|  |
| --- |
|  |
| **Tese 53** |
| [[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/imagens/imprimir.gif](javascript:%20var%20imprime=window.print())Imprimir](javascript:%20var%20imprime=window.print())  [[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/imagens/email/email.gif](javascript:%20var%20Abre=window.open('/dpesp/Admin/EmailEnvia.aspx?idPagina=5845&idItem=61257','','width=500,%20height=400,%20statusbar=yes,%20toolbar=no,%20scrollbars=yes,%20resizable=yes'))Enviar](javascript:%20var%20Abre=window.open('/dpesp/Admin/EmailEnvia.aspx?idPagina=5845&idItem=61257','','width=500,%20height=400,%20statusbar=yes,%20toolbar=no,%20scrollbars=yes,%20resizable=yes'))  [[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/imagens/fechar.gif](javascript:__doPostBack('cmdCancela0',''))Fechar](javascript:__doPostBack('cmdCancela0','')) |
| TESE 53 - III Encontro Estadual - 2009  Proponente: Mário Lúcio Pereira Machado  Área: Execução Criminal  Súmula: A decisão judicial de indeferimento da progressão de regime prisional e da liberdade condicional com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da pena configura fundamentação inidônea e abuso no poder de interpretar do magistrado, extrapolando os limites do livre convencimento motivado.    **Assunto**  A gravidade delitiva e a longevidade da pena como requisitos obstativos da progressão de regime prisional e do livramento condicional.    **Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais**  Item específico: art. 5.º, inciso VI, alínea “l” da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006: “São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: (...) promover a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de (...) cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição”.    **Fundamentação jurídica**  Nos termos do artigo 112 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, para galgar a benesse da progressão de regime prisional é preciso o preenchimento do requisito objetivo-temporal, além do subjetivo, que é o mérito do sentenciado, comprovado mediante atestado de conduta carcerária emitido pelo Diretor do estabelecimento prisional.  Já o artigo 83 do Código Penal Brasileiro exige à concessão da liberdade condicional o cumprimento de certa quantidade de pena, a reparação do dano em alguns casos e o comportamento satisfatório durante a execução penal, bom desempenho no trabalho e o compromisso de manter ocupação lícita para prover a própria subsistência. No caso de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento subordina-se à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinqüir.  A celeuma surge em torno do preenchimento do requisito subjetivo que, por vezes, possui um conceito ampliado pelo juiz. Isso porque, na prática, alguns magistrados têm considerado a quantidade da pena e a gravidade do crime como elementos integrantes do bom comportamento carcerário.  Em outras palavras, se acaso o sentenciado tiver uma pena longa a resgatar em razão da gravidade do delito praticado quando do pedido do benefício, este será indeferido por falta de requisito subjetivo.  O magistrado que assim decide justifica seu pensamento no princípio da **livre convicção motivada** e na busca da **verdade real** no processo de execução penal.  Segundo os adeptos desta corrente, o juiz não fica adstrito ao atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional. Caso contrário, estar-se-ia engessando o magistrado e ferindo a Constituição Federal, que prevê a livre convicção.  Sustenta-se, ainda, que o requisito subjetivo não pode ser interpretado apenas como sendo bom comportamento carcerário, **nos estritos limites da lei**, até porque o juiz, nesse caso, seria um mero aplicador da norma jurídica, estando privado de interpretá-la concretamente, com justiça.  Portanto, o pensamento ora esposado encontra fundamento na figura de um Judiciário **intervencionista**, no sentido de se admitir que **o juiz, fazendo às vezes do legislador**, amplie o conceito legal do requisito subjetivo para fins de benefícios.  Para a lei, basta o bom comportamento carcerário atestado **pela direção** do estabelecimento prisional; para o juiz, mister que, além disso, o sentenciado não tenha uma quantidade elevada de pena por cumprir.  Aqueles que navegam por essas águas sustentam, ainda, que o artigo 112 da LEP ou o artigo 83 do Código Penal não podem ser interpretados ipses litterissob pena de causar na população a sensação de impunidade. Para que tal não aconteça, vemos como conseqüência a severidade do julgamento como uma resposta de combate à violência para a sociedade.  Nesse sentido, necessário que se exija do Judiciário uma posição pró-ativa, a fim de que o mesmo corrija as imperfeições da lei, através de um processo de intervenção noutra esfera de poder, ampliando-se o conceito legal de bom comportamento carcerário.  Com todo respeito ao entendimento supracitado, discordamos com veemência, pois toda e qualquer decisão judicial que basear-se em tais premissas, incontestavelmente, afronta a Constituição da República. Vejamos.    Nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.  O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão previu o princípio da legalidade, cujo surgimento se deu com o Estado de Direito, em oposição ao Estado de Polícia, **autoritário** **e antidemocrático**.  Segundo a doutrina, como viga-mestra do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade dirige-se aos Poderes Públicos e, também, aos particulares:  **. quanto aos Poderes Públicos**– o Executivo, Legislativo e***Judiciário***devem agir***dentro da lei***; qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa),***somente será juridicamente válida se nascer da lei em sentido formal***; e  **. quanto aos particulares**– nas relações privadas, tudo aquilo que***não for proibido***pela lei é tido como***permitido***(***princípio da autonomia da vontade***).  O princípio da legalidade transmite a idéia de que***apenas***o Poder Legislativo pode***criar comandos inovadores***na ordem jurídica.***[[1]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn1" \o ")***(grifo nosso).  Logo, ao Judiciário não cabe inovar a ordem jurídica e exigir à comprovação do comportamento carcerário mais que aquilo previsto na lei; quer dizer que a longevidade da pena não pode servir de obstáculo como algo configurador da ausência de requisito subjetivo para fins de regime aberto, por exemplo.  Nesse sentido, se a lei não proíbe a concessão do regime aberto, v.g., àqueles com longa pena a resgatar, a contrario sensusignifica que é permitido ao particular, no caso o preso, ter assegurado seu direito de liberdade.  Comungando com tal entendimento, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciando a Ordem de “habeas corpus” nº 990.08.006010-4, impetrada pela Defensoria Pública, que teve como relator o Ilustre Desembargador IVAN MARQUES, concedeu a presente ordem em caso idêntico, fundamentando seu posicionamento na necessidade do magistrado pautar sua decisão no estrito cumprimento da lei, in verbis:  **[...]**  **Ora, o juiz não é César e deve pautar sua conduta pelo estrito cumprimento das leis, obrigação assumida inclusive quando do juramento de posse nesse cargo.**  **E a lei vigente autorizava e recomendava a concessão do livramento condicional ao paciente.**  **Penso ser unânime no Brasil o entendimento de que a legislação penal e principalmente, a aplicável à execução penal é branda e insatisfatória.**  **Mais isso não dá ao juiz o direito de se colocar acima das leis e passar a, tal qual um imperador romano, decidir para quem, onde e quando concederá benefícios previstos em lei, segundo seus próprios e subjetivos critérios, pouco se importando com os ditames legais.**  **Principalmente com base na pífia argumentação de que o sentenciado deva permanecer mais algum tempo sem beneficio.**  **Mas algum tempo quanto?**  **Tal decisão é clamorosamente carente de fundamentação legal.**  **[...]**  ALEXANDRE DE MORAES, citando jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça preleciona: a liberdade é indisponível no Estado de Direito Democrático;***não cabendo a nenhuma autoridade, inclusive do***Executivo e***Judiciário, assenhorar-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir***, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei.***[[2]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn2" \o ")***(grifo nosso).  A função típica do Poder Judiciário é dizer o direito através do juiz que interpretando a lei, aplica-a ao caso concreto. Não se pode esquecer, no entanto, que tal interpretação tem de ser de acordo com a lei e a Constituição. Já a função típica de legislar, ou seja, criar o direito; fica a cargo do Poder Legislativo.  Nesse diapasão, não pode um poder interferir na esfera de outro, sob pena de abuso de poder. É a teoria dos freios e contrapesos.  Assim, quando o juiz exige algo não previsto em lei para a concessão de um direito (no caso a progressão de regime ou o livramento condicional), o mesmo está invadindo esfera de atuação reservada ao legislador.  A questão da impunidade, do senso de injustiça, se não resolvidas pela lei, não podem ser solucionadas pelo juiz, como uma resposta à sociedade ou à mídia. A imparcialidade do juiz também se volta para esses casos.  Logo, se a questão da violência não está sendo solucionada pelas leis atuais, o problema é do povo, que soberano, elege seus representantes, incumbidos de criarem o direito. Não cabe ao juiz substituir tal função na tentativa de resolver o problema. Caso contrário, a segurança jurídica estaria sendo desrespeitada.  Por isso, quando falamos em separação de Poderes estamos nos reportando a uma***separação de funções estatais***, conferidas a órgãos especializados para cada atribuição.***[[3]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn3" \o ")***  Não é novidade que a quantidade da pena encontra seu consectário lógico na gravidade delitiva. Assim, quando do processo de conhecimento condenatório, o juiz pune mais severamente o réu de acordo com as circunstâncias judiciais desfavoráveis, as circunstâncias legais agravantes e, por fim, as causas de aumento de pena (critério trifásico de Hungria).  Durante o **processo condenatório** faz-se, portanto, um **juízo de diagnose**, ou seja, o juiz analisa fatos pretéritos que levaram à ação criminosa para diagnosticar a quantidade da pena a ser aplicada. Já no**processo de execução**, realiza-se um **juízo de prognose**, isto é, o juiz, ao julgar determinado benefício, verifica a evolução comportamental do sentenciado, após o início do cumprimento da pena.  Em outras palavras, o juiz da execução não pode olhar para trás e com base na gravidade do fato, negar o benefício, pois tal já fora considerada anteriormente, justamente para majorar a pena e, portanto, punir o réu.  Assim, se o juiz da execução penal realizar um juízo de diagnose para indeferir um benefício, estará violando a regra da **proibição da dupla punição pelo mesmo fato.**  Ademais, o sentenciado que possui longa pena por cumprir demorará maior tempo que aquele que possui menor para alcançar o preenchimento do requisito objetivo-temporal. Tal medida, portanto, encontra-se em perfeita consonância com o postulado da **proporcionalidade.**  Nesse sentido:  "O agravante está cumprindo pena de 21 (vinte e um) anos e 02 (dois) meses de reclusão pela violação dos arts. 121 §2º, incisos I, II e IV e 155, ambos do Código Penal. Começou a cumprir a pena no dia 12 de junho de 2000, e o término está previsto para o dia 12 de outubro de 2022.  {...}  **A pena longa não é obstáculo para concessão de progressão**. A Lei de Execução Penal dispõe que o condenado possui direito à progressão, desde que tenha cumprido 1/6 da pena sob regime mais grave.***A Lei de Execução Penal já exige que o condenado à pena longa cumpra maior tempo em regime prisional mais grave para ser promovido para mais ameno, ao estabelecer percentual de 1/6 de cumprimento da pena não importando seu montante.***  **O condenado à pena longa fica mais tempo sob regime prisional fechado**antes de ser promovido para regime prisional semi-aberto. Tendo ele ficado mais tempo em regime mais rigoroso,***não pode o julgador exigir que ele permaneça sob esse regime prisional mais tempo que o exigido em lei,***para que o benefício da progressão possa ser deferido.  {...}  No Juízo da Execução Penal, o condenado passa a ser avaliado sob outros aspectos para fins de deferimento de benefícios contemplados na Lei de Execução Penal.***A avaliação do condenado não envolve as condições judiciais para a aplicação da pena, mas sim, seu comportamento carcerário.***  {...}  Dá-se, por esses motivos, provimento ao recurso para cassar a decisão, determinando que Edson Armeliato passe a cumprir o restante de sua pena privativa de liberdade sob regime semi-aberto."(TJ/SP., Agravo 01016724.3/9, São Paulo, 2ª C.Criminal., Rel. Des. Almeida Braga, em 21/12/06,v.u).  Como demonstraremos na fundamentação fática, alguns juízes indeferem os benefícios em razão da pena longa e do crime grave, ainda que o sentenciado tenha em seu favor, inúmeras saídas temporárias retornadas e ausência de histórico de faltas disciplinares bem como atividades laborterápicas e de cunho intelectivo.  No entanto, quando o contrário se estabelece - sentenciado com histórico de faltas e saídas temporárias não retornadas - o juiz fundamenta a decisão de indeferimento citando tais fatores negativos da personalidade do réu.  Melhor exemplificando, **o juiz fundamenta que, as saídas temporárias e a ausência de faltas, por si sós, são insuficientes para comprovar o mérito do sentenciado, ainda que este ostente o atestado de boa conduta.**  **Porém, as mesmas circunstâncias supramencionadas, mas ocorridas de forma inversa (saídas não retornadas e prática de faltas graves), servem, só por si, para indeferir a benesse pleiteada.**  Conclusão: aplica-se o princípio da individualização da pena apenas quando no histórico carcerário constarem **fatores negativos** de personalidade. Contudo, **quando se verifica o contrário**, o juiz encontra uma forma para negar o benefício, utilizando-se, por exemplo, **de requisitos não previstos na lei (longevidade da pena).**  Ora, diante do exposto, vislumbra-se a violação do princípio da **igualdade material**, pois a individualização da pena é diferente para um e outro caso. É realizada uma discriminação negativa, pois ausente de razoabilidade.  O Magistrado que individualiza a pena apenas para prejudicar, nunca para beneficiar, **escolhe um discrímen que não guarda consectário lógico com a razão jurídica da discriminação.**  Com efeito, a***igualdade é princípio que visa a duplo objetivo***, a saber: de um lado***propiciar garantias individuais contra perseguições***e, de outro,***tolher favoritismos.***  No caso da pena longa, nota-se claramente que **o Juiz está a perseguir os sentenciados com TCP dilatado,** pois ainda que tenham todos os fatores possíveis a seu favor, não serão beneficiados com os institutos atinentes a formas mais amenas de cumprimento da pena.  Uma argumentação também muito comum nas decisões, principalmente quando dizem respeito ao livramento condicional, tem sido o fato de ser prematura a concessão de tal benesse, sempre que o final da pena transpor o ano de **2012.**  Sustenta-se que não há prova suficiente de que, em liberdade, o sentenciado não voltará a delinqüir. Vale dizer que o juiz da execução **presume,** quando assim motiva sua decisão, **a reincidência futura.**  Ora, no Estado de Direito não se pode fazer tal previsão; pois antes da prática de qualquer fato, já se considera a probabilidade de ser praticado um novo delito. No nosso parco entendimento, tal pensamento viola a **presunção de inocência.**  Nos dizeres do culto jurista LUÍS ROBERTO BARROSO “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.[[4]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn4" \o ")  E ainda cita em sua obra que é razoável **“o que não seja arbitrário ou caprichoso”.****[[5]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn5" \o ")**(sem destaque no original).  Em sendo a decisão ora guerreada arbitrária, posto que violadora de todos os postulados constitucionais já traçados, obviamente que não atende o senso de justiça, porquanto desarrazoada.  Com efeito, o estudo da razoabilidade deve ser realizado, num primeiro momento, dentro da lei; o que vem a ser a razoabilidade interna.Vale dizer, é preciso que haja uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.  Os motivos são as circunstâncias de fato que levaram à edição da norma. No caso da progressão de regimes e do livramento condicional, podemos dizer que o motivo, além do combate à criminalidade, seria a necessidade de se atender ao cumprimento da pena em etapas, de modo a reinserir gradativamente o delinqüente na sociedade, da qual esteve e está temporariamente afastado por descumprir as regras do bom convívio social.  O meio empregado pelo legislador foi então a criação de benefícios com a finalidade de evitar o cumprimento integral da pena em regime fechado, posto que tal não atenderia à ressocialização e reeducação.  Uma vez verificada a razoabilidade interna de tais normas (art. 112 da LEP e art. 83 do CP), necessário a verificação da razoabilidade externa, que pode ser definida como a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional.  Assim, da razoabilidade externa extraímos os seguintes requisitos: “(a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) danecessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência da esfera dos direitos dos cidadãos”.[[6]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn6" \o ")  Nesse caminho, é preciso saber se a medida adotada pelo Juiz da execução penal - pena longa como óbice à concessão de benefícios - é apta a atingir o objetivo, consistente no combate à violência, diminuindo a criminalidade que assola a humanidade **(juízo de adequação)**.  Em seguida, necessário analisar se o meio empregado (pena longa) é o menos lesivo para combater o crime **(juízo de necessidade ou exigibilidade, também conhecido como proibição do excesso).**  E finalmente, mister que se faça um juízo de ponderação entre o ônus imposto (indeferimento das benesses) e o benefício trazido (combate à violência) para constatar se é justificável a violação do direito de locomoção dos sentenciados **(proporcionalidade em sentido estrito).**  Ora, é do conhecimento de todos que a celeuma em torno da criminalidade não está na severidade ou não das leis penais, mas, sim, na falta de implementação de políticas públicas penitenciárias. Ou seja, o problema não está no Poder Legislativo, mas sim no Executivo, que não tem cumprido com os ditames da Lei das Execuções Penais.  Logo, o encarceramento por maior tempo do que o previsto em lei não resolverá a questão da criminalidade se a finalidade da pena não for perseguida pelas autoridades públicas, principalmente no tocante à ressocialização e reinserção social do preso.  Se o endurecimento das decisões no processo de execução penal não tem resolvido a problemática frente aos altos índices de reincidência, é claro que não está havendo razoabilidade, posto que **o meio empregado não tem sido o mais adequado nem o menos lesivo**, motivo pelo qual **não se justifica** a restrição aos vários princípios constitucionais abordados.  Assim, o dia em que o Judiciário, ao invés de fazer às vezes de Legislador, **fizer a de Executor**, observadas as limitações dos freios e contrapesos, forçando a implementação de políticas públicas penitenciárias, a razoabilidade certamente será atingida e a justiça alcançada.  Finalmente, é preciso analisar a decisão com base na pena longa e os limites da livre convicção motivada.  É sabido que a Constituição da República, em seu artigo 93, inciso IX, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e **fundamentadas** todas as decisões, sob pena de nulidade.  Já no inciso seguinte dispõe o Texto Constitucional que as decisões administrativas dos tribunais serão **motivadas** e em sessão pública.  Assim, no Brasil vigora o princípio da **livre convicção motivada**, que consagra a regra da **independência jurídica do magistrado.**  Mas é bom lembrar que essa independência jurídica **não é absoluta, mas submissa ao Estado de Direito, às normas constitucionais e aos dispositivos legais.** Daí a razão da convicção ter de ser motivada no intuito de submeter-se a uma fiscalização, evitando-se assim, abuso de direito.  O eminente jurista NELSON NERY JUNIOR ressalta que a motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz,***até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF 5º***, trazendo consequentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais,***a legalidade da mesma decisão***...***[[7]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn7" \o ")***(grifo nosso).  Nesse diapasão poderíamos dizer que a motivação constitui não só uma garantia política, mas também uma **garantia da própria jurisdição.**  **Assim sendo, frente ao que dispõem os inúmeros postulados de assento constitucional elencados, não podemos nos conformar e permitir que no futuro continuem a ser profligadas decisões com motivação na longevidade da pena ou na gravidade delitiva, desprezando-se o real conceito legal de mérito do sentenciado.**  Caso contrário, estaremos a admitir a utilização do **princípio do** **julgamento de acordo com a consciência**, que permite ao juiz julgar livremente de acordo com o que lhe parece mais acertado, ainda que não encontre provas para tanto, ou as encontre em sentido contrário. O julgador não precisaria justificar a sua decisão, que pode ser proferida consoante a sua consciência, ainda que sem apoio na prova dos autos.***[[8]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftn8" \o ")***   Sim, porque decidir sem levar em conta inúmeras saídas temporárias e ausência de faltas disciplinares é decidir sem apoio na prova dos autos.  Nesse passo é que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo vem demonstrar seu inconformismo, posto que gritantemente desrespeitado o Estado de Direito na questão ora suscitada.  Desse modo, fácil concluir que a decisão de indeferimento de determinado benefício, em sede de execução penal, com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da reprimenda, configura lesão à liberdade de locomoção, pelo uso de violência oficial, mediante ilegalidade e abuso de poder.    **Fundamentação fática;**  Com certa freqüência, ou melhor, na quase totalidade dos casos, os sentenciados que resgatam suas reprimendas no regime semi-aberto têm seus benefícios de progressão ao regime aberto e livramento condicional indeferidos pelo MM. Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais de Bauru, com base única e exclusivamente na **expressiva quantidade de pena ainda por cumprir e na gravidade abstrata do (s) delito (s).**  Ainda que a defesa insista no **preenchimento dos requisitos legais** por parte dos presos, e muitas vezes demonstrando méritos mais que suficientes em razão de **inúmeras saídas temporárias retornadas**e da **ausência de histórico de faltas disciplinares**, inclusive atestando a realização de **atividades laborterápicas e intelectuais** durante o cumprimento da pena, o douto Magistrado, ignorando o postulado da**individualização da pena**, tem alegado sua **longevidade** como óbice à concessão das benesses pleiteadas.  Isto tem gerado uma grande **revolta** na população carcerária, **desestimulando** os detentos no tocante ao bom comportamento, pois nada adianta retornarem de saídas temporárias ou realizarem trabalho e estudo durante a execução da pena, visto que **não importarão** para a formação do convencimento do Juiz, que tem vistas apenas para a quantidade da pena ainda por cumprir bem como a gravidade dos crimes cometidos.  O que se tem percebido é que todo sentenciado com término de cumprimento de pena previsto para **2.012 ou mais**, **independente de seu histórico carcerário**, não tem direito ao livramento condicional ou à progressão para o regime aberto.  Para corroborar o alegado, pedimos veniapara destacar trechos de decisões dando conta da **inidoneidade da fundamentação** da sentença ou do **abuso na livre convicção** por parte do magistrado prolator.  Nos autos nº 471.525, figurando como sentenciado EDSON FERREIRA DOS SANTOS, o regime aberto foi negado com base na quantidade de pena (TCP para 24 de maio de 2016) e na gravidade do delito (roubos qualificados e porte ilegal de arma). Ocorre que na própria decisão o Juiz declarou que o preso foi beneficiado com **DEZESSEIS (16) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E SEM APRESENTAR HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.  Já nos autos nº 634.675, sentenciado CRISTIANO ALVES DE SOUZA, o regime aberto foi indeferido porquanto o TCP dar-se-á em 27 de fevereiro de 2015 e o requerente foi condenado por roubos qualificados. Porém apresentou prognose positiva, visto que beneficiado com **QUATORZE (14) SAÍDAS TEMPORÁRIAS SEM POSSUIR HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.  No processo 412.089, o sentenciado JOILSON FLORENTINO DA SILVA, que contava com **TREZE (13) SAÍDAS TEMPORÁRIAS RETORNADAS E SEM TER PRATICADO FALTAS DISCIPLINARES** não foi beneficiado com o regime aberto porque condenado por crimes graves (roubos qualificados e homicídio qualificado) tendo, ainda, expressiva quantidade de pena a resgatar (TCP para 24 de junho de 2017).  Continuando, na execução nº 608.917, o sentenciado EDSON DOS SANTOS não logrou êxito ao regime aberto porquanto condenado por roubos qualificados e pena longa (TCP em 07 de setembro de 2013). Contudo, retornou de **DOZE (12) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E NÃO COMETEU FALTAS DISCIPLINARES**.  Já na execução nº 484.466, o sentenciado EDUARDO FERREIRA DE MIRANDA não foi beneficiado com o regime aberto, também porque condenado por roubos qualificados e expressivas penas (TCP em 07 de março de 2016), mesmo tendo em seu favor **ONZE (11) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E AUSÊNCIA DE HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES.**  Por fim, o sentenciado RODRIGO PEREIRA DOS SANTOS, autos nº 605.199, teve negado seu benefício ao regime aberto, mesmo contando com **DEZ (10) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E NÃO TENDO PRATICADO FALTA DISCIPLINAR**.  Para fins de **livramento condicional** a digna autoridade coatora segue a mesma linha de raciocínio, visto que no processo de CRISTIANO ALVES DE SOUZA indeferiu o benefício porque o TCP está previsto para 27 de fevereiro de 2015, mesmo diante do fato de o sentenciado contar com nada menos que **DOZE (12) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E ATESTADO DE BOM DESEMPENHO NA EDUCAÇÃO E ÓTIMO NO TRABALHO**. No mesmo sentido foram as decisões tomadas nos processos nº 665.905 e nº 714.595, cujos sentenciados contavam com **CINCO (05) SAÍDAS TEMPORÁRIAS, TRABALHO E ESTUDO,**respectivamente.  Assim, as decisões do eminente Magistrado têm gerado **reflexos negativos** tanto no **Poder Executivo** como no próprio **Poder Judiciário.**  Isso porque ao negar a progressão ao regime aberto ou o livramento condicional, os presos que geralmente encontram-se custodiados em estabelecimento destinado ao cumprimento da pena no regime **semi-aberto** **permanecem** em tal local por **expressiva quantidade de tempo**, gerando no sistema carcerário uma **superlotação** inaceitável.  Tanto é verdade que na região de Bauru há centenas e centenas de sentenciados cumprindo pena em estabelecimento de **segurança máxima** com **regime inicial semi-aberto** ou **já beneficiado com o instituto da progressão** justamente por **FALTA DE VAGAS.**  Para comprovar o alegado, a Defensoria Pública, por intermédio do subscritor, oficiou aos estabelecimentos prisionais da região e requisitou a remessa da relação de presos que se encontram na situação esposada.  Na Penitenciária II de Pirajuí, por exemplo, há **116 (cento e dezesseis) presos aguardando transferência para o regime semi-aberto há mais de 03 (três) meses**. Já na Penitenciária I de Pirajuí, há**209 (DUZENTOS E NOVE)**reeducandos na mesma situação.  Na Penitenciária II de Balbinos, há **77 (setenta e sete) sentenciados no fechado que deveriam estar no semi-aberto, fisicamente falando**.  Vale frisar que faltam outras penitenciárias na relação; apenas demos alguns exemplos da situação caótica da falta de vagas, certamente encontrando-se deste modo por causa de **expressiva contribuição do Magistrado**.    Isso porque, a rotatividade é inerente ao sistema carcerário, sendo certo que **o rigor excessivo no julgamento do regime aberto e do livramento condicional faz com que faltem vagas no regime semi-aberto**, gerando constrangimento ilegal não só aos presos juridicamente do semi-aberto, mas fisicamente no fechado, como, também, àqueles que deveriam, por lei, encontrar-se no aberto ou no livramento condicional.  E justamente sobre esta problemática é que o Judiciário não pode e não deve fazer vista grossa atribuindo a culpa com exclusividade ao Executivo, em razão da desídia estatal no tocante à construção de mais estabelecimentos prisionais.  E não é só. As hodiernas e futuras decisões arbitrárias que ora se analisa gerarão – e já têm o feito – **um número expressivo de habeas corpus**e de agravo em execução a serem julgados pelo Egrégio Tribunal de Justiça. Basta analisar que na região de Bauru há cerca de **12.000 (doze mil) processos** em andamento.  À evidência que tal fator tem levado a um **congestionamento do Poder Judiciário**, mormente porque, muitas vezes, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo não tem conhecido das impetrações, o que tem culminado com centenas de habeas corpusimpetrados mensalmente no Superior Tribunal de Justiça, apenas pela Defensoria de Bauru.  Este Colendo Superior Tribunal, por sua vez, tem entendido majoritariamente, que **é cabível o habeas corpuspara sanar a ilegalidade da decisão com base na pena longa**, o que tem feito os autos retornarem ao tribunal a quopara análise do mérito, ante a vedação da supressão de instância.  Toda problemática aqui enfrentada poderia ser sanada com a determinação no sentido de que o magistrado de primeiro grau decida acerca dos benefícios com base nos **estritos ditames da lei**, sem que tal implique no desprestígio da livre convicção, o que foi abordado com maior profundidade no tópico supra (fundamentação jurídica).    **Sugestão de operacionalização;**  Ficou evidente que a decisão discutida na presente tese apresenta fundamentação inidônea geradora de constrangimento ilegal consistente na afronta à liberdade de locomoção dos sentenciados que preencheram os requisitos legais, porém possuem considerável quantidade de pena ainda por cumprir.  Entendemos perfeitamente cabível a impetração de **habeas corpuspreventivo coletivo** com o objetivo de afastar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação à liberdade dos sentenciados que possuem pedidos de progressão de regime e de livramento condicional pendentes de julgamento.  A veiculação da matéria através do “remédio heróico” é compatível com o rito sumaríssimo e célere do “habeas”, pois se trata de questão exclusivamente de direito, isto é, técnico-jurídica, não havendo falar-se em exame aprofundado de material fático-probatório.  Isso porque a única coisa que se discute é a possibilidade ou a impossibilidade de se decidir pelo não preenchimento do requisito subjetivo (mérito do sentenciado) unicamente em razão da quantidade de pena por cumprir e na gravidade do delito cometido.  No tocante à **coletividade** da ação constitucional, não vemos qualquer embaraço na impetração, pois todos os presos com expressiva quantidade de pena a resgatar incontestavelmente serão violados no direito de ir e vir, uma vez que o magistrado não concederá as benesses pleiteadas, posto que, no seu entendimento, estaria ausente o requisito subjetivo.  Finalmente, a **prevenção** também se mostra em perfeita harmonia com o caso em testilha, pois basta colacionar ao habeas corpus, cópias de decisões já proferidas com base na motivação inidônea em comento, para que o tribunal perceba que as futuras sentenças seguirão a mesma razão de decidir.  Ora, ante a imensidão de processos que tramitam perante uma Vara de Execução Criminal, é sabido que, na prática, o juiz acaba alterando apenas o nome do sentenciado, mantendo, no mais, a mesma fundamentação jurídica.  Daí a possibilidade de concluirmos que, se decisões passadas ocasionaram constrangimento ilegal, certamente as futuras ocasionarão.  O maior desafio da Defensoria Pública no caso sub examineé convencer o tribunal que não se pretende com a impetração tolher a livre convicção do magistrado, mas sim que o seu convencimento seja formado com base nos ditames legais e constitucionais. Até porque a liberdade de convencimento não é absoluta, mas relativa, sendo a impossibilidade de fundamentação inidônea um importante instrumento de contenção de eventuais abusos por parte do julgador.  O pedido a ser veiculado, portanto, é pela concessão da ordem com a determinação de que o juiz esteja impedido de decidir pela carência do requisito subjetivo com base única e exclusiva na gravidade delitiva e na longevidade da pena.  Outra providência de suma importância seria a **sustentação oral** com o escopo de sensibilizar os desembargadores, principalmente na questão da problemática que vem sendo gerada pela decisão em tela, no tocante à falta de vagas nos estabelecimentos prisionais de semiliberdade e em relação ao congestionamento do Judiciário face ao elevado número de impetrações de habeas corpuscontra idêntica decisão que vem sendo prolatada em algumas varas de execução criminal.  Na hipótese de **não conhecimento** da impetração restaria, ainda, uma saída, qual seja o ajuizamento de uma **argüição de descumprimento de preceito fundamental**, posto que a decisão com base na pena longa malfere inúmeros postulados de índole constitucional.  Salvo melhor juízo o habeas corpuspode perfeitamente ser utilizado no presente caso; todavia, se este não for o entendimento dos tribunais, cabível a supracitada argüição como única medida de caráter coletivo eficaz para sanar a lesividade (princípio da subsidiariedade).  Assim, caberia à **ANADEP** o ajuizamento de ADPF preventiva para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. O interessante é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, se acaso desrespeitada, autoriza o ajuizamento de **reclamação.**  Por fim, o objetivo da Defensoria com tais medidas é que, **pelo menos**, a questão venha a ser no futuro, **sumulada** pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, posto que a jurisprudência majoritária caminha pela impossibilidade de fundamentar a decisão com base tão-somente na longevidade da pena.    **Conclusão.**  Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual de Defensores Públicos da Área da Execução Penal.  Termos em que,  p. deferimento.  Bauru, 23 de julho de 2009.    **MÁRIO LÚCIO PEREIRA MACHADO**    [[1]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref1" \o ") Lammêgo Bulos, Uadi; Curso de Direito Constitucional,2ª ed., Saraiva, p. 425-6.  [[2]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref2" \o ") Direito Constitucional,15ª ed., Atlas, p. 142.  [[3]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref3" \o ") Lammêgo Bulos, Uadi, Curso de Direito Constitucional, 2ª ed., Saraiva, p. 396.  [[4]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref4" \o ") Interpretação a aplicação da Constituição,6ª ed., Saraiva, p. 224.  [[5]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref5" \o ") Op. Cit.,p. 224.  [[6]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref6" \o ") Op. Cit.,p. 229.  [[7]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref7" \o ") Princípios do Processo na Constituição Federal,9ª ed., RT, p. 286.  [[8]](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=61257&idModulo=9706" \l "_ftnref8" \o ") Rios Gonçalvez, Marcus Vinicius; Novo Curso de Direito Processual Civil,3ª ed., Saraiva, p. 40. |
| [[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/imagens/imprimir.gif](javascript:%20var%20imprime=window.print())Imprimir](javascript:%20var%20imprime=window.print())  [[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/imagens/email/email.gif](javascript:%20var%20Abre=window.open('/dpesp/Admin/EmailEnvia.aspx?idPagina=5845&idItem=61257','','width=500,%20height=400,%20statusbar=yes,%20toolbar=no,%20scrollbars=yes,%20resizable=yes'))Enviar](javascript:%20var%20Abre=window.open('/dpesp/Admin/EmailEnvia.aspx?idPagina=5845&idItem=61257','','width=500,%20height=400,%20statusbar=yes,%20toolbar=no,%20scrollbars=yes,%20resizable=yes'))  [[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/imagens/fechar.gif](javascript:__doPostBack('cmdCancela',''))Fechar](javascript:__doPostBack('cmdCancela','')) |