

2. DOUTRINA NACIONAL

2.7

CONCEITO DE MÉRITO, NO ANDAMENTO DOS REGIMES PRISIONAIS

SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

Não fareis injustiça no juízo
(Levítico 19:15)

SUMÁRIO: 1. Individualização penal – 2. Regime prisional – 3. Idéia de mérito, na execução – 4. Conceito de merecimento – 5. Desfunção do sistema.

Resumo: Cuida-se da individualização da pena privativa de liberdade, identificando as formas de individualização – cognitiva e a executória, sem esquecer da legislativa. A partir da idéia geral de mérito, conceitua-se o merecimento e o demérito no caminhar da execução. Busca mostrar o modo de aferir o mérito do condenado. Enfoca-se, ainda, os regimes de cumprimento de pena e a limitação à progressão, inserida na lei dos crimes denominados hediondos e de combate ao crime organizado.

Palavras-chave: Regime prisional; Sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade; Progressão prisional; Mérito do condenado; Individualização das sanções; Regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade.

1. Individualização penal

A individualização penal consiste na justa adequação, ou medida, da pena a certo comportamento ilícito e típico; ainda, a pessoa do acusado; e, também, na conformidade do regime ao condenado. Pense-se, nesse lance, na reprimenda privativa de liberdade.

Desponta a *individualização*, primeiro, como preceito constitucional, assim: “a lei regulará a *individualização* da pena” (art. 5.^o, inc. XLVI).¹ Além disso, ao se

recordar de que as penalidades de reclusão e de detenção atendem-se – ou deveriam

tias fundamentais em matéria penal, o princípio da ‘individualização das penas’. Pouco importa que o texto constitucional tenha remetido à lei ordinária a tarefa de regulá-lo. Isto não pode, à evidência, representar uma autorização, ao legislador comum, para a feitura de lei que fira o princípio constitucional, que tenha eficácia imediata. Como observou Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, 1983, p. 489), ‘hoje, não são mais os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas é a lei que se deve manter no âmbito dos direitos fundamentais (assim se explica, designadamente, a força vinculativa imediata dos direitos fundamentais em relação ao próprio poder legislativo)’. A vinculação aos direitos e garantias fundamentais constitui, portanto, uma obrigação do legislador ordinário que não poderá, a pretexto de formular uma lei clarificadora ou caracterizadora desses direitos, cair ‘na legalidade dos direitos fundamentais e substituir a força normativa imediata dos direitos fundamentais pelo impulso do normativo-legal’ (Gomes Canotilho. Op. cit., p. 491). Nenhuma lei intermediadora poderá, portanto, fazer vista grossa aos direitos e garantias fundamentais. Se a Constituição Federal, nesse capítulo, consagrou o princípio da individualização da pena, não terá o legislador ordinário possibilidade de tangenciá-lo, estruturando uma lei que não deixe ao

⁽¹⁾ Assere Alberto Silva Franco: “O art. 5.^o, XLVI, da CF, inclui entre os direitos e garan-

executar-se² – em estabelecimentos penais apropriados; nota-se a Lei Maior, também, asserindo que a pena privativa de liberdade “(...) será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5.º, inc. XLVIII).

A Constituição da República, portanto, refere duas individualizações. A encontrada no processo de conhecimento, de essência condenatória, ditas sentencial, ou cognitiva; e a operante no processo de execução, de-

juiz nenhum espaço para o processo individualizador da pena.” *Crimes hediondos: notas sobre a lei 8.072/90*. 3. ed. São Paulo : RT, 1994, § 2. 01, p. 343-4.

- (2) A Administração Pública, com alguma ajuda do Poder Judiciário, quebrantou o sistema de penas. O *sursis* simples, ou comum, na prática, quase não existe, por motivo das dificuldades no executar a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana. O regime aberto quase não há, pela ausência de Casas do Albergado. E, em algumas unidades federativas, principiou o desmonte do regime semi-aberto, com a transformação da saída temporária em trivialidade. Agora, o Poder Legislativo nos deu a Lei 9.714, de 25.11.1998, que – não obstante arreada de boas intenções –, ao ampliar as sanções restritivas de direitos – que substituem as privativas de liberdade – e ao alargar-lhes a aplicação, acabou principiando a romper, de vez, o aludido sistema. Extraiu-lhe parte da congruência interna e externa. Na sequência, menos de um mês depois, aflorou o Decreto Federal 2.856, de 03.12.1998, criando “Comissão de Acompanhamento e Avaliação do Regime de Penas Restritivas de Direitos”. Os trabalhos da Comissão dirigem-se para no “prazo mínimo de dois anos” ofertar “manifestação conclusiva sobre a conveniência de eventual alteração da Lei 9.714, de 1998” (art. 3.º). Debilitou-se, portanto, a eficácia das penalidades restritivas, conferindo-lhes um caráter experimental, cuja moralidade é nenhuma. Inadmissível experiência, em direito penal. O passar do tempo fazia esperar regras de calibração do sistema de penas; ou, quiçá, outro sistema melhor. Vieram, contudo, normas de desregulagem, de desajustamento.

nominada executória. A individualização legislativa – adequação prévia de certa pena a determinada conduta típica – não aparece na Lei Magna; embora ninguém lhe ponha em dúvida a existência, até para a sanidade do sistema punitivo.

Convém deixar assente que, cognitiva ou executória, a individualização é judicial e nascente no processo penal. Obra final, pois, é do juiz. Antes de tudo porque, precisando ser fiel aos “princípios fundamentais”, indicados pela Lei Maior, vela pela “dignidade da pessoa humana” (art. 1.º, inc. III). Ainda, por motivo de que surge, no direito constitucional, como guardião da legalidade – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5.º, inc. II) –; e à vista da garantia constitucional de não dever a lei excluir “da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” individual (art. 5.º, inc. XXXV).

Em síntese, a individualização abriga duas espécies: legislativa e judicial. A última admite duas subespécies: cognitiva e executória.

2. Regime prisional

O juiz, na sentença condenatória – segundo o direito material –, ao aplicar a reprimenda, ajustada à culpa, necessita, ainda individualizando, determinar o regime inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade. Não se descuidando da prevenção (art. 33, § 3.º c/c art. 59, inc. III, do Código Penal; e, também, art. 110, da Lei de Execução Penal). Consoante o direito processual, a definição jurídico-penal – ou julgamento penal – surge positiva, enquanto afirma o encontro da infração, bem como sua autoria, co-autoria ou participação; e, em consequência, resultada na condenação motivada. Exprime o poder-dever concreto de o Estado punir o infrator, ou sancionar o sujeito agente, na qualidade, quantidade e na intensidade inicial da aludida pena (art. 93, inc. IX da CF, e arts. 381, incs. I a VI, e 387, do CPP).

Exige-se que as penalidades executem-se de forma progressiva e consoante o mérito do condenado³ (arts. 33, § 2.º; 69, 2.ª parte; e 76, do CP). A individualização, por isso, completa-se, “no curso do procedimento executório” (item 50, in fine, da Exposição de Motivos 211/83, do CP; e arts. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 112 e 118, da Lei de Execução Penal).

Regime, entenda-se o estado em que se coloca, de início, o sentenciado e depois – tanto que firme a decisão definitiva –, o condenado, no que pertine à intensidade

(3) O sistema progressivo, ou irlandês, não se constitui em novidade. No princípio do século, já era objeto de preleção acadêmica. Veja-se como, então, o explicava Lima Drummond: “Walter Crofton, tendo em vista que o ideal de todo regime penitenciário é preparar o delinquente para assumir o seu lugar na sociedade, demonstrou que o regime da servidão penal inglesa é inaceitável, por ser muito rápida a passagem do segundo (segregação celular para dormir e comer e vida em comum nas oficinas, porém, em silêncio) para o terceiro período (liberdade condicional). Daí o sistema progressivo ou irlandês, geralmente preconizado como preferível ao da servidão penal inglesa, ao qual se acrescentou um outro período – o da aprendizagem da liberdade –, para os delinquentes que, vivendo na penitenciária, iam passar a viver em sociedade. Por isto, no sistema progressivo deparam-se quatro períodos: a) período de segregação noturna e diurna contínua; b) período de segregação celular noturna e trabalho em comum durante o dia; c) período intermédio em penitenciárias agrícolas ou industriais; d) período de liberdade condicional ou condicionada. Este último período pode dar margens a inconvenientes, não só em relação ao condenado, como à sociedade, se não forem tomadas precauções, pois que, embora solto, o condenado terá de trabalhar para viver; mas terá de lutar com sérias dificuldades para obter trabalho, por toda parte encontrará prevenções e desconfianças. Daí a instituição dos chamados patronatos dos libertados adultos...” (Paulo Domingues Vianna. *Regime penitenciário*, segundo as prelações do Dr. Lima Drummond, Rio de Janeiro : Jacinto, 1914, p. 14-5).

modulada de redução da liberdade. É pouco dizer-se que o regime irrompe no conjunto de normas, que tenha por destinatário o recluso.

A pena privativa de liberdade, a mais da qualidade e da quantidade, há de mostrar escala de padecimento. Grau de força e de efeito com que a reprimenda deve, pois, se tornar efetiva (art. 1.º, da Lei de Execução Penal).

Tal intensidade, no sistema adotado, não deve permanecer estática, em regra, como visto (arts. 33 § 2.º e 76, do CP e arts. 5.º, 6.º, 8.º, 112 e 118, da Lei de Execução Penal). Daí, a transição, ou passagem de regime mais rigoroso, para outro menos severo – do fechado para o semi-aberto, ou desse para o aberto (art. 33, *caput*, do CP) –, ou às avessas, modulando-se, ao empuxo do mérito e do demérito do condenado, no andar da execução penal.

Assentou-se, primeiro, que “o mérito do sentenciado – leia-se condenado – é o critério que comanda a execução progressiva” (item 29, da Exposição de Motivos 213/83, da Lei de Execução Penal, o grifo é nosso). Depois, anotou-se que a progressão “deve ser uma conquista do condenado pelo seu mérito e pressupõe o cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime inicial ou anterior” (item 119, da Exposição de Motivos 213/83, o grifo é nosso). Afirmou-se, na sequência, que o vocábulo “mérito” haveria de compreender-se “como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrado no curso da execução” (item 120, da Exposição de Motivos 213/83). O demérito, então, emergiria na ausência dessas qualidades, tangendo à regressão. Merecimento e desmerecimento não se resumem na existência, ou inexistência de aptidão, do condenado à pena privativa de liberdade, para avançar, de regime a regime prisional, na direção da liberdade. Nem se rematam na capacidade provável, de ele se adaptar ao regime seguinte, ou não. Convém, pois, aprofundar o tema.

3. Idéia de mérito, na execução

A idéia de “mérito” liga-se à sanção jurídica, em senso amplo. Vale afirmar, em sentido negativo – castigo – e no positivo – prêmio. A sanção, portanto, corresponde ao mérito, consoante ao valor que se dê à conduta do condenado.⁴ Merecer é agir de tal maneira que a obtenção do merecimento – castigo ou prêmio – tenha-se por justa.

É mérito, em palavras simples, o valor positivo, ou negativo, que se atribui a certo comportamento, para sancioná-lo. Assim, quem age, dentro de determinado sistema normativo, consoante o direito, pode merecer prêmio ou recompensa. Quem age torto, passa a merecer reprimenda. O valor expulsa o arbítrio e vice-versa.

A sanção deve corresponder ao mérito, o que implica em conhecê-lo, tal como se revela: negativo e positivo.

Na execução penal, tal rígido esquema não guarda muita cabência. O proceder, qual Jano, mostra a dupla face, ao mesmo tempo, ou não. Mérito e demérito apresentam-se, assim. O positivo e o negativo despontam, no correr da vivência prisional do condenado. Cuidam-se, portanto, de valores do comportamento; porém, não se resumindo na disciplina, jamais.

Ora, o regime – repita-se – é o estado em que se põe o condenado, no tocante à intensidade da restrição à liberdade, que

se modula, no movimento da execução. A pena, assim, hoje, guarda os três aludidos parâmetros: qualidade, quantidade e intensidade de sofrimento.

Execução penal justa – em sentido material – é a precisa e exata, nascente no ato decisório definitivo, válido e firme, ao menos para a acusação; caminhando de modo medido. A individualização executória não se afasta, pois, do critério do necessário e do suficiente à reprovação e à prevenção da infração penal (arts. 59 e 70, par.ún., do CP). O que se apura é a aludida intensidade, visto como a qualidade e a quantidade o *decisum* condenatório marcou.

Em face do sistema progressivo, a intensidade da pena diz com o mérito, ou com o valor da conduta do condenado, durante a execução penal. Daí, progride, regride, ou estaciona, guardando como ponto de partida o regime inicial, estabelecido no ato decisório definitivo.⁵

⁽⁴⁾ Diz Roque Cabral: “A palavra ‘sanção’ é aqui tomada em sentido amplo, que abrange tanto o significado negativo (castigo) em que é mais freqüentemente usada, como o positivo (prêmio). A sanção corresponde ao mérito: segundo o valor das ações, as pessoas merecem prêmio ou castigo, merecem a correspondente sanção. Uma vez admitida a realidade do mérito – por sua vez correspondente ao valor, positivo ou negativo, das ações – não pode a razão humana deixar de reconhecer que deve haver sanção proporcionada”. In: Polis – enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado. Verbete sanção, Lisboa: Verbo, 1987, v. 5, coluna 597.

⁽⁵⁾ Interessa analisar a nomenclatura, na dinâmica da execução das penas privativas de liberdade. O verbo latino *gradior-eris, gressus sum, gradi*, de modo prevalente, significa caminhar, andar e marchar. Tais vozes, entrando em composição com as preposições *in, pro, re e ex*, sofriam abrandamento da primeira vogal, redundando em outros tantos verbos: *ingredi; progredi* ou *progredere; regredi* ou *regredere; e egredi*. Cada qual e na ordem correspondendo a um de quatro movimentos, assim: começar, entrar em ou ingressar; avançar, adiantar-se ou progredir; voltar, retroceder ou regredir; e, afinal, retirar-se, afastar-se ou sair. Daí resultando os substantivos latinos *ingressione, progressione, regressione e egressione*. Vale dizer e em vernáculo: ingresso, progressão, regressão e egressão; contendo as idéias respectivas dos atos de entrar em; caminhar avante; caminhar de volta; e de sair para. No tocante às penas privativas de liberdade, quem começa a cumpri-las em quaisquer dos três regimes existentes é o ingresso. Quem termina de sofrê-las, ou condicionalmente sai para a liberdade chama-se egresso. O condenado, face ao sistema progressivo adotado, sujeita-se a

O mérito apura-se, em resumo, mediante:
a) parecer da Comissão Técnica de Classificação; b) exame criminológico; c) comprovação de comportamento satisfatório,

progredir e a regredir nos aludidos regimes, consoante exiba mérito ou demérito, durante o efetivar da pena. Caminha em direção à vida livre, de regime a regime, em progressão; ou ainda, dela se distancia, temporalmente, em regressão, para outro mais rigoroso. Não é tudo. Imagine-se que o sancionado principiou a pagar a pena em regime fechado. No andamento da execução mostra intensa rebeldia e convicta falta de mérito. Não deve adiantar-se, por evidente, mas não pode regredir pela ausência de estado legal mais severo. Assim, porque necessário e suficiente, estaciona, pára, resta agregado ao regime fechado, sem possibilidade de regressão ou progressão, até exibir merecimento. Suponha-se, de outra sorte, que o condenado encontra-se no regime semi-aberto e ostente conduta sem valor. O desmerecimento, porém, lhe não surge bastante, para conduzi-lo a recuar a regime de mais constrição pessoal. Não há de progredir, mas não precisa regredir. Ele, também, estanca. Não avança para a maior liberdade; estancia no regime, até quando lhe aflorar o mérito impulsionador. Nada vale a antigüidade, no regime prisional. Que nome se dará a tal situação arrítmica e a seu ocupante? Parece que o executado, nas hipóteses, fez estação no regime em que se acha posto e se tornou um estacionário penal. "Estação", aqui, na acepção de *statio-onis*, estado de imobilidade, situação de permanência, que se contrapõe à progressão e à regressão penal. Estacionário, de *stationarius*-ii, é, então, o executado, tanto que fixo no regime prisional. Três são os regimes. Cinco, entretanto, emergem as situações, no correr da execução das penas privativas de liberdade, em sua dinâmica individualizadora. Ao juiz da execução cabe, conforme a guia de recolhimento, concretizar a ingressão, marcada pelo juiz da sentença. A ele, por igual, compete – baixo o critério do necessário e suficiente, iluminado pela valoração do mérito do condenado – modular a justa intensidade da pena, na progressão, regressão e na estação. Não esquecendo a agressão, em dupla modalidade: condicional, que consiste em fase do sistema progressivo, e incondicional, que caracteriza a punibilidade extinta.

ou não, do condenado, no andar da execução; d) bom, ou não, desempenho no trabalho, que lhe foi atribuído; e) verificação de condições pessoais, compatíveis ou não com o novo regime: semi-aberto, ou aberto (arts. 5.º, 6.º, 7.º, 8.º e par.ún., 28, 31, 36, 39, incs. I e V, 44, 48 e par.ún., 112 e par.ún., 118, incs. I e II, ainda, §§ 1.º e 2.º, da Lei de Execução Penal).⁶

Não se deve examinar, de modo parcelar, os diversos elementos formais, que compõem o mérito. O objetivo de apurar o mérito positivo, ou negativo, atinge-se pela análise do conjunto. Um só elemento não pode prejudicar a eficácia de outros – em regra –; se assim fosse possível, estaríamos em face de diverso conceito e prevalente, sobre a imprescindível conjugação. Solitário, nenhum elemento emerge decisivo, salvo quando surge tão grandemente negativo, que se sobrepõe a todos os demais favoráveis. A perquirição, nem por isso, deixa de despontar exauriente dos referidos elementos.

Cumpra perguntar: ausência de mérito é igual a demérito, ou mérito negativo? Parece que não. O desmerecimento deve levar à regressão possível. A simples falta de mérito conduz ao estancamento, na situação ocupada. Assim, nem progressão, nem regressão irrompem cabentes. O condenado estaciona.

Não surge simples, nem cômodo, viver em harmonia nas instituições fechadas ou semi-abertas. O entendimento do que seja mérito, assim, depende do conhecimento da ambiência, onde se espera que ele se ostente. Mesmo que se admita não serem os estabelecimentos prisionais microcosmos, mas, desnatural coletividade, não se há de negar algum domínio pessoal, na busca do merecimento positivo. Jamais, contudo, algo semelhante à comunhão

⁽⁶⁾ Sobre os denominados requisitos formais, ver, dentre todos, Júlio Fabbrini Mirabete. *Execução penal – comentários à Lei 7.210, de 11.07.1984*. 8. ed. rev. atual 265-8, São Paulo : Atlas, 1997, § 5.30.

social, além muros, ou cercas, onde alguma virtude é mais fácil.

Desútil imaginar que a penitenciária, colônia, casa do albergado, centro de observação e a cadeia pública foram, ou venham a ser, lugares de purificação. Não se aguarda do condenado catarse, no sentido religioso dos pitagóricos. Os comunheiros forçados são pessoas que precisam pôr-se em sintonia com a ordem prisional, nos diversos níveis, assumindo papéis diferentes, sem muita escolha. Tudo tem pouco, por exemplo, com o bom comportamento carcerário e muito com a capacidade individual de suportar, com relativo equilíbrio, o meio, por natureza, hostil. O máximo esperável acha-se na objetiva disposição para o mérito positivo, enquanto qualidade, mostrada no razoável atendimento dos deveres inerentes ao *status poenalis* (arts. 38 e 39 da Lei de Execução Penal).⁷ A verificação existencial do mérito desponta global e implica, enquanto prognóstico, em aceitável confiança, na conduta futura do condenado.

O conceito de mérito, na execução penal, é limite.⁸ O analisável são as caracte-

rísticas pessoais e a capacidade de aproximação do inatingível: mérito ou demérito totais, ou absolutos.

As vozes “reeducando”, “recuperando” e “ressocializando” mostram-se, de algum modo, cínicas. A pena privativa de liberdade jamais reeducou; não recupera e muito menos ressocia o indivíduo. No máximo, pode amestrá-lo, quando não o piora.⁹ Daí, se falar em “mal necessário”,

todavia poder estabelecer algo de positivo fora do âmbito desta” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão, 4. ed. Lisboa: C. Gulbenkian, 1997, p. 270). A expressão *conceito-limite*, aqui, se utilizou para indicar tendência – esforço ou desejo – maior ou menor. Assim, potência que não se atualiza, por inteiro, jamais. O pleno mérito e o completo demérito inexistem, seja o ser humano livre, ou prisioneiro.

- (⁹) Rogério Lauria Tucci, tratando do sistema penitenciário desumano, existente no Brasil, observou: “Outro fator que, por igual, deve ser, necessariamente colacionado (aliás, como um dos mais expressivos, determinantes da violação dos *direitos humanos* e insito à concretização da sanção especificada ao final do processo penal de conhecimento, pela sentença condenatória transitada em julgado) é o referente à proclamada e inescandível *crise do sistema penitenciário brasileiro*... como facilmente verificável, e salvo raríssimas exceções, tais estabelecimentos, afastando-se, quase sempre, das preceituações legais inspiradoras e disciplinadoras da execução penal, primam por degradarem o condenado, tratando-o de maneira impiedosa, e até cruel, vezes sem conta como verdadeiro animal... Como consta de *relatório* referente às *condições das prisões no Brasil*, num tópico também digno de transcrição (e em tudo diferentemente do preceituado no ordenamento jurídico nacional...), os ‘presos brasileiros estão freqüentemente apinhados em celas pequenas, escuras, úmidas e sujas, construídas para comportar a metade, um terço, ou ainda menor número de detentos do que efetivamente estão nelas confinados. As celas estão infestadas de ratos e baratas, e em muitos locais os detentos geralmente não têm nada a fazer o dia todo, exceto jogar baralho ou abusar uns dos

(⁷) Heleno Cláudio Fragoso conceituou: “preso é quem está privado da liberdade, submetido ao poder estatal que resulta do direito de executar a sanção aplicada (*ius punitiois*)”. Direitos dos presos: os problemas de um mundo sem lei. In: *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 3. Tal não significa que a relação de direito material, nascente na sentença condenatória trânsita em julgado, não faça emergir, também, direitos subjetivos do condenado.

(⁸) Limite, dentre outros sentidos, é ponto que não se pode atingir, ou transpor. Na *Crítica da razão pura*, Kant, ao cuidar da “Análítica dos princípios”, no capítulo III, “Do princípio da distinção de todos os objetos em geral em fenômenos e números”, trouxe a idéia de *conceito-limite*: “O conceito de um número é, pois, um *conceito-limite* para cercar a pretensão da sensibilidade e, portanto, para uso simplesmente negativo. Mas nem por isso é uma ficção arbitrária, pelo contrário, encaideia-se com a limitação da sensibilidade, sem

ou “infeliz necessidade do encarceramento”. O adestrado, consoante as condições mínimas, que se lhe ofereceram, talvez consiga a proporcional integração, na sociedade, já mencionada (art. 1.º, da Lei de Execução Penal). Nada se há de esperar do preso residual, porém.

O indispensável está em verificar se os elementos meritórios positivos excedem, ou não, eventuais faltas e omissões, para se admitir acesso a regime prisional mais brando. Observar, também, se o condenado preferiu não ostentar mérito, ou demérito, devendo, assim, restar onde se encontra. Sem cabida fazê-lo retrogradar.

outros. Eles dormem em toalhas ou lençóis sobre o chão de concreto úmido. A violência está amplamente difundida, tanto por parte dos guardas quanto dos detentos. É comum a tortura para obter confissões e, segundo informações, os guardas espancam frequentemente os presos. Os detentos agredem e violentam outros detentos e, como forma de protesto contra as condições carcerárias, às vezes os assassinam; o número de guardas, muito reduzido em relação ao número de presos que devem vigiar, parece incapaz de prevenir isto. As rebeliões são frequentes e os custos em mortos e feridos, elevados. Segundo informações, os guardas praticam retaliações, espancando os líderes e porta-vozes dos presos e, de acordo com alguns observadores, até com assassinatos. Também nos foram relatados casos de corrupção e outros abusos. Devido a um controle deficiente do cumprimento das penas, alguns presos permanecem detidos além do prazo de suas sentenças. Da mesma forma o atendimento médico é muito pobre. Mesmo sendo a Aids no Brasil e nos presídios brasileiros um problema grave, não há evidências de que as autoridades carcerárias tenham sequer começado a enfrentar este problema’... Ilícitudes à parte – sejam elas quais forem, provenham de quem provierem – a situação da grande maioria dos condenados, nos presídios brasileiros, continua (e continuará, *ad infinitum*...), salvo raríssimas exceções, degradantemente cruel e desumana...”
Em: *Processo penal e direitos humanos no Brasil*. RT, 755, p. 478-81, set. 1998.

O sistema progressivo tem de mostrar execução prática – diga-se: ética e racional. Com efeito: o condenado possuidor de indubitado direito de avançar, se, porém, não o concretiza, por simples mora na decisão judicial, falta de vaga em estabelecimento ou outro motivo injusto, deve ter computado o tempo de encarceramento indevido. A falha na individualização, na transferência para o regime imediato, há de operar, na execução, de modo virtual. Assim, como se fora a pena atendida, no regime mais brando e para todos os fins.

Inaceitável, em qualquer hipótese, a banalização da injustiça.

4. Conceito de merecimento

É tempo de conceituar *mérito*. Toda escolha implica valorar. Há situações jurídicas em que exsurge forçado eleger; outras existem em que se pode fazê-lo, ou não. Ao juiz da execução determinou-se que estimasse o comportamento do condenado e de modo objetivo, imprimindo vigor ao sistema progressivo. O poder-dever de escolha contém o juízo de valor, sobre as qualidades pessoais; estabelecendo a possibilidade de triplíce solução: progride, regride ou estaciona.

Mérito, no andamento dos regimes prisionais, consiste no juízo objetivo, que se ultima no processo de execução, do proceder do condenado; assim valorando-o, em base de vários elementos, postos em relacionalidade, e ostentado em ato decisório motivado.

5. Desfunção do sistema

Estabeleceu-se, nos idos de 1990, que as reprimendas aplicadas, por crimes hediondos – homicídio, quando praticado em atividade de grupo de extermínio, ou qualificado; latrocínio; extorsão, qualificada pela morte; extorsão, mediante seqüestro e na forma qualificada; estupro;

atentado violento ao pudor; epidemia, com resultado morte; mais o crime de genocídio; e, agora, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais – mais os delitos de prática da tortura; tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; bem como de terrorismo, todas seriam cumpridas, integralmente, em regime fechado (arts. 1.º e seu par.º ún. e 2.º, ainda, seu § 1.º, da Lei 8.072, de 25.07.1990; e art. 1.º, da Lei 9.695, de 20.08.1998, que acrescentou, ao art. 1.º, da Lei 8.072/90, o inc. VII-B).

Afirmou-se, desde logo, que se quebra-va a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inc. XLVI, da Lei Maior). Lembrou-se, também, de que tal preceito tomava da execução penal a igualdade de todos perante a lei (art. 5.º, *caput*, da CF).

A lei, que cuidou da utilização de meios operacionais, para prevenção e repressão de “ações praticadas por organizações criminosas”, estipulou, contudo: “Os condenados, por crimes, decorrentes de organização criminosa *iniciarão* o cumprimento da pena em regime fechado.” (art. 10, da Lei 9.034, de 03.05.1995, o grifo é nosso). Vedou, tão-só, incoasse o condenado, pelo cometimento do delito de quadrilha ou bando, qual invocado, o cumprimento da penalidade em regime semi-aberto, ou aberto.

Depois, veio o diploma, que definiu os crimes de tortura, assentando que o condenado deve iniciar o atendimento da pena, em regime fechado, salvo se, tendo o dever de evitar, ou de apurar as condutas típicas, restou omissa (art. 1.º, § 7.º, da Lei 9.455, de 07.04.1997). Entendeu-se, em consequência, que permitira a progressão, ao marcar, tão-só, o regime incoador, ou inicial. Além disso, se a Constituição da República lança a prática da tortura; o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; o terrorismo; e os crimes definidos como hediondos, em igual plano (art. 5.º, inc. XLIII); o mesmo fazendo a lei ordi-

nária de 1990 (art. 2.º, da Lei 8.072/90), então, admitida irrompeu a progressão, para todos os mencionados delitos.

Lavrou, contudo, o dissenso, na doutrina e nos julgados.¹⁰ Propagou-se a divergência, por motivo das leis insanas, produzidas por nêscios e a toque de imprensa.¹¹

A malfadada lei, sob enfoque do condenado, extermina-lhe a esperança: pena finita, determinada; porém, grau de encarceramento indefinido, a contar de um sexto cumprido, em etapa inicial, ou anterior; mais o mérito positivo. Tudo isso desaparece. Tem-se, pois, a recusa do valor da conduta do apenado.¹² Aferrado

(10) Sobre o dissídio jurisprudencial, ver, por exemplo, Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior em *Código Penal Comentado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, notas aos artigos 32, 33, 107 e 121; p. 63, 65-6, 67-8, 177 e 217-8.

(11) Roberto Delmanto, depois de lembrar os significados da palavra “hediondo” – “sortido”, “imundo”, “repelente”, “repulso” e “horrendo”, dentre outros – e de referir a divergência na doutrina e nos julgados, termina: “Diante desse quadro, verifica-se que nossas leis, ao negarem a liberdade provisória para os acusados de crimes hediondos e a progressão de regime para os por eles condenados, têm, lamentavelmente, a pretexto de coibir os delitos hediondos, adotado práticas processuais e de execução que, descendo ao mesmo nível moral daqueles delitos, são igualmente hediondas, na acepção que nos dão os léxicos, com a agravante de seu autor ser o próprio Estado” (*Hediondos*, em Folha de S. Paulo, 23.01.1999, p. 3-2).

(12) A respeito do cumprimento integral da pena, em regime fechado, assegura Alberto Silva Franco: “O § 1.º, do art. 2.º, da Lei 8.072/90 estabelece que a pena aplicada, pela prática de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo, será cumprida integralmente, em regime fechado. Esta afirmação incisiva, embora suavizada, em seguida, pelo disposto no art. 5.º, do mesmo diploma legal, que torna possível a concessão de livramento condicional ao condenado que tenha cumprido dois terços da pena, desde que não seja reincidente

ao crime, estacionário torna-se, mas, por força da legislação, suportando pena de máxima intensidade.¹³

Baixo o ângulo do condenante, criou-se o preso residual: indiferente, intolerante e indisciplinado. A ocupar, por largo período, vaga em estabelecimento penal de segurança máxima ou média: penitenciária (arts. 33 § 1.º, *a* e 34, do CP c/c art. 87, da Lei de Execução Penal). Custo sem benefício e evidente infringência do sistema, que, conjugando tempo e movimento, pretende, ao menos, “proporcionar condições para harmônica integração social

específico, constitui um pesado gravame para o apenado que apresentar tal qualificação subjetiva já que, nessa hipótese, terá de cumprir a pena privativa de liberdade num único regime penitenciário, ou seja, o fechado. O dispositivo legal em exame, além de representar um desestímulo ao processo ressocializador do condenado (e nisto se opõe ao fins da pena especificados no Código Penal e na Lei de Execução Penal), contribui também para diminuir a rotatividade dos presos recolhidos nos equipamentos penitenciários que já se encontram, no presente momento, em fase máxima de saturação. Além disso, a formação de um grupo numeroso de condenados, que deverá ser mantido nos presídios por largo espaço temporal, sem nenhuma esperança de obter a liberdade ou um tratamento penitenciário mais benevolente, criará dificuldades crescentes ou mesmo condições explosivas para as administrações prisionais. A opção feita pelo legislador no sentido de agravar a execução da penal foi, no mínimo, desarrazoada, infeliz. Nada pior, num estabelecimento penitenciário, do que um condenado sem nenhuma perspectiva de ser libertado ou, ao menos, receber regime penitenciário mais favorável, antes do término de uma pena privativa de liberdade, de longa duração”. (*Crimes hediondos*. Op. cit., § 2.00, p. 149). O autor invoca, na nota 9, Francisco de Assis Toledo, em *Crimes hediondos*, estudo publicado, em *Fascículos de Ciências Criminais*. Porto Alegre: Fabris, n. 2, 1992.

(13) Ver nota anterior, sobre a nomenclatura, na dinâmica da execução, onde se oferece conceito de estacionário penal.

do condenado” (art. 1.º, da Lei de Execução Penal, o grifo é nosso).

Falha, em consequência, toda a política criminal, com sério atentado à justiça. As penas cominadas, tanto que aplicadas e, ulteriormente, postas em execução, precisam exibir, sempre, certa totalidade ordenada. Devem, também, ostentar coerência entre si. Os preceitos incompatíveis com o sistema de penalidades, por isso, não de ser reconhecidos como inválidos, mediante interpretação que os rebata, por violadores, assim desviando a injustiça.¹⁴

Sem recusar os argumentos, que deram pela inconstitucionalidade da lei consagrante da penalidade segregadora, pode-se adicionar mais um.

A progressão – direito subjetivo do condenado¹⁵ –, resultado da individualização

(14) Tércio Sampaio Ferraz Júnior, cuidando da interpretação gramatical, lógica e sistemática, pondera: “Por fim, quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, fala-se em *interpretação sistemática (stricto sensu)*. A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento. Há aqui um paralelo entre a teoria das fontes e a teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição. Para as identificações desta relação são nucleares as noções supradiscutidas de validade, vigência, eficácia e vigor ou força (4.3.2). A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca se deve isolar o preceito nem no seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos na sua concatenação imediata (nunca leia só um artigo, leia também os parágrafos e os demais artigos)”. (*Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, § 5.2.1.1, p. 288-9).

(15) Sobre a “progressão concebida como direito subjetivo do condenado”, ver Rogério Lauria

executória, concedida ou negada, exige decisão judicial fundamentada (art. 93, inc. IX, da CF c/c arts. 66, inc. III, *b*; 112, par. ún.; e 118, da Lei de Execução Penal).

O mandamento constitucional asseverar: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” individual (art. 5.º, inc. XXXV). Foi, entretanto, o que se fez, arrancando do Poder Judiciário a análise, o juízo sobre a progressão do condenado, em determinados crimes. Importa afirmar: retirou-lhe o poder-dever de individualizar a pena, no processo de execução (art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90). Transgrediu-se garantia, pertinente ao cânone de legalidade, silenciando o juiz da execução (art. 66, inc. III, *b*, da Lei de Execução Penal).

Houve nítida interferência do Legislativo sobre o Judiciário, mutilando-o, a dano da independência e harmonia dos Poderes da República (arts. 2.º e 60 § 4.º, inc. III, da CF).

Pode-se criticar o sistema vigente. Pretender que a modulação da pena não se mostre, sempre, a mesma para todas as infrações, por exemplo. Trocá-la, porém, pelo mero automatismo, determinante da prisionalização, é insustentável transfiguração.

Note-se: a Lei Maior, assentando que, ao legislador ordinário, cabe regular a individualização da pena, jamais permitiu pudesse ele extingui-la (art. 5.º, inc. XLVI). Lembre-se de que direito individual não se suprime, nem sequer por via de emenda constitucional¹⁶ (arts. 5.º, inc. XLVI c/c 60, § 4.º, inc. IV, da CF). No plano de tal fator de referidos diplomas atécnicos, jamais ingressou a “dignidade da pessoa humana”, que termina, assim, comprometida¹⁷ (art. 1.º inc. III, da Lei Magna).

O contravalor intolerável tornou-se inconstitucionalidade enorme. Não pode prevalecer, na doutrina e nos julgados.

Tucci. Progressão na execução das penas privativas de liberdade. Breve estudo sistêmico. Em *RT* 630/269-78, abr. 1988.

(16) Mediante comunicação verbal, Rogério Lauria Tucci tem entendimento semelhante.

(17) Afirma José Afonso da Silva: “(...) a *dignidade da pessoa humana* não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito”. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, in *Revista de Direito Administrativo* 212/91, abr./jun. de 1998. Tal princípio constitucional geral, à evidência, não foi tomado em conta pelos legisladores.