

2. DOUTRINA NACIONAL

2.1

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PERDA DA REMIÇÃO PREVISTA NO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

ANDRÉ GUSTAVO ISOLA FONSECA
BEATRIZ RIZZO CASTANHEIRA
CARLOS WEIS
CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS
ELIZABETE MATSUSHITA
FLÁVIA D'URSO ROCHA SOARES
FRANCIANE DE FÁTIMA MARQUES
GERALDO SANCHES CARVALHO
INÊS THOMAZ
MARILDA WATANABE DE MENDONÇA
MELISSA GARCIA BLAGITZ
RAFAEL RAMIA MUNERATTI

SUMÁRIO: 1. Natureza jurídica da Decisão em incidente no Processo de Execução Penal – 2. Existência de cláusula *rebus sic stantibus* – 3. Os princípios constitucionais violados pela decretação de perda da remição.

1. Natureza Jurídica da Decisão em incidente no Processo de Execução Penal

O processo de execução penal, assim como todos os demais processos, é uma relação jurídica que serve de instrumento para, através da atuação do poder jurisdicional do Estado, dar satisfação, no caso, ao direito de punir estatal. A simples aplicação da pena está ligada ao direito penitenciário, constituindo atividade administrativa, mas a efetivação da sanção penal, satisfação do *ius puniendi* do Estado, somente se opera por meio do processo de execução, intimamente jurisdicional.

Na execução penal há uma pretensão resistida pois, de um lado está o Estado que deseja o cumprimento da sanção e

de outro, encontra-se o sentenciado, que não quer esta satisfação. O conflito assim originado somente pode ser solucionado por meio da atividade jurisdicional do Estado, desenvolvido através de um processo. A execução penal, deste forma, também é a seqüência ordenada dos atos tendente a uma decisão, revestida, por óbvio, de jurisdicionalidade.

Apesar de ser um processo, a execução diferencia-se do de conhecimento pois seu desenvolvimento não é linear. É ela caracterizada pela sucessão de incidentes que determinam a forma de cumprimento do título executivo gerado pela sentença penal condenatória. Cada um desses incidentes, ainda que possam ser iniciados de ofício, possuem um pedido, uma pretensão, que

na maior parte das vezes sofre resistência por parte do outro sujeito processual, formando-se uma, então, lide. Para a solução dessa controvérsia, cada um desses incidentes acaba assumindo a característica de ação, ainda que todos reunidos sob o mesmo instrumento processual.

Conclui-se, assim, que a execução penal é formada por diversas ações, cada uma delas incidentais ao processo de execução propriamente dito. Todas se desenvolvem através do contraditório, com a participação dos sujeitos processuais atuando dialeticamente a fim de influenciar o julgador. Quando um desses incidentes é resolvido, o ato jurisdicional é uma sentença, com todas as suas características dentro do processo de conhecimento, pois ela põe fim ao conflito, ainda que seja uma questão incidental, decidindo sobre o mérito.

A sentença penal possui uma conceituação diversa da sentença no processo civil. Aqui, por influência do art. 162 do CPC, a maior parte dos doutrinadores tende a considerar sentença apenas o ato que põe fim ao processo, embora muitos deles reconheçam que haja a possibilidade de uma sentença também decidir sobre uma ação incidental.

No processo penal, a sentença caracteriza-se como a decisão proferida pelo juiz que soluciona a causa, subdividindo-se em condenatória, absolutória ou definitiva em sentido estrito. Nos incidentes do processo de execução, a decisão é claramente sentença definitiva em sentido estrito, pois decide o mérito da questão, sem condenar ou absolver o réu. Não pode ser admitida como simples decisão interlocutória, pois não se restringe aos aspectos processuais, mas abrange o mérito, a razão do conflito, dando-lhe uma solução definitiva para conceder ou denegar ao requerente o direito material que ele alega possuir.

No caso de um pedido de progressão, por exemplo, o sentenciado alega preencher os requisitos legais, possuindo, portanto, direito ao benefício. A decisão no incidente vai esclarecer se ele tem ou não o direito material alegado. Ela não se limita a apreciar aspectos procedimentais, como a presença do defensor e a observância do contraditório, mas analisa a fundo a existência do direito, se naquele momento ele está ou não presente diante das condições apresentadas pelo requerente, solucionando definitivamente o conflito.

Como sentença, a decisão nos incidentes transita em julgado formal e materialmente, impedindo que a mesma questão apresentada no petitório inicial seja rediscutida no processo ou em outro incidente. O que foi decidido quanto à unificação de penas ou à comutação, por exemplo, depois de esgotados os recursos, somente pode ser modificado por meio de revisão criminal ou *habeas corpus*.

A sentença que concede a remição, na esteira deste entendimento, também transita em julgado formal e materialmente, não podendo ser objeto de modificação por um fato futuro qualquer, pois não tem sua eficácia submetida a qualquer condição.

2. Existência de cláusula *rebus sic stantibus*

A cláusula *rebus sic stantibus*, originária do direito contratual, estabelece que, caso haja uma modificação futura das condições que determinaram a realização de um contrato, de forma que sua execução torne-se dispendiosa ou impossível, este poderá ser revisto para melhor se adequar à nova situação.

Esse conceito foi transportado, com alterações, para o direito processual penal, para justificar porque a sentença

condenatória pode ser modificada, não possuindo ela o que em doutrina convencionou-se chamar de coisa soberanamente julgada.

A cláusula tem aplicação, igualmente, na execução penal autorizando a mudança do título executivo através dos diversos incidentes.

Há decisões judiciais (predominante na Vara das Execuções de São Paulo) no sentido de emprestar às sentenças que decidem a remição a referida cláusula *rebus sic stantibus* permitindo-se, desta maneira, ser modificada por um fato novo, como uma falta grave. Equivocadas, entretanto.

Com efeito, a remição é determinada pelo trabalho do sentenciado, de forma que a cada três dias trabalhados, obtenha ele um dia de desconto em sua pena. A decisão que concede a remição tão somente reconhece um fato ocorrido no passado, o trabalho do preso, sendo, portanto, declaratória. Ela apenas reconhece que a pena remida foi extinta com o trabalho do preso, que esta parte da reprimenda foi resgatada pelo trabalho.

Efetivamente, dentro da execução penal existem decisões sujeitas à cláusula *rebus sic stantibus*, mas há outras às quais ela não se aplica. É preciso distinguir as decisões relativas à forma de cumprimento de pena – qualidade do título executivo – das referentes à quantidade da pena.

As primeiras podem sujeitar-se à cláusula mencionada, pois se fundam em uma relação continuativa e projetam seus efeitos sobre o cumprimento futuro da pena. Assim são as decisões que concedem progressão de regime, livramento condicional, *sursis* e conversões de pena em geral.

Se o condenado frustra as regras do regime semi-aberto ao qual foi promovido, ou as condições do livramento condicional com o qual foi beneficiado,

por exemplo, sofre regressão de regime ou revogação, respectivamente.

Isto significa dizer que o seu direito, ao que foi estabelecido na decisão concessiva, só se mantém enquanto continuarem existindo as condições que autorizaram a concessão. Tais decisões são tomadas para o futuro. Não é o que se verifica com a remição e nem com as demais decisões que afetam a quantidade da pena, como é de primeira intuição. Em relação a essas, a cláusula é inaplicável simplesmente porque elas não se baseiam em uma relação continuativa. São exemplos a concessão de indulto e de comutação de penas.

Uma vez concedida uma redução de 1/4 de pena, mesmo que posteriormente o beneficiário venha a praticar falta disciplinar grave, não perde o desconto da pena recebido, cuja avaliação teve como base o merecimento demonstrado no passado, e não o prognóstico futuro. A decisão que concede a remição, como os últimos exemplos citados, está cercada da garantia constitucional da coisa julgada como brilhantemente vem reconhecendo o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (HC 258.862/0; 293.968/0).

O art. 127 da LEP não autoriza entender que a sentença que reconhece a remição possui a cláusula *rebus sic stantibus*. Como salientado, esta decorre da natureza da decisão e não da norma e se a natureza determina a ocorrência da coisa soberanamente julgada, a regra que permite sua violação deve ser considerada inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar uma norma diante da Constituição Federal, sempre observa o princípio da sua conservação. Assim, caso uma regra comporte duas interpretações, sendo uma delas constitucional e outra inconstitucional, deve se dar prevalência à aquela que mantém a norma.

O art. 127 da LEP traz justamente uma situação como esta. Possui ele duas interpretações. Uma que considera a norma aplicável apenas aos dias trabalhados mas ainda não julgados, preservando sua eficácia diante da Constituição. Outra, por sua vez, considera que a referida norma se aplica aos casos em que a remição já foi concedida por sentença transitada em julgado, em flagrante violação à regra constitucional do art. 5.º, inc. XXXVI.

Ao intérprete cabe, então, duas soluções: ou observar o princípio da preservação acolhido pelo Pretório Excelso, entendendo a regra do art. 127 apenas aplicável aos casos não julgados, ou entender como única interpretação possível a de que ele seria aplicado aos casos já julgados, quando será forçoso admitir sua inconstitucionalidade.

O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, se divide entre essas duas orientações, havendo julgados tanto no primeiro (HC 302.422/2), quanto no segundo sentido.

Qualquer uma dessas interpretações está correta e é preservadora dos princípios constitucionais brasileiros. Entretanto, desconsiderando estas duas possibilidades, tem-se pretendido que a norma mencionada seja entendida como uma permissão para que o aplicador viole a coisa julgada, em manifesta afronta a Constituição. Tem-se desejado dar ao art. 127 uma interpretação que ele não possui e nem pode possuir, sob pena de perder sua eficácia diante do Texto Maior.

A regra da jurisdiicionalidade é a imutabilidade das decisões que eliminam conflitos. Como exceção, admite-se a modificação apenas nas situações já descritas cuja decisão tem consequências que se prolongam no tempo. Nos demais casos, a interpretação deve ser restrita, para preservar a imutabilidade

das decisões e a própria segurança jurídica.

Ensina Rui Carlos Machado Alvim, no livro *O trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais* - Ed. Atlas, que o art. 127 da LEP, interpretado em sua literalidade, vem sendo mal aplicado. Diz o autor: "Dessa literal transmissão pode-se, afoitamente, coligir que o cometimento, a qualquer tempo, de falta grave elimina todo o tempo de pena privativa de liberdade anteriormente remido.

Tanta devastação não atinge o conteúdo da norma.

Nem poderia, por absorver verdadeira anomalia jurídica, à medida que, desprezando o fator tempo como apaziguador de todas as vicissitudes, reproduz permanentes incerteza e insegurança, valores incompatíveis com os postulados predominantes da política jurídica nacional.

Inexiste, na orbe do direito, ao ou fato ou negócio que não sofra a influência do transcurso do tempo: as ações judiciais prescrevem, os direitos decaem, os atos processuais precluem, as coisas se usucapem; até a pretensão punitiva do Estado sucumbe ante o curtir do tempo, dando ao criminoso a convicção da impunidade...

Como aceitar, então, neste caso, a negatividade da influência do tempo?"

Não há, pois, como decretar a perda dos dias remidos sem violar a garantia da coisa julgada e provocar a insegurança jurídica. Acrescente-se, ainda, que, se nem mesmo uma eventual (e hipotética) lei, que venha a abolir o instituto da remição, pode retroagir para atingir a coisa julgada, seria paradoxal admitir que uma falta disciplinar, apurada exclusivamente no âmbito administrativo, por autoridade administrativa, tivesse o condão de tornar ineficaz uma sentença judicial contra a qual não cabe mais recurso.

3. Os princípios constitucionais violados pela decretação de perda da remição

Além da infringência à coisa julgada trazida pelo art. 5.º, XXXVI, da CF, intimamente ligada à segurança das relações jurídicas, a decretação da perda da remição acarreta a violação de pelo menos outros dois princípios constitucionais; a saber: o da proporcionalidade da pena, disposto no inc. XLVII, e o da individualização da pena, inc. XLVI, ambos do artigo mencionado.

Todos esses princípios são, como se sabe, essenciais e asseguradores do Estado Democrático de Direito. Consubstanciam-se na limitação do poder estatal no exercício dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da proporcionalidade assegura que a sanção a ser aplicada diante da violação de uma norma será proporcional ao prejuízo por ela causado à sociedade. Por considerar que nenhum crime é tão grave que mereça penas como trabalho forçado e morte, exceto em caso de guerra, é que a Constituição Federal veda essas sanções.

O princípio da individualização da pena, ao seu turno, garante que a previsão, aplicação e execução da sanção será baseada, não apenas no crime praticado, mas também levará em conta a personalidade do agente, suas condições peculiares e o modo como vem cumprindo a reprimenda. Tudo, enfim, para assegurar o atendimento às finalidades da pena: repressão, prevenção e ressocialização.

De tais mandamentos nucleares do sistema constitucional pode se concluir que a sanção a ser aplicada quando da transgressão de uma norma deve ser proporcional ao prejuízo efetivamente causado ao bem jurídico e, ainda, deve

observar sempre as condições pessoais do agente.

A Lei de Execuções Penais premia com direito a benefícios, como a remição, o preso que trabalha e demonstra interesse em sua ressocialização. Por outro lado, os sentenciados que não exerçam atividade laborterápica e não procuram assimilar a terapêutica penal, encontram, por isso, dificuldade na obtenção destas benesses. Prestigia o texto legal, como se vê, o mérito.

A situação a seguir exemplificada bem ilustra a afronta desta proporção mencionada. Suponhamos que dois apenados envolvam-se em uma contenda. Ambos cometerão falta grave que os sujeitaria a uma punição. Um deles trabalhou, remiu esses dias, procurando, desta maneira, atingir os fins da execução. O outro não. Caso seja dada a interpretação restritiva ao art. 127 da LEP, aquele que demonstrou mérito, sofrerá como pena, além das sanções administrativas, a perda de todos os dias trabalhados. Em contrapartida aquele que não exerceu atividade laborterápica, não reuniu méritos e, neste passo, não procurou a ressocialização nada perderá porque nunca teve remido a pena pelo trabalho. Sofrerá apenas a mesma sanção administrativa a qual se sujeitou o outro preso.

Nesse contexto, para uma situação idêntica duas pessoas acabariam sofrendo penalidades diversas e desproporcionais. Pior, aquele que possui condições pessoais mais favoráveis foi punido mais severamente, com a perda dos dias remidos, do que aquele que não as possui.

A conclusão que se extrai da aplicação mecânica da lei, pretendida por alguns intérpretes, é a de quem participa e se dedica à atividade de trabalho proposta está sujeito a ser mais gravemente punido pela prática de uma eventual falta grave. Vale dizer: o exercício

de um direito constitucional – o trabalho – pode ser sancionado por via indireta, o que descaracteriza a sua natureza social, conquanto seja realizada no interior de um estabelecimento prisional.

Com efeito, o trabalho penitenciário é previsto na Lei de Execução Penal como um dos deveres do condenado (art. 39, inc. V). Mas o texto legal não lhe tira também o caráter de direito social a ser conferido pelo Estado. É o que vem preconizado pelo art. 6.º da Carta Política e art. 41, inc. II da LEP. Demais, aliada a esta premissa, consigne-se que o art. 3.º do mesmo Estatuto assegura ao preso todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Nas Regras Mínimas da ONU prevê-se que o trabalho penitenciário não deva ter caráter afritivo (n. 71.1) e terá a sua organização e método assemelhado às condições de trabalho livre (n. 72.1). Desta forma, a punição com a decretação da perda dos dias remidos assim julgados, sob a ótica da natureza constitucional da atividade laborativa, vai de encontro também a outra garantia, qual seja, a de que o Estado proporcione e assegure o trabalho como condição da efetividade da existência digna.

No que toca, ainda, a desproporcionalidade das sanções, acentue-se que mesmo aqueles que entendem possa ser decretada a perda dos dias remidos, admitem que, para atender ao princípio da individualização da pena, deve se buscar, na interpretação sistemática da Lei de Execuções Penais, uma forma de se afastar essa situação anômala e iníqua. Em acórdão pioneiro, decidiu o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que: “Se para as sanções severas, como o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos, não se pode exceder de trinta dias o período de imposição (LEP art. 58), o mesmo deve ocorrer com a perda dos dias remidos, para cada falta grave. Aliás, isso possibilita não somente um limite para cada

sanção dessa espécie como individualiza e gradua a punição aplicada sem que se percam todos os frutos do trabalho e bom comportamento do sentenciado de uma única vez.

(...) Portanto, é de se entender que a sanção administrativa adicional, que é a perda de dias remidos, por conta de falta disciplinar grave, deve ser fixada pelo juiz, considerando os antecedentes de conduta do apenado e as consequências de seu ato, até o limite previsto no art. 58 da LEP.” (AE 1.081.045/6, j. 25.11.1997 – 4.ª Câmara – Rel. Figueiredo Gonçalves).

A individualização da pena é garantida pela Constituição Federal no mesmo art. 5.º que assegura a imutabilidade das decisões judiciais. Ao dispor dessa forma, entendeu o constituinte que a preservação das decisões definitivas do Judiciário não impede e nem restringe a individualização da pena.

Esta, em sede de execução, ocorrerá por meio dos incidentes de progressão, indulto, livramento condicional e mesmo remição, quando determinado o desconto dos dias trabalhados. A impossibilidade de perda dos dias já remidos por decisão definitiva, como salientado acima, antes de impedir a individualização, a garante, pois privilegia o preso que trabalha e busca atingir aos fins da execução, e por isso mesmo merece ter sua pena diminuída.

Argumente-se ainda, por derradeiro, que mesmo considerando-se que a regra restringe a individualização da pena, se o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, entendeu que a lei federal poderia modificar o princípio, quanto mais regra da própria Constituição Federal. Assim, a segurança das relações jurídicas autorizaria a manutenção da decisão mesmo diante de uma falta grave, sem que isso implicasse inobservância a uma regra constitucional.