames técnicos, analisados com a necessária acuidade, mostraram-se desfavoráveis, tratando-se de “assaltante e furtador”. Salientou que, a certa altura, o Paciente teve a prisão-albergue revogada (f. 406-411). O segundo pedido também foi rechaçado remetendo-se ao caráter negativo da análise subjetiva (f. 429-430). Dessa decisão não houve recurso. Surgiu, já em 1995, ou seja, cinco anos após, novo pedido de progressão e é em torno do que decidido, por força dessa solicitação, que gira a controvérsia. O Juízo disse das “conclusões favoráveis do exame criminológico”, assentando porém, que a progressão deveria ser adiada. Para tanto, considerou as anotações constantes do laudo, formalizadas sob os ângulos psicológico e psiquiátrico, a indicarem a necessidade de o ora Paciente ser mantido em observação, devendo submeter-se oportunamente a nova análise. O juízo crítico do Paciente ter-se-ia mostrado prejudicado, bem como a afetividade revelado-se superficial, pelo que não seria capaz de analisar criticamente o delito, ao tempo em que procurara justificativas na dependência afetiva e vulnerabilidade às exigências do grupo aderido. Remeteu-se, também, à natureza dos crimes praticados, o que estaria a repercutir no pleito de passagem ao regime semi-aberto, em que as restrições corporais são bem mais amenas do que aquelas encontradas no fechado. Na sentença que exarou, a Juíza Iara Maria Gaspar admite, em primeiro lugar, o caráter favorável do exame criminológico; em segundo, desce à análise de quadro de absoluta ambigüidade, reportando-se mesmo, o que não caberia fazer, à natureza dos crimes praticados. Quanto a estes, é de notar-se que o Paciente foi devidamente apenado (f. 453-454). Interposto o agravo, tal entendimento foi mantido, pronunciando-se o Procu-

rador de Justiça pelo provimento, ocasião em que ressaltou aspectos levantados quando do exame criminológico, a saber, e que devem ser considerados:

“a) o reeducando é crítico, sensato. Tem consciência crítica a respeito de sua situação delituosa e sua vida carcerária;

b) possui recursos internos que mantém o controle de sua impulsividade e agressividade;

c) através da experiência carcerária vem reestruturando seu sistema de valores sociais, procurando resgatar seus recursos para a adaptação social e, por último, restou ressaltada a ótima conduta carcerária e a boa aplicação laboroterápica. (f. 524-525).”

Destarte, ao lado do atendimento, com boa margem, do aspecto objetivo, o laudo criminológico foi favorável ao Paciente, sensibilizando o Fiscal da Lei que atuou no julgamento do agravo em execução. Entrementes, isso não foi suficiente.

Quando discutida a questão concernente ao regime de cumprimento da pena sob o ângulo da Lei n. 8.072/90, tive oportunidade de consignar:

“Em um primeiro plano, ressalvo o entendimento pessoal quanto à competência para apreciar este *habeas corpus*. Muito embora esteja em sede própria a discussão, faço-o porque esta já se trava em reclamação cujo julgamento iniciou-se em uma das últimas assentadas e na qual votei no sentido da competência do Superior Tribunal de Justiça, de vez que os integrantes do Tribunal de origem estão sob a jurisdição direta deste último – art. 105, inciso I, alínea *a*, da Constituição Federal.

Com relação à matéria de fundo, improcede o cerceio de defesa alegado. A par dos aspectos evocados pela Procuradoria-Geral da República, há de se ter presente que a intimação do defensor ocorreu mediante telex e, também, por contato telefônico direto realizado pela Escrivã do Cartório que tudo certificou nos autos. Soma-se a isto a circunstância de que houve nova tentativa de proceder-se à intimação via carta precatória, sendo que novamente a Escrivã certificou não só que fizera contato telefônico com o Impetrante, como também com o próprio Juízo deprecado. No meio tempo, antes da devolução da carta, pleiteou

o Paciente o relaxamento da prisão, pedido que foi indeferido pelo Juízo. Em 19.12.1991, conforme consta do item 9 das informações, o Juízo deprecado comunicou por telex que o defensor do Paciente havia sido formalmente intimado. Destarte, não se pode, no caso, concluir pela nulidade, mesmo porque, conforme consta do parecer da Procuradoria-Geral da República, os depoimentos colhidos não tiveram influência na prolação do decreto condenatório. Resta a alegada inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25.07.1990.

Da inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n. 8.072, de 25.07.1990.

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

Preceitua o parágrafo em exame que nos crimes hediondos definidos no art. 1.º da citada Lei, ou seja, nos de latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte, genocídio, tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e, ainda, terrorismo, a pena será cumprida integralmente em regime fechado.

No particular, contrariando-se consagrada sistemática alusiva à execução da pena, assentou-se a impertinência das regras gerais do Código Penal e da Lei de Execuções Penais, distinguindo-se entre cidadãos não a partir das condições sócio-psicológicas que lhes são próprias, mas de episódio criminoso no qual,

por isto ou por aquilo, acabaram por se envolver. Em atividade legislativa cuja formalização não exigiu mais do que linha, teve-se o condenado a um dos citados crimes como senhor de periculosidade impar, a merecer, ele, o afastamento da humanização da pena que o regime de progressão viabiliza, e a sociedade, o retorno abrupto daquele que segregara, já então com as cicatrizes inerentes ao abandono de suas características pessoais e à vida continuada em ambiente criado para atender a situação das mais anormais e que, por isso mesmo, não oferece quadro harmônico com a almejada ressocialização.

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

Sob este enfoque, digo que a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que dia menos dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal e, com isto, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido, muito embora o tenha mandado para detrás das grades com o fito dentre outros, de recuperá-lo, objetivando uma vida comum em seu próprio meio, o que o tempo vem demonstrando, a mais não poder, ser uma quase utopia. Por sinal, a Lei n. 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado,

afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo art. 5.º, da Lei n. 8.072/90, foi introduzido no art. 83 do CP preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza – inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir a pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

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

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

Diz-se que a pena é individualizada porque o Estado-Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o art. 59 do CP que o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme

seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – e, protanto, provisório, já que passível de modificação até mesmo para adotar-se regime mais rigoroso (inciso III) – e a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Dizer-se que o regime de progressão no cumprimento da pena não está compreendido no grande todo que é a individualização preconizada e garantida constitucionalmente é olvidar o instituto, relegando a plano secundário a justificativa socialmente aceitável que o recomendou ao legislador de 1984. É fechar os olhos ao preceito que o junte a condições pessoais do próprio réu, dentre as quais exsurtem o grau de culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade, afim, os próprios fatores subjetivos que desaguarão na prática delituosa. Em duas passagens, o Código Penal vincula a fixação do regime às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, fazendo-o no § 3.º do art. 33 e no inciso III do próprio art. 59. Todavia, ao que tudo indica, recebeu-se, quando da edição da Lei n. 8.072/90, que poderia faltar aos integrantes do aparelho judiciário, aos juizes, aos tribunais, o zelo indispensável à definição do regime e sua progressividade e, aí, alijou-se do crivo mais abalizado que pode haver tal procedimento.

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

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

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

Com isto, concedo parcialmente a ordem, não para ensejar ao Paciente qualquer dos regimes mais favoráveis, mas pode reconhecer-lhe, porque cidadão e acima de tudo pessoa humana, os benefícios do instituto geral que é o da progressão do regime de cumprimento da pena, providenciando o Estado os exames cabíveis.

É o meu voto."

Há de resistir-se à tentação de proceder-se como que ao rejuvimento do Paciente considerados os crimes cometidos. Já foi ele

devidamente apenado pelo Estado-julgador. Os esforços devem ser direcionados a estimular-se a auto-estima do condenado, ficando com isso aberto o caminho para, tanto quanto possível, observar-se a gradação no tocante ao regime de cumprimento: o fechado faz-se necessário de início, mas tudo recomenda que, atendido o fator tempo e também pronunciando-se os peritos pela possibilidade da progressão, sem riscos maiores para o seio gregário, caminhe-se no sentido do deferimento do pleito mormente quando em jogo a passagem não para o regime aberto, mas para o semi-aberto. Pouco importa haver-se mostrado o examinado ladrão e assaltante, possuindo pena extensa a cumprir (um total de cerca de trinta anos). *Este argumento contido no acórdão que se aponta como ato discrepante da lei é de total irrelevância* porque, caso contrário, não se chegaria, em bom número de casos, à progressão situada, como disse, no campo da individualização da pena. Também o fato de, a certa altura do cumprimento de pena imposta, haver o condenado claudicado, não é idôneo ao indeferimento do pedido. À circunstância já produzira os efeitos próprios, implicando a regressão.

Quanto aos exames procedidos, há de levar-se em conta as conclusões dos que dizem respeito ao último pedido formulado. O Grupo de Valorização Humana, comissão técnica, manifestou-se favoravelmente:

"a equipe técnica, em vista dos pareceres obtidos, considera que o reeducando reúne condições para a obtenção do benefício pleiteado." (f. 437)

A diretoria do estabelecimento penitenciário também pronunciou-se pelo deferimento do pedido (f. 440), sendo certo que a certidão de conduta revelou-a como ótima, consignando que a ficha disciplinar da casa não registra qualquer conduta desabonadora. Chegou-se ao registro dos méritos carcerários:

"O detento em apreço trata com urbanidade tanto os servidores como os seus companheiros de reclusão, vem se portando de forma equilibrada sem problemas de ordem disciplinar."

Ora, diante deste contexto, tenho que cumpria à Corte de origem conceder a progressão, valendo notar a luta do Paciente no que já tem formalizado um novo pedido, ou seja, o quarto desta série.

Pois tais razões, concedo a ordem para assegurar ao Paciente a passagem ao regime semi-aberto.

VOTO - O Sr. Min. Maurício Corrêa - Sr. Presidente, tenho sido comedido na concessão de *habeas corpus* acerca de mudança de regime, sobretudo quando se postula a progressão.

Mas, no caso, a hipótese exige uma maior reflexão.

No presente caso que ora julgados todos os laudos são inteiramente favoráveis ao paciente, não havendo discrepância entre eles no que tange à recuperação do paciente, recuperação essa que é a essência finalística da progressão. Pode se ponderar, por outro lado, que essa é uma questão do exame subjetivo do juiz! Certo.

Entretanto há que se convir que a progressão é um direito que condenado tem e penso que a pena elevada, o tipo repugnante do crime praticado, as suas circunstâncias, se preenchido o direito a um regime mais brando, não impedem o exame do merecimento do pedido, notadamente quando se sabe que esse benefício, de ordem pública que o Estado reconhece, tem o mérito de permitir a reinserção do condenado ao meio social.

A pena tem o escopo fundamental de reeducar o detento. Essa possibilidade de recuperação não pode ser afastada, pura e simplesmente, pouco importando a natureza do crime praticado, se cumprido o *iter* para o deferimento da progressão.

O recluso deve ter a oportunidade de provar a sua recuperação para o convívio social, a sua reintegração enfim à sociedade. E o mecanismo para esse desiderato é a progressão.

Do contrário, de nada valeria esse instituto; seria um benefício inútil.

Tenho verificado que as penas elevadas impostas a certos condenados e a gravidade dos delitos perpetrados têm inibido os juízes em direção à concessão dos favores da progressão. Quando para essas hipóteses é que esse instituto mais se justifica, face à natureza pedagógica da pena e o verdadeiro sentido da progressão.

Contudo, com todos os elementos preenchidos, inclusive havendo consenso dos laudos quanto à plena recuperação do paciente, maior revolve a causa se lhe negasse o direito, como o fez a decisão impugnada. A tão longe não vou para, em casos como o presente, reconhecer o direito do paciente.

Pondo-me de acordo com as razões do voto do eminente Relator, também eu defiro o *writ* para assegurar a progressão postulada, nos termos do pedido.

VOTO - O Sr. Min. Néri da Silveira (Presidente) - Tenho tido sempre preocupação, em *habeas corpus*, de não reexaminar questões de fato. Os casos de progressão no regime de cumprimento da pena estão inteiramente ligados à matéria de fato, sob seus diversificados aspectos. No caso, como se trata de progressão do regime fechado para o semi-aberto, acompanharei o eminente Ministro-Relator, deferindo a progressão, diante das circunstâncias anotadas no voto de S. Exa..

EXTRATO DE ATA - *Decisão*: Por unanimidade, a Turma concedeu o *habeas corpus* para deferir a progressão do paciente do regime fechado para o semi-aberto. 2.ª Turma, 11.03.1997.

Presidência do Sr. Min. Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Srs. Mins. Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edinaldo de Holanda Borges - Wagner Amorim Madoz, Secretário.

COMENTÁRIOS

Duas questões relevantes podem ser levantadas por este acórdão do Supremo.

A primeira, de cunho material: pode-se levar em conta a gravidade do crime a que foi o sentenciado condenado e a

dimensão de sua pena, para análise dos requisitos subjetivos da progressão de regime?

A segunda, de caráter eminentemente processual: cabível a progressão de

regime por via de *Habeas Corpus*, dirigido contra o acórdão que nega provimento ao agravo?

Ao responder negativamente a primeira pergunta, o aresto do Supremo, de uma lógica irrefutável, vai de encontro a uma certa tendência jurisprudencial que aos poucos vem esvaziando o próprio instituto da progressão na execução da pena.

Assim, tem-se entendido que com longa pena a cumprir-se “torna recomendável maior dose de cautela quanto à inclusão [*do sentenciado*] em sistemas mais brandos”¹ ou “é aconselhável sua manutenção no regime fechado por tempo maior do que o mínimo exigido pela LEP”².

A gravidade do delito, no entanto, já é levada em conta na cominação da pena. Diz a boa técnica legislativa, e o quase olvidado princípio da proporcionalidade que informa o Direito penal, que a crimes graves se cominem penas mais severas do que a crimes de menor ofensividade. Nisto reside a valoração do legislador em relação aos bens que sejam mais suscetíveis de tutela. A pena desempenha neste momento nítida função de prevenção geral.

De outra parte, apura-se o tipo da pena, a dimensão temporal e o regime, no momento de sua fixação. Dentro dos limites traçados pelo legislador, busca o juiz avaliar as condições nas quais o crime foi praticado e as circunstâncias pessoais do agente. A pena ainda guarda certa dimensão de prevenção geral e fundamentalmente um conteúdo de prevenção especial.

No momento da execução, no entanto, a pena adquire um nítido sentido de reeducação. Como ensinou Fragoso, “Escopo da pena é aqui a ressocializa-

ção do condenado, ou seja, a finalidade de reincorporá-lo à sociedade”³. Mesmo partindo-se de uma premissa mais pragmática, de que nosso Direito penal não convive com a pena de morte e não convive com a prisão perpétua, há de se admitir que o destino de todo o sentenciado, o final de sua tortuosa estrada pelo sistema penitenciário, sempre será, mais cedo ou mais tarde, por pior que tenha sido o crime praticado ou maior que seja a pena aplicada, o retorno ao convívio social.

Já é por si só tarefa das mais inglórias preparar o sentenciado para uma vida em liberdade, mantendo-o por anos a fio privado dela. Daí a retirar todo e qualquer tentativa de preparo, de reeducação — ainda que isto simplesmente se traduza num abrandamento dos níveis de vigilância com gradual retorno ao convívio social — significa abandonar o propósito que norteia a própria execução penal. E tratar-se a pena apenas como castigo. Vai de longe, porém, que a doutrina penal refuta este imperativo categórico, metafísico, de castigar-se pelo castigo.

Quando se maximiza, na análise dos aspectos subjetivos da progressão, o tipo de crime cometido pelo sentenciado e a dimensão temporal da reprimenda que lhe foi aplicada, fica evidente a incidência do *bis in idem*: o réu é condenado a pena longa, pelo crime grave que cometeu. Ao pedir a progressão de regime, esta lhe é negada, justamente porque foi condenado a pena longa pelo crime grave que cometeu.

O aresto em comento enfrenta precisamente esta questão, assentando a inviabilidade da consideração, no tocante à apreciação dos méritos para a progressão, dos crimes que tenham sido cometidos pelo réu. Como adverte o voto-

(1) JTJ 181/293.

(2) Ag. 156.308, TJSP.

(3) *Lições de Direito Penal. Nova Parte Geral.* Forense, 1985.

condutor, do Ministro Marco Aurélio, “Há de resistir-se à tentação de proceder-se como que ao rejuízo do Paciente considerados os crimes cometidos”.

A tendência jurisprudencial de ponderar, para efeito da avaliação de méritos, a gravidade da conduta praticada, equivale à criação de um obstáculo ausente na lei⁴: impede-se que os sentenciados condenados a penas longas, ou crimes graves, tenham direito à progressão ao regime semi-aberto, independente da evolução dos méritos subjetivos que desenvolvam no curso do cumprimento da pena. Tais posicionamentos acabam por alargar – em afronta ao princípio da reserva legal – a vedação de progressão contida na Lei dos Crimes Hediondos, que por si só já ignora o comando constitucional da individualização da pena.

O aresto do Pretório Excelso reconheceu no caso que, abstraindo a ilegal potencialização dos crimes cometidos pelo sentenciado, os demais pressupostos, incluídos os de natureza subjetiva, eram todos favoráveis ao sentenciado (exame criminológico, parecer da Diretoria do Presídio, prontuário penitenciário), razão pela qual não se lhe podia ter negado a progressão.

E, neste ponto, responde o acórdão, de forma até incomum, afirmativamente ao segundo questionamento: admite ser possível, em *Habeas Corpus*, conceder-se a progressão criminal.

Permaneça, ainda, em nossas Cortes o predomínio de jurisprudência firmada, inclusive no Supremo, de que nos estreitos limites do *Habeas Corpus* não se permite o exame da progressão de re-

gime prisional, até pela necessidade de envolver na apreciação aspectos de natureza probatória, incompatíveis com esta via procedimental⁵.

No entanto, partindo-se do pressuposto de que havia nos autos concordância de pareceres em relação à recuperação do paciente – em suma, inequivoca presença de méritos subjetivos –, concluiu-se que o fundamento para o indeferimento do pedido tenha se centrado no fato de ser o sentenciado ladrão e assaltante, possuindo pena extensa a cumprir (total de trinta anos). Como reconhece o voto do Ministro Maurício Corrêa, as penas elevadas impostas a certos condenados e a gravidade dos delitos perpetrados têm inibido os juízes em direção à concessão dos favores da progressão.

Admitindo o voto-condutor que o argumento central que obstará a progressão era de *total irrelevância*, poderia em tese o aresto ter reconhecido a ausência de fundamentação para anular a decisão que negou provimento ao agravo, na esteira do parecer da Procuradoria da República. Preferiu-se, talvez pelas circunstâncias de fato, de já tratar-se do quarto pedido consecutivo de progressão que era negado ao paciente, apreciar de imediato o mérito da progressão, implicitamente reconhecido constrangimento ilegal presente no acórdão hostilizado.

De toda a forma, trata-se de uma importante referência que revigora o cada vez mais esquecido caráter reeducacional da pena privativa de liberdade, em prol e não em detrimento dos anseios da coletividade, pois, bem lembra o voto-condutor, a principal razão de ser da progressividade está no interesse da preservação do ambiente social que receberá de volta aquele que inobservou a norma penal.

⁽⁴⁾ Nesse sentido, *JTJ* 191/341: “A lei não prevê, como óbice à promoção de regime, a gravidade do delito e a consequente longa duração das penas. E ao Julgador compete examinar o pedido à luz das exigências da lei, sem criar novos impedimentos”.

⁽⁵⁾ *RT* 665/369, *JTJ* 167/329, *RJTJSP* 128/533.