

Comparar a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado (inc. IV).

Além das condições facultativas ou especiais previstas na Lei de Execução Penal, a legislação local (estadual) poderá prever outras de forma a complementar o cumprimento da pena em regime aberto (art. 119), como por exemplo a frequência a cursos educacionais ou profissionalizantes, visitas aos parentes na companhia de assistente social etc. O extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já decidiu ser legítima condição de prévia indenização das vítimas (TACrimSP, rel. Marrey Neto, *RJD* 2/166).

Essas condições facultativas poderão ser modificadas pelo próprio juiz, ou a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem (art. 118).

Cumpre ainda lembrar que o Dec.-Lei 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais – traz como sanção a previsão da pena de prisão simples, que nunca poderá exceder o máximo de cinco anos (art. 10). Embora não previsto, na Lei de Execução Penal, regime especial para tal pena, o próprio Decreto-Lei determina em seu art. 6.º que “a pena de prisão simples deverá ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime *semiliberto ou aberto*”. Entre estes, o critério para a escolha do regime deverá ser o mesmo do art. 33 do Código Penal.

6.4 Regime aberto domiciliar

A prisão domiciliar ou, mais apropriadamente, o regime aberto domiciliar é uma medida excepcional destinada a permitir que determinadas pessoas que já se encontram no regime aberto, por motivos especiais e humanitários, possam cumprir sua pena em suas residências. O art. 117 da LEP enumera as hipóteses para o condenado:

- Maior de 70 anos;
- Acometido de doença grave;
- Com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- Gestante.

A doutrina e a jurisprudência se dividem quanto ao caráter do artigo, se *taxativo ou exemplificativo*. A nosso ver, trata-se de disposição exemplificativa, pela índole humanitária que a reveste.

Lembramos que a partir da edição da Lei 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal, o submeio à prisão albergue domiciliar poderá ser *monitorado eletronicamente* (vide Capítulo XIX).

A lei não faz distinção se a condição especial surgiu antes ou depois da prática do delito. Seu cunho é humanitário e sua preocupação é a solidariedade com o indivíduo que possui uma condição especial e deve ser tratado de acordo com essa necessidade. É macabro o pensamento de que, se o autor possuía 70 anos na data do crime, já possuía a doença grave ou o filho menor ou deficiente, não poderia usufruir o dispositivo, porquanto teria executado o crime sabendo do privilégio de estar resguardado por um “manto ou passaporte de impunidade” como afirmam Daniel Prado da Silveira e Hideo Ozaki (*Prática de execução criminal*, p. 31-32). A lei não possui esta exceção ou condição de anterioridade e, certamente, não foi esta a intenção do legislador.

Em certos casos, como dos acometidos de doença grave ou as gestantes, o recolhimento em domicílio somente poderá ser deferido quando o motivo possa ser administrado residencialmente, ou seja, quando o domicílio do condenado esteja equipado para a situação. Se os cuidados necessários demandarem o internamento, o juiz deverá recomendá-lo, negando o recolhimento domiciliar se não estiver devidamente comprovada a capacidade de suporte, pois o condenado continua sob a tutela do Estado e, portanto, de sua responsabilidade.

Como explanamos anteriormente, não se pode transferir a ineficiência do Estado ao cidadão. Portanto, entendemos que, na ausência do estabelecimento aberto, ainda que fora dos casos do art. 117, poderá ser deferido o regime domiciliar. Se a concessão abusiva e indiscriminada da prisão domiciliar pode ser considerada um mal, a não concessão do regime aberto é um mal ainda maior e, dos males, o menor (no mesmo sentido, NOGUEIRA. *Comentários à lei de execução penal*, p. 125).

6.5 Progressão

O Código Penal preconiza que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso” (art. 33, § 2.º, CP). A *transferência* é a passagem de um regime para o outro. Quando para o mais benéfico, chamamos *progressão*. Ao mais rigoroso, chamamos *regressão*.

Progressão significa passar de um regime de cumprimento mais severo para outro mais brando. As penas privativas de liberdade devem ser executadas nesta linha, tendo o nosso legislador inspirando-se na metodologia conhecida por *mark system*, que permite ao condenado que atinge determinadas metas (marcas) a conquista de privilégios e uma maior aproximação da liberdade.

Para ter direito à progressão, o condenado à pena privativa de liberdade deverá:

- *Cumprir* ao menos 1/6 da pena no regime anterior, se condenado por crime comum, ou 2/5 e 3/5 (para o reincidente), se condenado por crime considerado hediondo ou equiparado;

- Ostarar *bom comportamento* carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
- Se condenado por *crime contra a administração pública* terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à *reparação do dano* que causou, ou à *devolução do produto do ilícito praticado*, com os acréscimos legais.

O primeiro requisito — *cumprimento de parte da pena* — deve levar em consideração o total da pena imposta na(s) sentença(s). Exemplificando, em uma singela observação, o condenado a pena de seis anos em regime fechado deverá cumprir um ano para progredir ao regime semiaberto, e mais um ano para alcançar o regime aberto. Contudo, o correto entendimento é no sentido de que a pena a ser computada seja a pena ainda a cumprir. Exemplo: o condenado a pena de seis anos em regime fechado deveria cumprir um ano pra atingir o regime semiaberto. A pena restante seria de cinco anos. Desta pena cumpriria apenas mais 10 meses, o equivalente a um sexto. As correntes que apoiam este pensamento corretamente nos chamam a atenção de que a pena que já foi cumprida deve ser considerada extinta e não mais pode ser computada para qualquer efeito. O STF vem mantendo este entendimento.

Não há qualquer fundamento legal, jurisprudencial ou científico para a lamentação de Paulo Lúcio Nogueira, que entende estar havendo “muita tolerância na apreciação do requisito objetivo, quando deveria haver mais rigor, pois condenados com penas longas (...) não devem ser favorecidos com a progressão pelo simples fato de terem cumprido um sexto, mas deve-se exigir o cumprimento de mais tempo [!], já que esse mínimo deve ser aplicado em casos de condenação menos longa [?], sob pena de indevido favorecimento” (*Comentários à lei de execução penal*, p. 160). Salvo melhor juízo, parece-nos que o indevido seria negar ao condenado, que cumpriu exatamente o que dispõe a legislação como o requisito objetivo mínimo, a progressão de regime. O STF também mantém o entendimento (Súmula 715) de que para a progressão de regime ou concessão de livramento condicional deve ser utilizado o total das penas aplicadas. Conforme o Código Penal (art. 75), o máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade é de 30 anos. A partir desta quantidade, deveriam ser aplicadas as frações para o reconhecimento da progressão e do livramento. O entendimento do STF determina a utilização do total das penas, não importando que ultrapassem 30 anos. Se, por exemplo, o réu foi condenado a 60 anos, ainda que somente venha a cumprir 30, a progressão e o livramento condicional deverão ser computados em frações da pena concreta, ou seja, 60 anos.

Para os condenados por crimes hediondos ou equiparados, a Lei 8.072/1990 exige o cumprimento de pelo menos 2/5 da pena para o réu primário, e 3/5 para o reincidente em crime hediondo (art. 2.º, § 2.º). Esta previsão foi inserida com a edição da Lei 11.464/2007, após o STF ter considerado a como inconstitucional

a vedação de progressão de regime que fazia parte da redação original. Alguns profissionais, descontentes com as consequências da nova redação, proporcionaram uma divergência jurisprudencial que precisou ser resolvida pelo STF através da edição de uma Súmula vinculante 26.

De forma puramente retórica, a partir da edição da Lei 11.464/2007, que passou a permitir a progressão, alguns magistrados e promotores passaram a afirmar que tal lei configurava uma situação jurídica mais favorável para o condenado, diante da antiga redação que proibia a progressão de regime e, em vez de permitir a progressão a partir do cumprimento de 1/6 da pena, passara a exigir imediatamente o cumprimento de 2/5 ou de 3/5. Esta premissa estaria perfeitamente correta, não fosse o fato de que o STF já havia considerado a proibição da progressão de regime como algo inconstitucional. Se assim foi considerada, significa que a norma proibitiva da Lei de Crimes Hediondos não pode e jamais poderia ser utilizada para qualquer parâmetro jurídico, nem mesmo de comparação, e que se deve utilizar o padrão previsto na legislação existente, que era o de 1/6. Portanto, a conclusão lógica correta não é a de que a lei nova (11.464/2007) que permite a progressão é mais benéfica que a lei antiga (8.072/1990) que não permitia, mas sim a de que, considerada inconstitucional a proibição da Lei 8.072/1990, o parâmetro a ser utilizado é o referencial legal da progressão previsto na Lei de Execução Penal — ou seja, 1/6 — e que, assim, todos os que cometeram crimes hediondos até a data de alteração da Lei de Crimes Hediondos (28.03.2007) devem progredir após o cumprimento deste prazo, e não do prazo de 2/5 ou 3/5 previsto pela lei nova.

Foi necessária a edição de *Súmula vinculante 26* para tentar eliminar o entendimento equivocado, com a seguinte redação: “para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

O *bom comportamento* carcerário será comprovado por meio de um atestado emitido pelo diretor do estabelecimento prisional. Deverá ter como supedâneo o prontuário do condenado onde estarão anotadas as suas faltas e os seus elogios. A legislação federal não especifica o formato do atestado e as informações que deve conter, o que poderá ser regulamentado por cada estado da Federação. Neste ponto, é sempre pertinente a crítica de Augusto Thompson sobre a inversão do objetivo de readaptação prisional, que, ao invés, de ter como parâmetro a adaptação à vida livre, tem a adaptação à prisão. Julgar que o criminoso, por submissão às regras *intra muros*, comportar-se-á como não criminoso, no mundo livre é, para o autor, uma flagrante antinomia (THOMPSON. *A questão penitenciária*, p. 12).

A legislação nos apresenta uma lacuna. Ao exigir bom comportamento e não especificar seus requisitos e consequências, não regulamentou o procedimento para que o condenado punido com *falsa grave* venha a conseguir a progressão de regime. Se apesar de cumprido um sexto da pena possuir a anotação da falta, a progressão fatalmente será negada. E a partir de quando poderá novamente pleitear a progressão? A jurisprudência, dividida, entrelaça duas correntes. Na primeira, considera que a prática da falta grave, que conforme a lei justifica a regressão, deverá ser considerada como interrupção do prazo de um sexto, e o condenado deverá cumprir um novo período equivalente para ter direito a novo pedido de progressão. Uma segunda corrente entende exatamente o oposto, alegando que a falta não causa a interrupção do prazo. Atualmente, o STF mantém posicionamento de que o cometimento de falta grave implica o reinício da contagem do prazo para a concessão de benefícios prisionais. Mas encontramos no STJ posicionamento contrário, sob o fundamento de que não havendo previsão legal desta consequência a interrupção do prazo configura violação do princípio da legalidade (STJ, HC 121026). Este seria o melhor entendimento.

O parágrafo único do art. 112 também previa a realização de um *exame criminológico*. O renumerado parágrafo (agora § 1.º) não mais faz esta exigência, o que parte da doutrina considera um retrocesso na execução. Este parecer, que envolvia profissionais das áreas específicas para a aferição das efetivas capacidades do condenado, tinha a pretensão de demonstrar a aptidão física e psíquica do condenado para penetrar em um regime mais brando. O atual sistema ao exigir o atestado de bom comportamento, apenas verifica se o condenado adaptou-se ao regime prisional fechado. Isto significa que um recluso que se manteve durante um sexto da pena em absoluta obediência à ordem prisional possa progredir de regime, ao passo que um condenado que por motivos e discordâncias internos impostos pelo próprio convívio carcerário não conseguiu manter um comportamento exemplar, ainda que preparado para a progressão, não adquira este direito (no mesmo sentido, BEMFICA. *Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*, p. 225). O assunto é polêmico pela importância do conceito de periculosidade que se esconde por traz do exame criminológico e pela absoluta impossibilidade de tal exame cumprir o que se lhe espera. Sobre o tema, remetemos o leitor às nossas considerações sobre o exame emitidas no Capítulo V.

Diante da ausência de dispositivo legal, jamais poderia ser exigido como requisito da concessão. Contudo, o STF editou a Súmula vinculante 26, na qual embora inicialmente cite apenas uma modalidade de crime (o que poderia nos levar a entender que o exame somente poderia ser possível aos crimes hediondos), aparentemente permitiria ao juiz exigir a realização do exame para qualquer outro crime quando submetido o réu ao regime fechado. Este vem sendo o entendimento adotado e quando devidamente fundamentado, o juiz da execução tem exigido o exame para progressão.

Como já tivemos a oportunidade de nos manifestar em outra ocasião, a exigência do exame sem previsão legal é absolutamente abusiva e inútil. A origem desta exigência

deriva do antigo sistema do duplo binário (aplicação de pena e medida de segurança cumulativamente), que há mais de 20 anos deixou nosso ordenamento penal. Exigir que alguém se submeta a um capricho na falta de uma previsão legal é violar o princípio da legalidade constitucional de que ninguém deve fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Trata-se de frontal desrespeito ao direito subjetivo, reconhecido com tal o atendimento completo dos requisitos legais. Ademais, a medida torna-se absolutamente inútil porquanto no atual sistema vicariante, tenha ou não condições criminológicas de progredir, o condenado deverá ser efetivamente liberado ao final de sua pena, mesmo que detentor de diversos laudos criminológicos desfavoráveis. Assim, impedir sua progressão pela análise ou falta de análise criminológica é puro argumento teórico para justificar políticas criminais comprovadamente ineficientes de Lei e Ordem e fortalecimento de um direito penal de cunho exclusivamente simbólico.

A Lei 10.763/2003 alterou o art. 33 do CP e passou a exigir que o condenado por crimes contra a Administração Pública efetivasse a *reparação do dano ou devolução do produto do ilícito praticado* como condição à progressão de regime. Isto significa que, nos delitos que causem dano patrimonial ao Estado por meio de desfalques, subtração ou apropriação de valores da Administração, o condenado não poderá progredir de regime antes que haja a confirmação objetiva de restituição ou ressarcimento do prejuízo material causado. Pela própria dicção do artigo, fica evidente que o *dano moral* não está abrangido pelo dispositivo. A intenção do legislador foi a de recuperar o erário atingido pelo desvio ou subtração dos bens públicos.

A nova disposição legal precisa ser interpretada harmonicamente ao sistema já existente. Destarte, assim como a multa não paga não mais poderá ser convertida em privação da liberdade e a reparação do dano causado à vítima depende da possibilidade do condenado em fazê-lo sem que isso prejudique a concessão de benefícios, nos casos em que o condenado não puder efetuar a reparação ao erário por comprovada insuficiência, tal fato não poderá obstar a progressão de regime.

A Lei 10.792/2003, para concatenar o sistema jurídico, alterou a redação do art. 112 e incluiu a frase “respeitadas as normas que vedam a progressão”, com a finalidade de ressaltar os crimes hediondos, que antes da alteração do texto da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007 não permitiam a progressão de regime, algo felizmente superado.

Para decidir pela progressão, o juiz deverá ouvir o Ministério Público e a defesa. Em seguida, fundamentadamente decidirá a matéria. Como vimos, a redação do artigo, antes da Lei 10.792/2003, previa também a elaboração de exame criminológico, não mais previsto na nova redação. Em sua decisão o juiz não poderá levar em consideração aspectos já apreciados na sentença condenatória, por exemplo, as circunstâncias judiciais, a gravidade do delito, o emprego de violência e grave ameaça etc., que foram utilizados para o *quantum* da pena e o regime inicial de cumprimento. Ao fazê-lo, incidirá em *bis in idem*.

Lembramos que quando a progressão se der para o regime aberto a lei exige alguns requisitos a mais (supra, item 6.3).

O modelo progressivo (*mark system*) pressupõe a conquista, pelo condenado, de estágios graduais de liberação. Por isso, os regimes teriam que ser conquistados de forma paulatina, passando-se do fechado ao semiaberto e deste para o aberto. O que acontece, frequentemente, é a insuficiência de espaço em estabelecimentos semiabertos, o que leva os juizes a negarem a progressão, mantendo o condenado em regime fechado. A decisão não poderia ser condicionada apenas a existência ou não de vagas, mas sim, a uma análise substancial de cada caso. Tratando-se de individualização da pena, o condenado pode demonstrar plenas condições para alcançar um regime melhor, o que não justificaria sua manutenção em regime mais severo por determinado tempo. Na verdade, a opção por um sistema de metas e mérito é incompatível com um sistema de cumprimento de determinado período de pena. Na correta formulação de Manoel Pedro Pimentel, o condenado alcança em um determinado momento "o ponto mais alto da sua resposta à terapêutica penal". Este seria o momento adequado para a concessão da progressão, ou como cita o mestre, o livramento condicional. A aferição deve brotar de uma junta técnica interdisciplinar, e não ficar adstrita a um limite de tempo de prisão cumprida. A medida é aconselhável para que não se perca o momento ideal de reestruturação da personalidade do condenado, que tenderá a regredir perante o processo de prisionização. Troca-se um critério aleatório asséptico por outro científico (PIMENTEL. *O crime e a pena na atualidade*. p. 169).

A execução da pena acaba sendo comprometida por absoluta ineficiência do Estado na construção do número adequado de estabelecimentos desta espécie. Havendo concordância com este entendimento, o juiz da execução deverá, presentes as condições pessoais para a progressão, conceder o regime mais benéfico, ainda que isto implique no chamado *salto de regime* ou *progressão por salto*, passando-se do regime fechado diretamente ao aberto. Além disso, o condenado em regime fechado deverá aceitar as condições do regime semiaberto para nele inserir-se. Caso não o faça por motivos vários, permanecerá no fechado. Posteriormente, não poderá ser-lhe negado o regime aberto, ainda que não tenha passado pelo semiaberto, se os requisitos objetivos de cumprimento mínimo de pena e os demais requisitos subjetivos o indicarem. Se por exemplo já cumpriu 2/6 da pena e não aceitou as condições do regime semiaberto, nada impede que aceite as do aberto e ganhe a progressão "saltando" um regime. Caberá ao juiz da execução utilizar-se do bom senso e do discernimento necessários para entender os motivos da recusa da progressão ao regime semiaberto, e permitir a progressão posterior ao aberto. Ademais, como será visto abaixo, lembramos que, para a concessão de livramento condicional ao preso primário, será necessário o cumprimento de 1/3 da pena, que representa exatamente o período de regime fechado e semiaberto. Assim, se o preso poderá receber o livramento condicional e diretamente

do regime fechado passar à liberdade, com muito mais razão poderia passar do fechado ao aberto diretamente.

Sempre lembramos que a ineficiência do Estado não poderá ser transferida ao cidadão, ainda que este seja um condenado. A Administração Pública deverá empreender esforços para concretizar o determinado em Lei, sob pena de esvaziar a função do poder legislativo, atuando somente no que entender melhor. Justificativas do tipo "alto custo do sistema carcerário" não podem tolher o direito do preso de progredir de regime, estando preenchidos os requisitos legais. Concordando com estrargumento, Roberto Gomes Lima e Ubiracyr Peralles mudaram seu entendimento anterior para considerar que a mora ou ineficiência do Estado constituirá constrangimento ilegal, sempre que o condenado ficar a mercê da Justiça por mais tempo do que determina a lei penal ou processual (*Teoria e prática da execução penal*, p. 49). Também a favor da progressão por salto é a doutrina de José Carlos Daumas Santos (*Princípio da legalidade na execução penal*, p. 57).

O magistrado, procedendo com prudência, comprovando a inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto, poderá promover o condenado ao regime aberto, inclusive na modalidade de prisão domiciliar, pois como bem assevera Carlos Biasotti, "não ofende o zelo da Justiça, antes é o que a Jurisprudência preconiza" (Do excesso ou desvio de execução. In: LAGRASTA NETO; MALINI; DIR (coords.). *Execução penal – visão do TJACrim-SP*, p. 109).

Divergimos também de fundamentos metafísicos derivados da consciência do autor do crime, que ao enveredar pela prática criminosa deve assumir as consequências desse ato, o que significaria sofrer o que fosse imposto pelo Estado. É o comentário de Daniel Prado da Silveira e Hiedo Ozaki: "o indivíduo que envereda na prática delitosa assume as consequências do ato. Assim, se o preso for eventualmente beneficiado com o regime semiaberto, e, inexistindo vaga em tal regime, isso não representa, *data venia*, de outros respeitáveis entendimentos, qualquer constrangimento ilegal, máxime porque, segundo pensamos, em sede de execução, os interesses da parte ordeira da sociedade devem prevalecer sobre o interesse individual do condenado" (*Prática de execução criminal*, p. 14). De fato, deve assumir as consequências legais, previstas para cada tipo penal em espécie, o que nada tem a ver com a não assunção por parte do Estado da consequência de seus atos, quando não realiza os investimentos necessários para atingir os seus fins.

A solução apresentada pelo art. 201 da Lei de Execução Penal na ausência de vagas no regime aberto é o cumprimento em seção especial de cadeia pública que, igualmente, não existe. As cadeias públicas ou anexas às Delegacias de Polícia se encontram em condições quicá muito mais precárias do que os estabelecimentos do sistema penitenciário.

O STF (HC 67.767-3-SR, 2.^a T., j. 02.02.1989) e o STJ (REsp 1.247-SP, 5.^a T., j. 04.09.1989) tem mantido entendimento pela possibilidade de, na ausência de vagas, do salto de regime, inclusive, com a possibilidade de prisão domiciliar.

Também não impede a progressão de regime o fato de o condenado possuir o privilégio da *prisão especial* (Súmula 717 do STF). Se nos moldes da execução provisória (supra, item 1) vier a adquirir o direito, não é lícito impedir-lhe a progressão de regime ou condicioná-lo à inclusão do condenado em estabelecimento penal comum.

Autores como Francisco Vani Bemfica asseveram que o condenado *extrangeiro* que possuir contra si um decreto de expulsão não poderia adquirir o benefício da progressão de regime, pois em tese frustraria a expulsão decretada (*Da lei penal, da pena e sua aplicação, da execução da pena*, p. 221). Este vem sendo o entendimento dos tribunais superiores, embora a lei não proíba sua progressão e, portanto, não lhe deveria ser negada.

6.6 Regressão

A regressão é a transferência do condenado para um regime mais rigoroso, quando (art. 118):

- Praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
- Sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime;
- Quando no regime aberto, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

Presentes as condições acima, o juiz estará autorizado a rever o regime de cumprimento, e regredir-lo gradualmente ao mais severo imediatamente anterior. Se o condenado estiver no aberto, passará ao semiaberto. Se neste, passará ao fechado. No primeiro e no terceiro caso, a regressão será determinada somente após a oitiva do condenado, para que possa justificar os motivos que o levaram ao seu comportamento.

É importante notar que a regressão de regime somente será *obrigatória* quando houver condenação por outro crime anterior à concessão do regime mais brando e a soma das penas ultrapassar os limites previstos no art. 33 do Código Penal, situação que também autorizaria a regressão de um regime aberto diretamente para o fechado. Do contrário, em qualquer das situações, a regressão será sempre *facultativa*, cabendo ao magistrado decidir fundamentadamente perante os motivos concretos de cada caso.

A *prática de fato definido como crime doloso* seria motivo suficiente para a regressão, reforçado pelo fato de também constituir falta grave. A lei preconiza a oitiva

prévia do condenado, pois o juiz convencendo-se dos motivos apresentados poderá manter o regime. Se assim não fosse, não haveria necessidade da previsão de oitiva do interessado. Mas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a garantia do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, nos moldes do que discorremos no Capítulo X, não mais seria suficiente a simples oitiva do condenado, sendo necessária a sua condenação pelo crime imputado. Pelo princípio do estado de inocência, correríamos o risco de regredir o regime de um condenado que ao final do processo fosse absolvido e que teria permanecido indevidamente em um regime mais rigoroso quando corretamente deveria estar em outro mais brando. Na precária busca das finalidades da execução penal, tal medida demonstrar-se-ia um retrocesso nas possíveis conquistas pela recuperação do condenado. Em suma, em uma interpretação sistemática da Constituição Federal, a regressão pelo cometimento de crime somente poderia acontecer após a decisão definitiva sobre a conduta criminosa.

Há ainda a previsão da regressão pelo cometimento de *falta grave*. Pelos mesmos princípios da ampla defesa, contraditório e estado de inocência, exige-se a instrução e conclusão de sindicância ou processo administrativo para legitimar a regressão pelo cometimento da falta administrativa. Não se pode admitir presunção em Direito Penal — exceto a de inocência — ainda que para alguns autores nada possa elidir a realidade de uma prática criminosa¹⁰, o que poderia inclusive tornar a oitiva do condenado despicienda (SILVEIRA; OZKI. *Prática da execução penal*, p. 47). Se assim fosse, poderíamos desistir do processo penal, que tem por objeto justamente uma “prática criminosa”. Assiste muito mais razão a Abreu Oliveira, quando afirma com muita lucidez que “esse é o preço que a sociedade tem que pagar quando usufrui os benefícios de um Estado de Direito, onde as prerrogativas da cidadania e o princípio da ampla defesa têm que ser observados” (OLIVEIRA. Incidentes da execução penal. In: *Execução penal — visão do TA Crim-SP*, p. 28). Poderíamos ainda indagar quanto a possibilidade de o condenado ter seu regime regredido pela prática de crime doloso do qual ao final foi absolvido. Tomando-se a cautela do processo administrativo para a comprovação da falta grave — no caso o cometimento de crime —, ainda que o condenado fosse absolvido pela prática do ilícito penal, pela independência das instâncias (penal e administrativa) a regressão estaria legitimada pela comprovação da falta administrativa grave, se o motivo da absolvição não reclinasse sobre a inexistência do fato (art. 386, I, do CPP). Também assume extrema relevância a garantia de *defesa técnica* ao condenado para a formulação de sua defesa no processo administrativo, *não se aplicando a Súmula vinculante 5* a estes casos, conforme já decidiu o próprio STF em abrandamento da súmula (vide Capítulo II, item 9).

Ficam excluídas as *contravenções*, sem capacidade para influenciar na decisão, exceto se também puderem ser configuradas como *falta grave*, conforme o disposto no art. 50 da LEP.

- Inciatar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- Fugir;
- Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- Provocar acidente de trabalho;
- Descumprir, no regime aberto, as condições impostas (supra, item 6.3);
- Não observar os deveres previstos nos incisos II (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e V (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas) do art. 39 da Lei de Execução Penal.

Exemplos de contravenções que poderiam configurar faltas graves são a posse de instrumento para a prática de furto (art. 25), arremesso ou colocação perigosa (art. 37), provocação de tumulto ou conduta inconveniente (art. 40), perturbação do trabalho ou do sossego alheios (art. 42) etc.

Outra causa de regressão é a *condenação por crime anterior*, já que se o crime for posterior sua simples prática já é considerada pela lei como causa suficiente para a regressão. O dispositivo prega que se a nova condenação, somada ao tempo restante da condenação anterior ultrapassar os limites legais estipulados para o regime (art. 33, CP), a regressão deve ser ordenada.

Este critério nos parece, além de injusto, deficiente tecnicamente. A simples soma das condenações não altera a gravidade dos delitos e muito menos a "periculosidade" do agente condenado. A soma de várias penas certamente não equivale a uma única pena de mesma duração. Por exemplo, três condenações a penas de dois anos continuam sendo menos graves que uma única condenação a uma única pena de seis anos. O mais correto seria que o juiz avaliasse a gravidade de cada pena, separadamente, e a efetiva necessidade de realizar a regressão, sob pena de prejudicar ou comprometer o tratamento e dissipar os progressos atingidos. Assim, caso o condenado a uma pena de três anos tenha cumprido um ano em regime aberto e venha a ser novamente condenado a uma pena de mais de três anos, pela sistemática atual, deveria ser regredido ao regime semiaberto, pois a soma da nova condenação com o restante da pena anterior ultrapassaria o limite de quatro anos. Mas, ao se realizar a operação com a simplicidade aritmética não se observará que as duas condenações individualmente não possuem gravidade para receber o regime resultante da operação.

As considerações acerca da *pena de multa e regressão* também merecem uma atenção especial. O art. 118, § 1.º, *in fine*, preconiza que o não pagamento da pena de multa cumulativamente imposta na sentença é motivo para regressão de regime.

Como é sabido, a pena de multa, após transitar em julgado, transforma-se em dívida ativa da Fazenda Pública (art. 51, CP). Neste sentido, mesmo diante da inadimplência do condenado não mais poderá ser convertida em pena de prisão. Na mesma esteira, o não pagamento da pena de multa não poderá derivar a regressão de regime, estando prejudicado o final do dispositivo em apreço.

Outro assunto controverso é a possibilidade de *regressão cautelar*. A Lei de Execução Penal não trata do tema, e o STF tem admitido a regressão, ainda que sem a oitiva do condenado, nos casos em que as circunstâncias o exigirem (STF HC 84.112/RJ). Entendemos que no caso concreto, somente estaria autorizada a regressão cautelar diante da presença dos motivos ensejadores da prisão preventiva (garantia da ordem pública e econômica, da aplicação da lei penal e de instrução criminal), ainda assim sob pena de violarmos a proibição da analogia *in malam partem*. Neste contexto – o dos requisitos da prisão preventiva – poderia não haver o constrangimento ao condenado, da mesma forma que não há durante o decorrer do processo penal. Afóra estas hipóteses, não haveria justificativa legal para uma regressão cautelar.

7. Remição

Como foi rapidamente dissertado no Capítulo XI, remição significa reparação. No Direito Penitenciário, a remição permite que o preso (provisório ou condenado) que estiver em qualquer regime (fechado, semiaberto ou aberto), por meio do trabalho ou estudo, diminua o tempo de encarceramento inicialmente atribuído na sentença. A cada três dias trabalhados ou 12 horas de estudo, o condenado cumprirá mais um dia de sua pena (art. 126, § 1.º, incisos I e II). Se ambos forem realizados, terá direito a remição de dois dias.

É importante esclarecer que o dia "diminuído" na verdade equivale a dia efetivamente cumprido de pena. Ao trabalhar por três dias haverá cumprido quatro de sua pena. Se, concomitantemente, nestes três dias realizar 12 horas de estudo, terá cumprido cinco dias de sua pena, e para que isto seja possível a lei determina que se adotem horários de forma a se compatibilizar os dois institutos (art. 126, § 3.º). Assim deverá ser considerado para todos os efeitos, ou seja, sempre que for necessária a contabilização do tempo de pena cumprida para a concessão de qualquer um dos benefícios previstos em lei (p. ex.: progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, indulto etc.). O art. 128 preconiza expressamente este mandamento.

Como sói acontecer nas relações trabalhistas, se o condenado sofrer acidente de trabalho que o impossibilite de exercê-lo, o tempo que ficar afastado das atividades deverá ser contado para os efeitos de remição. Ao restabelecer-se, retornará às atividades laborais.

Note-se que o acidente do trabalho não deve ter sido provocado culposa ou dolosamente pelo próprio condenado. A Lei de Execução Penal preconiza em seu art.

50, IV, como falta grave “provocar acidente de trabalho”.

Eventualmente poderá acontecer a reforma da sentença convertendo-se a pena privativa de liberdade em *restritiva de direitos*. Contando o preso com o trabalho no período em que ficou encarcerado, deverá ocorrer a remição para o cômputo na proporção de 1 dia a menos de restritiva de direitos para cada três dias trabalhados ou de estudo durante sua prisão, provisória ou não.

7.1 A remição pelo trabalho

O trabalho do preso será executado nos moldes dos arts. 28 a 37 da LEP (Capítulo VII). O intuito é o de respeito ao preso mantendo-o ligado ao valor do trabalho. Por tanto, a execução da atividade laboral deve ter caráter formal e regular, com controle de horário, continuidade diária, e pagamento de salário. O estabelecimento que acolher o preso durante seu horário de trabalho deverá manter um registro detalhado da entrada, saída e atividade exercida, bem como dos dias trabalhados.

Essencial é que o Estado reconheça a vontade e o direito do recluso exercer um trabalho. Exige-se apenas cautela para que este trabalho tenha sido determinado ou esteja sendo concretamente acompanhado pela autoridade administrativa. Assim, os casos excepcionais de trabalho aos sábados, domingos e feriados deverão ser contados, se realizados com este acompanhamento. Embora estes dias normalmente não sejam destinados ao trabalho, caso o condenado pratique atividades, tais dias não poderão ser desprezados. Especialmente nos trabalhos realizados para a Administração Pública (p.ex.: conservação do estabelecimento penitenciário, atividades burocráticas, limpeza etc.) que poderão ser executados rotineiramente nos finais de semana, pela peculiaridade da atividade exercida.

Apesar de a lei aconselhar a limitação do artesanato (art. 32, § 1.º), não se pode ignorá-lo, nem tampouco o exercício de atividades e ofícios (p. ex.: a sapataria, o curtimento) possíveis de serem exercidos no interior das penitenciárias.

E a elaboração de petições para outros presos? Parece-nos que a intenção é possibilitar ao preso o exercício de um direito — o de trabalhar — e não há justificativas para que as atividades tenham restrições quando o estabelecimento não disponibiliza outra atividade, ou as limitações pessoais do preso o impeçam de executá-las (p. ex.: paraplegia, cegueira, surdez etc.). Assim, sendo uma atividade regularmente contada pela autoridade administrativa, deverá ser computada. De toda forma, qualquer atividade, manual ou intelectual, deverá ser considerada.

Da mesma forma, a lei assegura ao condenado a jornada de no mínimo seis e no máximo oito horas diárias. Por tanto, o período de horas excedente deverá ser contado à parte, ou compensado no dia seguinte. Se o preso trabalhar, por exemplo, 12 horas diárias, as quatro horas excedentes devem ser contadas à parte, ou concedidas como

compensação em dia posterior e, em se tratando de trabalho remunerado, deverá ser-lo em caráter extraordinário. O importante é que haja a efetiva comprovação da atividade e o acompanhamento da autoridade administrativa.

A remição refere-se ao trabalho efetivamente realizado, inclusive com o pagamento de salário. Não se pode irresponsavelmente reconhecer a remição sem a atividade, nem o pagamento de salário sem a produção ativa. Se, ao contrário, indistinta e aleatoriamente se reconhecesse a remição, o Estado estaria premiando o condenado com o ócio remunerado. Para a autoridade doutrinária de René Ariel Dotti, se o trabalho não existir por qualquer motivo não se poderá “escamotear-lo” por um atestado falso, considerado crime pela Lei de Execução Penal (*Curso de direito penal — Parte geral*, p. 608).

Mas quando a legislação impõe o trabalho como dever e direito, o Estado deverá proporcioná-lo. Isto significa que descumprindo a lei ao não proporcionar a opção laborativa, o Estado deverá reconhecê-la, ainda que o preso não tenha efetivamente cumprido a atividade, como *remição ficta*. Se é dever do preso o exercício do trabalho, será dever do Estado oferecê-lo. Estando o detento disposto à realização do trabalho e não podendo fazê-lo, caberá aos órgãos de execução o reconhecimento e dedução da remição, pela impossibilidade da transferência de sua ineficiência ao cidadão. A situação demonstra-se ainda mais transparente quando da existência de oportunidade oferecida ao preso de uma atividade formal e remunerada e a sua impossibilidade de usufruir dela por total ineficiência do Estado, como a alegação de inexistência de escola ou do transtorno que a designação de segurança poderia causar à administração pública. Se, por exemplo, é oferecido ao recluso um emprego em instituição privada e pela simples alegação de que o Estado não teria condições de disponibilizar condução e segurança fosse-lhe negada a oportunidade, pelo fundamento de não se transferir ao particular a ineficiência do Estado, deve-se atribuir ao preso o período de remição sem o trabalho efetivamente prestado.

Alguns autores registram que o reconhecimento indiscriminado da remição demonstrar-se-ia uma indevida forma de indulto ou ilegítimo descumprimento (desvio) da sentença, pois ao condenado caberia cumprir sempre 2/3 da pena aplicada, pois possuiria desde sempre 1/3 a título de remição. Mas como bem aponta Pedro Sérgio dos Santos, a relação trabalho-remição não existia no momento da decretação da sentença. Com o início da execução, esta relação jurídica surge como direito e dever. O condenado tem o direito-dever de exercer um trabalho, e o Estado o dever-direito de proporcioná-lo e exigí-lo. Por tanto, não se pode considerar como desvio da sentença ou indulto indevido a consequência de uma relação jurídica regulamentada pela Lei. O que deve ser reconhecido por parte do Estado é sua ineficiência, pois caso o trabalho estivesse disponível a pena certamente teria sua redução pela aplicação da remição, admitindo-se como única exceção a recusa comprovada do condenado ao exercício da atividade laboral.

7.2 A remição pelo estudo

Alerta da lei não admitia a possibilidade de remição por meio do estudo. A partir da edição da Lei 12.433, em 29 de junho de 2011, tal possibilidade foi regulamentada. Do ponto de vista político-criminal, a educação é um “elemento irrenunciável” de qualquer suposto tratamento e representa uma intervenção dirigida aos interesses humanos, culturais e profissionais do preso (MARCHETTI. El tratamiento penitenciario. El trabajo en la función reeducativa. In: ARROYO ZAVALTERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos*. p. 393).

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se debruçar sobre o assunto e decidiu pela possibilidade de remição ao julgar o Recurso Especial 595.858/SP. A partir da reiteração das decisões, acabou por editar a Súmula 341: “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”. Antes mesmo da edição da Súmula 341 do STJ, o estado do Paraná, por meio da Portaria 05/1996 da 2.ª Vara de Execuções Penais de Curitiba, encontrou um meio de conceder a remição pelo estudo, classificando-a como *recompensa*, permitindo a diminuição de um dia de pena a cada 18 horas-aula, desde que o preso conjuntamente estivesse exercendo o trabalho (KUEHNE. *Execução no estado do Paraná*. p. 97).

Pela previsão legal, para cada 12 horas de estudo, o preso poderá remir um dia de sua pena. A qualidade da formação pode envolver desde o ensino fundamental e médio até o profissionalizante, superior ou de qualificação profissional (p. ex., diante de uma incapacidade adquirida pelo preso para o exercício de sua profissão anterior).

Uma grande e bem-vinda inovação foi a possibilidade de que o estudo seja realizado de forma não presencial, ou seja, à distância, o que facilitará em muito a disseminação do estudo nos estabelecimentos penais. As formas de ensino à distância com o uso da *internet* ou de sistema via satélite são mais econômicas e práticas, bastando para tanto um equipamento de projeção de imagens e a utilização de um único professor para atender ao mesmo tempo vários estabelecimentos.

Outro ponto positivo foi a concessão de um “bônus” de um terço de remição pela conclusão do curso a que se submeteu o preso além da remição que já lhe é de direito pelas horas de estudo. É expressamente o que nos explica o relatório final da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do Senado: “No caso de conclusão do ensino fundamental, médio o superior durante o cumprimento da pena, o texto aprovado pelo Senado atribui um bônus de um terço sobre o tempo de remição já conquistado pelo preso, como forma de estímulo ao estudo (§ 5.º do art. 126)”. A redação do § 5.º do art. 126 – que, diga-se, é confusa – confere ao preso que concluiu sua etapa de estudos mais 1/3 de remição. Portanto, após o cálculo de quantos dias o preso tem direito a remição pelo seu estudo, o juiz deverá acrescentar 1/3 do resultado

desta operação ao total de dias que lhe será conferido a título de remição. Assim, se, por exemplo, o preso adquiriu o direito à remição pelo estudo em um total de 120 dias, se este período coincidir com a obtenção do diploma da nível de ensino (fundamental, médio ou superior), deverá receber a título de incentivo mais um terço de tempo (1/3 de 120 = 40 dias), o que perfaz um resultado final de 160 dias de remição. Caso o preso estude fora do estabelecimento penal, a comprovação da frequência e do aproveitamento será realizada mensalmente pela unidade de ensino.

7.3 Procedimento de declaração da remição

A autoridade administrativa dirigente da unidade será a encarregada do registro. Por conseguinte, também será a encarregada de emitir os extratos dos dias trabalhados ao condenado e ao juízo da execução, o que a lei determina que seja feito mensalmente (art. 129 da LEP). A cópia dos registros seguirá ao juízo conrente a relação dos condenados, os trabalhos exercidos e os dias trabalhados e as horas de estudo. A lei considera crime de falsidade ideológica (art. 299, CP) “declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição”.

Havendo a necessidade do exercício de um direito por parte do condenado no qual tenha influência o período de cumprimento da pena, o juiz da execução emitirá uma declaração do tempo remido, após a manifestação do membro do Ministério Público e da defesa.

Os procedimentos da Lei de Execução deverão ser judiciais, por expressa disposição do art. 194: “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”. Poderá ser iniciado a requerimento do Ministério Público, do interessado ou seu representante. O correto será a instauração do incidente com base no art. 66, III, c, comumente iniciado por meio de uma petição apresentada pelo condenado ou seu representante legal (art. 41, XIV). Como qualquer procedimento, todos os meios de prova deverão ser permitidos, assim como a ampla defesa e o contraditório. Ao final, o juiz profetizará uma decisão terminativa judicial, reconhecendo ou não a remição.

7.4 Perda dos dias remidos

Segundo o art. 127 da LEP, “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido”. Para recomençar a ter os dias remidos computados, o marco inicial será a data da infração.

A redação atual foi dada pela Lei 12.433/2011. Na redação anterior, o preso perdia todos os dias remidos. Esta postura sempre foi alvo de severas críticas por parte da doutrina, que a taxava de inconstitucional por violar a individualização da pena e a soberania da coisa julgada.

Este, porém, não vinha sendo o posicionamento majoritário dos tribunais superiores (STF, HC 84.627/SP e STJ, HC 37236/SP). Recentemente, o STF havia editado a Súmula vinculante 9, com a seguinte redação: "O disposto no art. 127 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do art. 58". A Parte final da Súmula diz respeito ao prazo de 30 dias como limite das sanções derivadas de faltas graves.

Embora o texto legal tenha limitado a perda dos dias remidos a um terço do total, não entendemos que tenha resolvido o problema e que a questão seja de tão fácil solução. Deverão ser observados fundamentos tanto de ordem administrativa como de ordem judicial.

Como vimos acima, para a declaração da remição deverá ser instaurado um procedimento judicial, que como todo processo deverá terminar com uma sentença. É por meio deste processo judicial que o magistrado, considerando o pedido e as circunstâncias fáticas e jurídicas, deverá manifestar-se pela declaração da remição ou não. Se no transcorrer do processo for apontado o cometimento de falta grave, o juiz poderá não declarar na sentença os dias remidos, com fundamento no art. 127 da LEP.

No entanto, se a falta grave for verificada após a decisão judicial de concessão da remição, cremos não ser lícita a perda dos dias trabalhados, nem na fração de 1/3 proposta de pela lei. A Constituição Federal, art. 5.º, XXXVI, preceitua que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Parece-nos que somente este argumento deveria ser o suficiente para a vedação da desconsideração dos dias remidos declarados como tais por sentença transitada em julgado. No mesmo sentido encontramos vários doutrinadores como Paulo Queiroz (*Direito penal*, p. 357), Roberto Gomes Lima e Ubiracyr Peralles (*Teoria e prática da execução penal*, p. 150), José Carlos Daumas Santos (*Princípio da legalidade na execução penal*, p. 53) e Andrei Zenkner Schmidt (*A crise de legalidade na execução penal*. In: CARVALHO, *Crítica à execução penal*, p. 65).

A condenação pela falta grave deveria ser apenas considerada para efeitos de um novo pedido de remição, interposto por meio de outro processo judicial no qual seria lícito ao juiz considerar o cometimento da falta grave e declarar a perda dos dias remidos a partir da sentença anterior. Imaginemos a seguinte hipótese: o condenado a pena de 12 anos que obteve sentença garantindo-lhe a remição de 160 dias, por 480 dias trabalhados. Ao completar 1/6 da pena (720 dias), passa ao regime semiaberto, no qual deverá continuar a trabalhar. Se logo após o ingresso no regime mais benéfico vier a cometer falta grave, poderá sofrer regressão ao regime fechado. Entendemos não ser nem constitucional e nem lícito simplesmente ignorar o trabalho efetivamente prestado e os dias que foram remidos. A se manter a postura judicial atual, deveríamos também retirar-lhe o salário pago, para que a punição fosse "completa" e "exemplar".

Agora, o que seria permitido — em tese — é que, em seu próximo cômputo de remição, o juiz considerasse a falta cometida.

A doutrina insiste que a remição não pode ser considerada como simples abatimento dos dias trabalhados, mas como *pena efetivamente cumprida* pelo sentenciado (PRADO, *Curso de direito penal brasileiro*, vol. 1, p. 466). Esta é inclusive a redação da lei (art. 128): "o tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos". Sendo assim, não nos parece correto desconsiderar este período diante do cometimento da falta, o que seria absolutamente contraditório àquela definição, pois a pena definitivamente cumprida não pode ser reconsiderada para ser novamente cumprida. O condenado estaria cumprindo duas vezes o mesmo montante de pena.

8. Detração

A detração consiste no desconto ou abatimento do tempo cumprido em prisão provisória do tempo de cumprimento da pena efetivamente aplicada na sentença.

O fundamento da detração é evitar-se que o condenado seja punido duas vezes pelo mesmo crime, pois se o tempo de restrição da liberdade durante o período de prisão provisória não pudesse ser computado, o Estado estaria abusando de seu poder-dever de punir e excedendo-se no prazo de restrição da liberdade do condenado. Seria sujeitar o condenado a uma fração desnecessária de pena (DOTTI, *Curso de direito penal — Parte geral*, p. 604).

Reza o art. 111 da Lei de Execução Penal que "quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição".

A antiga carta de guia, atualmente chamada de guia de recolhimento, deveria conter o tempo de duração da pena, incluindo-se o tempo de prisão provisória ou de internação em hospital judiciário. Caberia ao juiz da execução, ao determinar na própria carta a data de término da pena, o cômputo da detração e incorporar todo o período antecedente à condenação definitiva na duração do cumprimento da pena (LEAL, *Comentários ao código de processo penal brasileiro*, p. 261).

Surge certa controvérsia quanto ao cômputo da detração por *crime diverso* ao que resultou a condenação. Discute-se se, por exemplo, o réu que permaneceu preso durante um processo por furto, no qual veio a ser absolvido, pode utilizar este período de prisão provisória em uma condenação em outro processo posterior que apurava um segundo furto, no qual veio a ser condenado.

Existem argumentos de que se a recuperação da detração sofrida injustamente pudesse ser pretendida em qualquer momento acabaria por funcionar como um incentivo a delinquência futura sobre a cobertura de um "crédito penal" (SIRACUSANO;

GALATI; TRANCHINA; ZAPPALÀ. *Direito processuale penale*. p. 591), ou seja, o criminoso teria um crédito para com o Estado para cometer um outro crime. Portanto, alguns autores entendem que somente será permitida a detração de um processo para o outro se o crime no qual se pretende aplicar o instituto da detração tiver sido cometido antes daquele que deu origem a uma prisão processual.

Parece-nos mais correta a posição defendida por autores como o mestre René Ariel Dotti, de que a possibilidade de uma “conta corrente” não afasta a falta de necessidade da prisão provisória anterior a uma absolvição. A prisão cauterar, nestas hipóteses, caracterizou-se como um “erro judiciário”, que obriga o Estado a pagar uma indenização e essa responsabilidade objetiva é fiadora da admissibilidade da detração (*Curso de direito penal – Parte geral*, p. 605). Parece-nos, ainda, que o Estado estará diante da possibilidade de reparar uma prisão que indevidamente foi aplicada, e não poderá se abster de fazê-lo. Podendo atender ao interesse público de justiça descontraindo a prisão indevida em outra merecida, não seria legítimo exigir do prejudicado que trocasse sua liberdade por uma fictícia presunção de que o criminoso seria estimulado o ônus desnecessário por uma fictícia presunção de que o criminoso seria estimulado à prática de um novo crime e a passar qualquer período que seja sem sua liberdade somente porque obteria um “desconto” caso viesse a ser preso. Na verdade, esta é a única hipótese real na qual o erro judiciário poderá ser restituído na mesma moeda ao que sofreu com o erro.

Outro problema poderá surgir quanto ao *limite máximo de 30 anos de prisão* estipulado pelo Código Penal. O STF firmou entendimento (Súmula 715) que para a concessão de benefícios deverá ser considerada a pena aplicada na sentença, ainda que maior do que 30 anos. Assim se, por exemplo, o réu foi condenado a uma pena de 90 anos, deveria cumprir um sexto deste total para ter direito à progressão de regime, o que inviabilizaria a individualização da pena. No entanto, nem mesmo o STF poderá afirmar que para o cômputo da detração o juízo da execução penal deverá ter por base a pena aplicada na sentença, pois isto equivaleria a permitir que o sentenciado cumprisse mais do que os 30 anos tidos como limite máximo da restrição da liberdade, e o total desprezo do período em que o réu permaneceu processualmente preso. Portanto, nos casos de detração, o tempo de prisão provisória deverá ser descontado do limite legal de 30 anos, e não da condenação aplicada concretamente na sentença.

9. Autorizações de saída

9.1 Permissão de saída

Vimos que os regimes fechado e semiaberto mantêm a pessoa condenada sob vigilância constante, e a regra é sua permanência restrita aos muros do estabelecimento

penal. Da mesma forma, as pessoas presas provisoriamente são mantidas sob vigilância e constante cercamento da liberdade.

Mas, em determinados momentos motivados pelo sentimento humanitário, a legislação permite que estas pessoas possam deixar o estabelecimento onde se encontram, desde que *mediante autorização do diretor do presídio e sob escolta oficial*. A permissão de saída não se aplica aos condenados ao regime aberto, pois sendo este regime baseado na confiança e autodisciplina, não haverá a necessidade de escolta.

A decisão cabe ao *diretor do estabelecimento* onde se encontra presa a pessoa. Justifica-se pelo fato da urgência que as hipóteses expressam e da necessidade de designação de funcionários administrativos para realizar a escolta. No entanto, em analogia à concessão de saída temporária, nada obsta que o pedido seja direcionado ao juiz da execução quando negado pelo Diretor, que decidirá sobre o caso e ordenará a constituição de escolta para a saída.

A Lei de Execução Penal enumera dois casos (art. 120):

- “I – Falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;
- II – Necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).”

Um dos motivos a autorizar a saída é o *falecimento ou doença grave* das pessoas ligadas ao condenado ou preso provisório. Conforme a Lei, a situação penosa deve envolver o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão da pessoa presa. Quanto à doença, poderá ser de qualquer diagnóstico, desde que predicada como “grave”.

O segundo motivo — *tratamento médico* — justifica-se nos casos em que o estabelecimento não dispuser de ambulatório médico ou não se tratar de hospital penitenciário. Nestes casos, a saída somente estará justificada quando os equipamentos internos não forem suficientes para o atendimento requisitado ao caso. É curioso que o art. 14 da lei estipule como direito do condenado o tratamento preventivo e curativo, mas nenhum outro artigo determine que os estabelecimentos penais tenham dependências aptas a prestar esta assistência. Nenhum dos estabelecimentos previstos na lei para o cumprimento da pena privativa de liberdade (penitenciária, colônia, casa de albergado ou cadeia pública) tem previsão legal de seção própria para a prestação de assistência médica.

As enumerações têm sido consideradas como taxativas. Fora destes casos, não se concede permissão de saída. Na atualidade, parece-nos que o rol descrito deva ser interpretado apenas como exemplificativo. Não podemos relevar os casos de maternidade e irmandade por afetividade (mãe ou irmão de “criação”). Não nos parece que o condenado, possuindo apenas um único parente (ex.: um tio ou primo) com o qual passou sua vida, depende ou suporra economicamente, possa ter privado seu direito