

**2020**

5ª edição

João Paulo Martinelli  
Leonardo Schmitt de Bem **Direito**

# PENAL

lições fundamentais

parte geral

revista e atualizada com:

Lei nº 13.769/2018: progressão de regime prisional para mulheres

Lei nº 13.869/2019: crimes de abuso de autoridade

Lei nº 13.964/2019: pacote anticrime

Lei nº 13.968/2019: incitação ao suicídio e à automutilação



de a primeira ser cumprida, inicialmente, em qualquer regime, enquanto o cumprimento inicial da última não pode dar-se no regime fechado, enquanto, depois, em razão de demérito do condenado, possa ocorrer transferência para esse regime (CP, art. 33, *caput*). No Anteprojeto de Código Penal, aliás, ambas foram fusionadas, resumindo-se em prisão (art. 45, I). Uma terceira espécie sobrevive na Lei das Contravenções Penais, a prisão simples (art. 5º, I), devendo ser cumprida no regime semiaberto ou aberto (art. 6º, *in fine*, do Decreto-lei n. 3.688/1941, de 3 de outubro).

#### § 4. Os regimes prisionais.

Existem três regimes para o cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. Não há uma conceituação individual no Código Penal, senão apenas foram definidos os locais de cumprimento (CP, art. 33, § 1º) e as regras incidentes (CP, arts. 34/36). Em seguida, com o apoio da Lei de Execução Penal, analisaremos esses preceitos e outros relacionados.

##### § 4.1. Regime fechado.

O condenado por sentença transitada em julgado cumprirá a pena em estabelecimento de segurança máxima (art. 3º da Lei n. 11.671/2008 e art. 14, § 8º da Lei n. 13.964/2019) ou média (CP, art. 33, § 1º, *q*). A penitenciária é o destino do ostracismo<sup>4</sup> (LEP, art. 87). Construída em local distante da condenação (LEP, art. 86, § 1º) ou afastada do centro urbano (LEP, art. 90), viola o princípio da humanidade, pois dificulta a visita familiar (STF, 2ª Turma, HC n. 107.701/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 23-3-2012). Por meio do INFOPEN<sup>5</sup>, o Departamento Penitenciário Nacional apresentou, em junho de 2016, um relatório em que tão somente 24% do número de estabelecimentos pens se destinavam, originariamente, ao regime fechado. Esse número reduzido reflete a atual realidade do cárcere, pois oito em cada dez unidades custodiam condenados de mais de um tipo de regime e, inclusive, os presos provisórios que, legalmente, deveriam ficar em cadeias públicas (LEP, art. 102). Recentemente, inclusive, a Lei n. 13.167/2015, de 6 de outubro, determinou novos critérios para a separação de presos provisórios (LEP, art. 84, § 1º). No mesmo informativo infere-se que todas as Unidades da Federação exibem taxa de ocupação superior a 100%. Assim, percebe-se facilmente que a regra de isolamento individual no nômico (CP, art. 34; LEP, art. 88) é desrespeitada. A superlotação reforça a desumanização, pois outras regras conectadas à necessidade de espaço são desobedecidas, como, por exemplo, a salubridade (art. 88, parágrafo único). Quando do início do cumprimento da pena na penitenciária, o condenado é submetido a exame criminológico para obtenção de dados que revelam sua personalidade, com

o fim de uma adequada classificação e da individualização da execução (LEP, art. 89). A realidade carcerária brasileira, contudo, demonstra que ainda não se operou essa conscientização, tratando-se de regra retórica e com pouca ou quase nenhuma efetividade<sup>6</sup>. Na teoria, da mesma forma, verificam-se várias críticas, desde a falta de pessoal capacitado até a impossibilidade de laudo seguro sobre o agente<sup>7</sup>. Quanto às regras do trabalho interno ou externo do condenado, vide tópico específico nesta lição.

##### § 4.1.1. Regime especial.

De acordo com o art. 37 do Código Penal, as mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal. A inobservância desta regra pode configurar crime de abuso de autoridade (art. 21 da Lei n. 13.869/2019). Trata-se da penitenciária feminina (LEP, art. 82, § 1º). Pelo relatório citado, dos estabelecimentos prisionais existentes, 7% se destinam às mulheres. Não há os mesmos problemas da superlotação masculina em vários estados da federação. Isso não significa, porém, que todas as condenadas são alojadas em celas individuais (art. 89). Não se ignoram as diversas situações em que as presas passam por trabalho de parto algemadas, em hospitais, por falta de estrutura no estabelecimento prisional, em verdadeiro atentado à dignidade das gestantes condenadas. Recentemente, inclusive, uma presa no Rio de Janeiro, prestes a dar à luz, foi colocada na solitária. Se não fosse o bastante, ela teve o bebê sozinha. Mas, por previsão legal, é-lhes assegurado acompanhamento médico, mormente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (LEP, art. 14, § 3º). Com efeito, as penitenciárias devem ser dotadas de seção para gestante e parturiente, berçário e creche (LEP, art. 83, § 2º, art. 89). Outros direitos também lhes são assegurados, como a visita íntima, embora, na prática, conforme um relato de Nana Queiroz, “os homens não vêm visitar”<sup>8</sup>. Em tais locais, apenas se permite o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado (LEP, art. 77, parágrafo único). No tocante à segurança das dependências internas, o trabalho é exclusivo de agentes do sexo feminino (LEP, art. 83, § 3º). As regras especiais de progressão de regime de cumprimento de pena, previstas a partir da promulgação da Lei n. 13.769/2018, serão vistas em tópico posterior.

##### § 4.1.2. Regime disciplinar diferenciado.

Apesar da nomenclatura, não se trata propriamente de um regime de execução penal. Também não é apenas sanção disciplinar<sup>9</sup> (LEP, art. 53, V). Trata-se de

<sup>4</sup> Paccelli, Eugenio; Callegari, André. *Manual de direito penal*, 2015, p. 461.

<sup>5</sup> Silva, José Adamir; Silva Neto, Arthur. *Execução penal*, 2012, p. 67.

<sup>6</sup> Queiroz, Nana. *Presos que mentiram*, 2015, p. 239.

<sup>7</sup> Rosseto, Emio Luiz. *Teoria e aplicação da pena*, 2014, p. 192.

<sup>8</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 291.

<sup>9</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2014, p. 6 s.

medida punitiva – de constitucionalidade discutível, pois, em tese, violaria vários princípios, como a humanidade, a lesividade e a presunção de inocência (ADI n. 4162, rel. Min. Rosa Weber<sup>10</sup>) – aplicável nos casos arrolados pela Lei de Execução Penal, é dizer, quando o preso, provisório ou condenado nacional ou estrangeiro: (a) praticar crime doloso que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna (art. 52, *caput*); (b) apresentar alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1º, I); e, (c) sob o qual recaia fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave (art. 52, § 1º, II). Esse “regime” comporta as seguintes características: (a) duração máxima de até dois anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie (art. 52, I), podendo em determinados casos e sob determinadas condições, ser prorrogado sucessivamente, por períodos de um ano (art. 52, § 4º); (b) recolhimento em cela individual (art. 52, II); (c) visitas quinzenais, de duas pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de duas horas (art. 52, III), gravadas em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizadas por agente penitenciário (art. 52, § 6º); (d) após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com pessoa da família, duas vezes por mês e por dez minutos, quando não receber visitas nos primeiros seis meses (art. 52, § 7º); (e) saída da cela por duas horas diárias para banho de sol, em grupos de até quatro presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso (art. 52, IV); (f) entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo com expressa autorização judicial em contrário (art. 52, V); (g) fiscalização do conteúdo de suas correspondências (art. 52, VI); e, (h) participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso (art. 52, VII). A segregação deverá ocorrer obrigatoriamente em penitenciária federal (art. 86, § 1º, art. 87, parágrafo único) – Campo Grande/MS, Porto Velho/RO, Caxambu/PR e Mossoró/RN – se houver indícios de que o preso exerça liderança em organização ou associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em dois ou mais Estados da Federação (art. 52, § 3º). Neste último caso, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, em especial no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais (art. 52, § 5º).

<sup>10</sup> Ao término desta edição, a movimentação processual continua destacando decisões do ministro (setembro de 2017) em relação à admissão ou não de entidades e/ou particulares na qualidade de *amici curiae*.

#### § 4.2. Regime semiaberto.

Segundo a lei penal, as colônias agrícolas, industriais ou similares são os estabelecimentos adequados à execução da pena nesse regime (CP, art. 33, § 1º, b). Porém, com respaldo no relatório do Departamento Penitenciário Nacional, observa-se a escassez desses estabelecimentos, tanto para o início de cumprimento, como para a progressão, pois apenas 18% das vagas destinadas a condenados se designam ao regime semiaberto. Alternativa para esse caso reside na concessão da prisão domiciliar, pois, salvo raras exceções, não é diferente a realidade no regime aberto diante da escassez de casas de albergado (STF, 1ª Turma, HC n. 96.169/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 9-10-2009). Quanto às características do estabelecimento, a Lei de Execução Penal aduz que o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da salubridade. Nessas dependências coletivas – apenas segundo a lei, pois não é aplicado na prática –, deve-se respeitar o limite de capacidade máxima de condenados para atender aos objetivos da individualização, bem como uma seleção adequada dos presos (LEP, art. 92). Nesse sentido, seria obrigatória a realização do exame criminológico (CP, art. 35), no entanto a lei especial outorga a ele caráter facultativo (LEP, art. 8º, parágrafo único) e, na prática, dificilmente ocorre. Além dos direitos gerais, o condenado que cumpre a pena nesse regime, salvo se condenado por crime hediondo com resultado morte (art. 122, § 2º), pode obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, em alguns casos. A restrição destacada, em razão da promulgação da Lei n. 13.964/2019, a nosso juízo, é totalmente inconstitucional, pois o legislador infraconstitucional não pode vedar o que a norma constitucional não excepciona (art. 5º, XLIII). Sobre a sujeição ao trabalho (CP, art. 35, § 1º), reservamos tópico específico na sequência da lição.

#### § 4.3. Regime aberto.

A execução da pena ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado (CP, art. 33, § 1º, d). Esse local também se destina ao cumprimento da pena de limitação de final de semana (LEP, art. 93, *in fine*). Segundo a previsão legal, o albergue deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos penais, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos para a fuga (LEP, art. 94). A última orientação funda-se no fato de o regime aberto se basear na autodisciplina e no senso de responsabilidade dos condenados (CP, art. 36). Em cada região, ao menos na teoria, deveria haver pelo menos uma casa de albergado, não apenas para acomodar os presos, mas também para servir de local adequado para cursos e palestras (LEP, art. 95). Porém, novamente com respaldo no relatório do Departamento Penitenciário Nacional, mais da metade do total de Unidades (catorze) declarou não dispor de estabelecimento destinado para fins de cumprimento de pena em regime





judicado pela inércia do Estado em propiciar o cumprimento da pena em local adequado ao regime, determinou que, na falta de casa de albergado na comarca, cumprisse o condenado pena em casa com o uso de tornozeleira (STJ, 5ª Turma, HC n. 300.786/SP, DJ 1º-6-2015). Mas, se a prisão domiciliar decorre da ausência de vaga no regime aberto, não vemos razão para monitoração, pois a permanência externa à casa de albergado, se existente, faz-se independentemente de vigiância (CR, art. 36, § 1º).

#### § 4.4. PRISÃO COMUM.

Ao contraventor penal aplica-se a prisão simples, cumprida, em regime semia-aberto ou aberto, em estabelecimento especial ou em seção especial de uma prisão comum, sem rigor penitenciário (LCP, art. 6º). Teoricamente, assim, a lei exige que o contraventor cumpra sua pena em local separado para os condenados pela prática de crime (art. 6º, § 1º). Mas, na prática, em razão das conhecidas deficiências do sistema penitenciário, em alguns locais, ainda se verifica o cumprimento sem nenhuma separação. A falta de estrutura apropriada para o cumprimento de prisão simples está acobertada pela pequena probabilidade de alguém efetivamente cumprir pena por contravenção penal, pois, na quase totalidade, submetem-se à Lei n. 9.099/1995. Quanto ao trabalho para os punidos com prisão simples, remetemos à leitura de tópico específico sobre o trabalho do preso.

#### § 4.5. OUTROS LOCAIS.

Nos casos de prisão cautelar, os presos provisórios deveriam permanecer em cadeia pública (LEP, art. 102). Nesses locais, próximos dos centros urbanos e com construção semelhante à penitenciária (LEP, art. 104), contudo, é alarmante a taxa de ocupação, tanto pelo prazo superior à duração razoável do processo, quanto pela presença de presos sentenciados em definitivo<sup>17</sup>, ofendendo-se o art. 84 da Lei de Execução Penal (STF, 1ª Turma, RHC n. 641.143/SP, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 22-8-1986). Essa superlotação e outros fatores, como a interdição da cadeia pública, por analogia, deveriam favorecer uma conversão para prisão domiciliar (TJPR, 4ª C. Crim., HC n. 870237-4, rel. Des. Carrillo da Silveira Filho, DJ 1º-3-2012). Em relação aos presos provisórios, mormente os advogados (art. 7º, V, da Lei n. 8.906/1994), há ainda a chamada *Sala de Estado Maior* que, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal, constitui cômodo sem grades dentro de estabelecimento militar, equivalente em higiene e conforto às dependências usadas por oficiais que assessoram o comandante (ADI n. 1127/DF, rel. Ricardo Lewandowski, DJ 11-6-2010). No entanto, segundo entendeu o Superior Tribunal de Justiça, as condições especiais do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não cabem nas prisões civis.

<sup>17</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. 2014, p. 8.

Quanto aos militares, a privação de liberdade não superior a dois anos será cumprida pelo oficial e pelo praça em estabelecimento militar (CPM, art. 59, I e II), ao passo que a pena privativa de liberdade por mais de dois anos será cumprida em penitenciária militar e, na falta desta, em estabelecimento prisional quando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação civil ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, gozando de benefícios e concessões (CPM, art. 61). Por fim, as penas de reclusão e detenção serão cumpridas pelos índios, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos indígenas mais próximo da habitação do condenado (art. 56 da Lei n. 6.001/1973, de 19 de dezembro). Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, inclusive, que esse regime especial é um direito conferido pela simples condição de se tratar de indígena (1ª Turma, HC n. 85.198/MA, rel. Min. Eros Grau, DJ 9-12-2005).

#### § 5. O sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Entre os três sistemas penitenciários clássicos<sup>18</sup>, aquele que mais se aproxima da previsão do Código Penal é o sistema inglês ou progressivo, criado por Walter Crofton, diretor de prisão na Irlanda a partir de 1854. De acordo com seu idealizador, de início o sentenciado ficava recluso em sua cela por nove meses. Depois, no segundo estágio, trabalhava em obras públicas, progredindo segundo seu merecimento, até chegar a uma terceira etapa, quando trabalhava sem supervisão e vigiância em uma colônia agrícola. Finalmente, o condenado ganhava sua liberdade condicional<sup>19</sup>.

#### § 5.1. Sistema pensilvaniano ou filodélfico e sistema auburniano.

Antes da idealização por Crofton do sistema progressivo, outros dois sistemas penitenciários clássicos foram propugnados. O primeiro, de 1790, nasceu na prisão de Walnut, Filadélfia, notabilizando-se pelo internamento absoluto em seu início e posterior trabalho silencioso em comum. Em outras prisões americanas, esse sistema era ainda mais rígido, pois o condenado era isolado completamente, permanecendo sem contato exterior durante o dia e a noite. Era o chamado *solitary system*. Por sua vez, em 1818, construiu-se uma prisão em Auburn, a primeira na cidade de Nova York, marcada pelo completo silêncio entre os presos durante o trabalho coletivo. Era o chamado *silent system*<sup>20</sup>.

#### § 5.2. Sistema progressivo. Estabelece o Código Penal.

que as penas de privação de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva (art. 33, § 2º). A Lei de Execução Penal, neste

<sup>18</sup> Noronha, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 1, 1975, p. 226 e s.

<sup>19</sup> Ferreira, Gilberto. *Aplicação da pena*, 1998, p. 34.

<sup>20</sup> Ferreira, Gilberto. *Aplicação da pena*, 1998, p. 33.

sentido, a partir da Lei n. 13.964/2019, explicitou várias regras condicionais de transferência para regime menos rigoroso de cumprimento da pena privativa de liberdade. Em síntese, cinco requisitos foram compilados: (a) fração de cumprimento de pena; (b) natureza do crime cometido; (c) modalidade de execução; (d) condição pessoal do condenado; e, (e) comportamento do condenado durante a segregação (art. 112, I a VII e § 1º). Estipulou-se regras especiais de progressão prisional para mulheres com a promulgação da Lei n. 13.769/2018 (art. 112, § 3º).

#### § 5.2.1. Transferência para regime menos rigoroso e o progressão por salto.

Pela literalidade do mencionado preceito, está ainda menos claro se a fração de tempo exigida deve ser cumprida no regime imediatamente superior àquele ao qual o condenado deseja se transferir. A princípio, se o início de cumprimento da pena ocorrer no regime fechado, satisfeito o requisito objetivo, a progressão não obrigatoriamente deve dar-se ao regime semiaberto, ao menos pela redação da norma, repita-se. Em outros termos, não se vetou de maneira expressa a progressão automática do regime fechado ao regime aberto. A progressão *per saltum*, contudo, em violação ao princípio da separação de poderes, não é aceita pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 491). Ainda nesse contexto questiona-se: a progressão estaria proibida se o condenado se encontrasse no regime fechado, mas com lapso total de pena cumprido em relação aos dois estágios? Embora haja julgados favorecendo o condenado (STJ, 5ª Turma, HC n. 171.680/SP, rel. Min. Marco Belizze, DJ 13-6-2012), também já se decidiu, mais recentemente, negando a passagem direta ao regime aberto (STJ, 5ª Turma, HC n. 202.202/RJ, rel. Min. Lauria Vaz, DJ 26-8-2013). Nos casos em que não há vaga no regime semiaberto – pelo relatório do Departamento Penitenciário Nacional que há um déficit de milhares de vagas e milhares de condenados teriam o direito de progredir para o regime semiaberto<sup>21</sup> –, não se fala propriamente de progressão por salto, embora a jurisprudência conceda, em caráter provisório e excepcional, o regime aberto até o surgimento de vaga em local adequado com o regime para o qual o condenado foi promovido (STJ, 5ª Turma, HC n. 118.316/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 25-5-2009). Nesse sentido, inclusive, o Supremo Tribunal Federal sumulou, de forma vinculante, que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (Súmula 56). A inércia do Estado quanto à abertura de novas vagas no regime semiaberto é bastante

notória. O que ainda é pouco conhecida é a inércia na análise de pedidos de progressão. Assim, diante da singularidade do caso, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a progressão por salto – para evitar um constrangimento ilegal ainda maior – à condenada que teve seu pedido de progressão analisado dois anos depois do protocolo (5ª Turma, HC n. 147.648/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 1º-2-2011).

#### § 5.2.2. Transferência do regime semiaberto ao regime aberto.

Em relação à progressão do regime semiaberto ao aberto, considerando uma progressão anterior (fechado ao semiaberto), duas considerações são pertinentes. Primeiramente, apesar de posição diversa do Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma, HC n. 178.403/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJ 3-8-2011), o marco inicial não poderá se relacionar com a data que efetivamente corresponda ao início do cumprimento da pena no regime semiaberto, senão com a data em que supostamente o condenado adquiriu o direito de progredir do fechado para o semiaberto, pois, do contrário, sendo rotineira a demora na análise dos pedidos, haverá evidente prejuízo ao condenado. Em segundo lugar, na falta de vagas em casas de albergado, admite-se a concessão de prisão domiciliar, pois a destinação de ala especial em outros locais, como a cadeia pública, tão somente mascara a ineficiência estatal para com os condenados (STJ, 6ª Turma, HC n. 288.026/RS, rel. Min. Rogério Cruz, DJ 9-10-2014).

#### § 5.2.3. Requisitos legais.

Como acima se adiantou, a depender da natureza do crime cometido (hediondo ou não), da modalidade de execução (com ou sem emprego de violência ou grave ameaça contra uma pessoa), da condição pessoal do condenado (primário ou reincidente; líder de organização criminosa; componente de milícia privada), o percentual de tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade para fins de progressão é variável (entre 16% e 70%). Em todos os casos, ademais, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento (LEP, art. 112, § 1º). A princípio, o preenchimento dos requisitos legais deveria autorizar de forma automática a concessão da progressão. Porém, na prática jurisprudencial, já se decidiu que a certidão expedida pelo diretor do estabelecimento prisional atestando a boa conduta carcerária do preso possui caráter meramente informativo e, como tal, não vinculante à decisão do juiz da execução, que está livre para formar sua convicção baseado em outros elementos (STF, 1ª Turma, HC n. 128.081/SP, rel. Min. Rosa Weber, DJ 17-9-2015). Como nosso legislador não definiu o conteúdo da expressão, há indeterminação ou imprecisão quanto ao critério subjetivo, e, por isso, quaisquer considerações mecânicas violariam o princípio da legalidade e, com efeito, prejudicariam o condenado. Há quem possa invocar a prática de falta

<sup>21</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Lamentamento nacional de informações penitenciárias*. 2016, p. 23.

IN •  
PH •  
NF •  
TW •  
SMA •

elli  
isu-  
utor  
ansi-  
utor  
Un-  
bro-  
ga-  
do  
rosos

tem  
ela  
no  
jn-  
cos  
-lo  
em  
alo  
tu-  
ito  
del

grave como sinal de má conduta do preso (art. 112, § 7º). Esta correlação é inconcebível, pois há previsão de um rol de sanções disciplinares que pode ser aplicada ao preso faloso, verificando-se violação ao *bis in idem* em caso regime de privação de liberdade. O mesmo se diga para a progressão de cometimento de falta grave interrompe o prazo para a obtenção de que "o caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente" (art. 112, § 6º e Súmula 534 do STF). Atente-se que o mesmo fato gerador não pode ensejar múltiplas consequências, senão deve ficar limitado a uma imposição específica, sob pena de total desrespeito à proibição do *ne bis in idem*. Neste caso, repita-se, a ocorrência de falta grave, devidamente averiguada em procedimento administrativo, gera como efeito principal a aplicação de sanção disciplinar (art. 57, parágrafo único). A expressão *boa conduta carcerária* (art. 122, § 1º), ademais, carece de uniformidade diante de sua imprecisão e vagueza, não deve ser preenchida com juízos moralizantes resumida em expressões nitidamente sonoras e sem conteúdo jurídico (STF 1ª Turma, HC n. 110.073/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ 19-4-2012) ou 1ª Turma, HC n. 110.423/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ 25-6-2012). As decisões da Corte Suprema revelam algo preocupante, pois não impõem limites à discricionariedade judicial quanto ao requisito subjetivo. E, mais, das decisões deponha a possibilidade de o julgador invocar requisitos não consignados pelo legislador para fins de obstar a concessão da progressão de regime. Em síntese: aumenta-se em importância a análise subjetiva e se esquece completamente do princípio da legalidade. Diante dessa realidade, a análise para transferência de regime deve se ater apenas aos critérios objetivos não sopesados em nenhuma fase da dosimetria da pena, sob pena de violação do *ne bis in idem*.

#### § 5.2.4. Exigências extrolegais.

O sistema progressivo, explicitado pela Lei de Execução Penal, foi reformulado com a promulgação da Lei n. 10.792/2003, de 1º de dezembro. Entre as alterações, a supressão da realização facultativa do exame criminológico foi a mais significativa. Esta exigência não foi reavivada com o "Pacote Anticrimine". Qual razão ensejou sua supressão? O legislador se deu conta de que, como o exame já não se realizava – quando obrigatório – no início da execução aos condenados ao regime fechado e se tratava de medida facultativa aos condenados ao regime semiaberto, não teria motivos para mantê-lo para fins de progressão. Com uma simples leitura da Exposição de Motivos da supracitada lei depreende-se que "o réu que cumprir um sexto de pena não tem de requerer coisa alguma e seu advogado terá apenas de requerer ao juiz da Execução a imediata liberação do alvará de soltura". Em síntese, reconheceu o legislador a falácia do sistema prisional também quanto ao exame criminológico, pois este raramente ocorria. Ou seja, as quatro linhas de pesquisa

propostas por Alvaro Mayrink – social, médica, psicológica e psiquiátrica – representavam uma utopia, pois o discurso teórico não encontrava aplicação prática diante da elevada população carcerária e da escassez de funcionários tecnicamente preparados<sup>22</sup>, além de falta de vontade política dos Três Poderes da República e do Ministério Público. Nossos tribunais, porém, violando a lei constitucional, continuam dando vida ao exame natimorto. Desrespeitando a legalidade, ainda que em caráter excepcional, há enunciados dos dois tribunais superiores recriando uma restrição à liberdade (STF, Súmula Vinculante 26-STJ, Súmula 439). E não se trata de violação isolada, porquanto, como a análise recai sobre a pessoa do condenado, rompe-se com a ofensividade do fato para, uma vez mais, consagrar-se um direito penal de autor. O devido processo legal igualmente é vulnerado, de sorte que não se oportuniza ao condenado a ampla defesa e o contraditório depois da realização do exame. Interessante, ainda, que o mesmo ministro que considerava absurdo o juiz funcionar como simples homologador da certidão expedida pelo diretor do estabelecimento prisional (no tocante ao bom comportamento do condenado) não mantém seu discurso quando a jurisdicionalidade é suprimida pela análise científica (1ª Turma, HC n. 110.073/SP, DJ 25-6-2012). Além da recriação judicial do exame criminológico, não é raro que a negatividade da referência para regime mais benéfico tenha fundamento na periculosidade do agente, rememorando um critério sepultado com a Lei n. 6.416/1977 na época da Reforma de 1984, pois, como nos explica Regis Prado, "enquanto os sentenciados perigosos eram submetidos forçosamente às regras do regime fechado, aqueles não perigosos, cuja pena não ultrapassasse os oito anos, poderiam ser recolhidos a estabelecimentos de regime semiaberto, desde o início; [...] caso a pena imposta não fosse superior a quatro anos, poderia ser recolhido a estabelecimento de regime aberto desde o início"<sup>23</sup>. A gravidade do delito é outro coringa na mão dos julgadores, que, ao usá-la, ofendem não apenas o princípio da fundamentação (STF, Súmula 718), mas também, em alguns casos, o princípio da dupla valoração, pois a gravidade do delito altera a própria fração de progressão (é suficiente recordar os crimes hediondos). Tais "inovações" podem ser vistas pelo leitor no último julgado citado – e em outros são reafirmadas (6ª Turma, HC n. 232.017/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 5-12-2012) – e representam, em síntese, um discurso punitivista que se apresenta em sentido contrário à missão de contenção do poder punitivo. Quicá o desejo de alguns juízes, inclusive da Corte Suprema, como meio de retribuição moral, seja reavivar a normativa que determinava o cumprimento integral da pena em regime fechado. Outro exemplo deste contexto: "O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao

<sup>22</sup> Costa, Alvaro Mayrink da. *Exame criminológico*, 1972, p. 150 e s.

<sup>23</sup> Prado, Luiz Regis. *Tratado de direito penal*, v. 3, 2014, p. 133.



sentenciado impede a progressão no regime prisional” (STF Pleno, EP n. 12 ProReg-Agr, rel. Min. Roberto Barroso DJ 11-06-2015). Uma espécie de sanção penal poderá ser utilizada para que outra, conjuntamente aplicada, cumpra seu fins? A execução da privação de liberdade se pauta em interesses socioeconômicos? Ambas as respostas são negativas! Em alguns casos, inclusive, obstar a progressão pelo inadimplemento da pena de multa nada, mais representada do que a manutenção da privação de liberdade em razão de uma dívida, algo absolutamente incompatível com nossa Constituição. A referida regra, porém, restou excepcionada sempre que o condenado provar sua absoluta impossibilidade econômica em pagar a multa, ainda que parceladamente.

#### § 5.2.5. Competência para progressão de regime.

À margem da discussão se o juízo do local de cumprimento da pena (e não o juízo da condenação) deverá ou não seguir a certidão emitida pelo diretor do estabelecimento atestando a boa conduta do preso ou o laudo do exame criminológico realizado, adverte-se que apenas a ele compete avaliar o preenchimento dos requisitos legais para a concessão do benefício, sob pena de supressão de instância (STF Pleno, RCL n. 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22-10-2011). A Lei de Execução Penal exige que a decisão pela progressão seja motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor (art. 112, § 2º), procedimento também adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. Acentua a efetividade jurisdicional e prezando pelos direitos humanos, Rodrigo Roig defende que a concessão poderia ser realizada *ex officio*, mas somente ela, pois eventual denegação não se pode realizar sem atentar para a ampla defesa e o contraditório. De acordo com o Defensor Público, “a medida mais adequada quando o juízo porventura já tenha concedido a progressão de regime de ofício é a manutenção do direito até que nova decisão seja proferida, com regular manifestação do Ministério Público, pois não é razoável que a pessoa seja penalizada por uma nulidade à qual não deu causa”<sup>24</sup>.

#### § 5.2.6. Vedação à progressão.

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, que previa o cumprimento da pena em regime *integralmente* fechado para os condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo. Ou seja, para esses crimes não era cabível a progressão de regime prisional, violando, assim, o princípio da individualização da pena (Pleno, HC n. 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º-9-2006). Essa decisão foi dotada de eficácia *erga omnes*, isto é, seus efeitos foram estendidos a outros processos, beneficiando quem ainda não tinha cumprido totalmente

<sup>24</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 315-316.

procurador agrs e agrs do Superior RJ

Os condenados, assim, precisariam preencher os critérios do art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (redação originária) para alcançar o benefício (a fração de cumprimento de pena e o bom comportamento carcerário), ou seja, o direito à progressão de regimes *não foi* automática depois do cumprimento de parte da pena. No sistema penal brasileiro, contudo, não se pode dizer que não há possibilidade de cumprimento de pena em regime *integralmente* fechado, inclusive com a garantia do Supremo Tribunal Federal (Súmula 715), porque, sendo dominante a tese segundo a qual o cálculo para progressão deve ser realizado sobre o total da pena aplicada — embora não haja regramento legal nesse sentido — e não sobre o máximo de tempo que o condenado poderá cumprir de privação de liberdade previsto na antiga redação do art. 75 do Código Penal (STJ, 6ª Turma, HC n. 156.537/RJ, rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJ 11-4-2012), a unificação de várias penas poderá totalizar quantitativo excessivamente elevado, impedindo o benefício e, assim, violando o princípio da individualização da pena. Pense-se, ainda, que a unificação poderá relacionar-se à prática de crimes não hediondos ou a figuras equiparadas, razão pela qual, igualmente, violar-se-ia o princípio da proporcionalidade. Infelizmente, porém, o Supremo Tribunal Federal deixou passar excelente oportunidade de rever seu entendimento sumulado (1ª Turma, HC n. 100.612/SP, rel. p/ac. Min. Roberto Barroso, j. 16-8-2016). Ao art. 2º da Lei n. 12.850/2013 foi inserido o § 9º com a promulgação da Lei n. 13.964/2019, prevendo que “o condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo”. Esta restrição parece configurar uma nova punição com base no mesmo fato gerador, violando-se, assim, o princípio *ne bis in idem*. Ademais, reaviva o cumprimento integral da pena no regime fechado, algo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como anteriormente mencionado.

#### § 5.2.6.1. Novas frações para progressão por crime hediondo e figuras semelhantes.

Diante da promulgação da Lei n. 11.464/2007, de 28 de março, nova redação foi dada ao § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, sendo previsto o início do cumprimento de pena pelo apenado no regime fechado, e um novo § 2º foi acrescentado ao preceito, regulando frações distintas para fins de progressão, de dois quintos da pena, se o apenado for primário, e de três quintos, se reincidente (revogado pela Lei n. 13.964/2019). As novas regras passaram a incidir, para evitar ofensa à irretroatividade de lei posterior mais gravosa, apenas para os crimes praticados após a vigência do novo diploma (STJ, Súmula 471). A partir da promulgação do “Pacote Anticrime”, manteve-se a necessidade

1066

1067

de cumprimento de 40% da pena, se o condenado for primário (art. 112, V), e de 60% da pena se reincidente (art. 112, VII). No entanto, novas regras foram previstas: se primário, 50% da pena, se for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, (art. 112, VI, d) e, se o legislador vedou de forma expressa a concessão de livramento condicional, violando frontalmente a lei constitucional (art. 5º, XLIII), de sorte que não há proibição neste sentido. Ainda: 50% da pena, se o apenado for condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado (art. 112, VI, b). Por previsão legal, saliente-se, não se considera hediondo ou equiparado, para os fins de progressão de regime de cumprimento de pena, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (art. 112, § 5º).

#### § 5.2.6.2. Inconstitucionalidade do regime fechado.

Não obstante a gritante ofensa ao princípio da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), o Supremo Tribunal Federal demonstrou a declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 1º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada na Lei n. 11.464/2007. Quando o fez (Pleno, HC n. 111.840/ES, rel. Min. Dias Toffoli, DJ 17-12-2013), assegurou que a norma estabelecida no § 3º do art. 33 do Código Penal deveria balizar a determinação do regime inicial de cumprimento da privação de liberdade. Significa que o condenado por crime hediondo ou outro semelhante não necessariamente iniciará o cumprimento da pena imposta no regime fechado (STJ, 5ª Turma, HC n. 209.270/SP, rel. Min. Campos Marques [convocado TJP], DJ 17-12-2012). Essa decisão refletiu diretamente no texto da Lei n. 9.455/1997, que regula o crime de tortura, pois, tratando-se de crime semelhante, o § 7º do art. 1º que afirma, em regra, o início do cumprimento de pena no regime fechado, também é inconstitucional. Portanto, como a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea para justificar fixação de um regime mais severo para os condenados, faz-se necessário que o cumprimento da pena seja regido de acordo com as disposições gerais do Código Penal (STJ, 5ª Turma, HC n. 286.925/PR, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 21-5-2014). O mesmo se passou para a regra do art. 10 da Lei n. 9.034/1995, pois previa que os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciariam o cumprimento da pena em regime fechado. Para esse contexto, no entanto, a discussão perdeu sentido quando se editou a Lei n. 12.850/2013, de 20 de junho, pois não repetiu tal previsão.

#### § 5.2.6.3. Prática de falta grave.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, "a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração" (Súmula

534). Trata-se de verbete que ignora o arrefecimento de danos ao acusado, deixando de considerar o princípio da proporcionalidade. Anote-se que essa consequência (perda dos dias para futura progressão) pode ser mais grave que a imposição de pena pela prática de crime (pense-se em infração de menor potencial). Além disso, nem toda falta grave deverá ensejar tal consequência, sendo imperiosa uma análise individualizada. Finalmente, pensamos que há violação do princípio da separação de poderes, pois se trata de sanção imposta pelo próprio Poder Judiciário. Anote-se que não há previsão legal nesse sentido (LEP, art. 53).

#### § 5.2.6.4. Cálculo discriminado de pena.

Não raro se observa denegação pela prática de tráfico de drogas (crime equiparado à hediondo) e associação para o tráfico (crime não hediondo, nem equiparado). Assim, cada delito, para fins de progressão, segue regra específica. Para ser agraciado pelo benefício, o condenado deverá cumprir 16% (se primário) ou 20% (se reincidente) pela condenação do art. 35 da Lei n. 11.343/2006, mais 40% (quando seu primário) ou 60% (se reincidente) da pena pela condenação do art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

#### § 5.2.7. Progressão de regime nos crimes contra a Administração Pública.

A execução penal é informada pelo princípio da legalidade estrita, razão pela qual, conforme sustentamos, não pode o juiz da execução ampliar os vetores legalmente exigidos. No caso de crimes contra a administração pública, no entanto, além do preenchimento do art. 112, I e II da Lei n. 7.210/1984, a progressão ficará condicionada à reparação do dano causada, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais (CP, art. 33, § 4º). Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já declarou que a referida regra que condiciona a progressão de regime é constitucional, podendo ser excepcionada tão somente pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que em parcelas (Pleno, EP n. 12, rel. Min. Roberto Barroso, DJ 11-6-2015). Assim, "na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º da Lei penal, enquanto as parcelas estiverem sendo quitadas regularmente" (Pleno, EP n. 22, rel. Min. Roberto Barroso, DJ 18-3-2015). Parece-nos claro que tal imposição não se revela como uma pena adicional, até porque o que é exigido legalmente se refere a devolução do que foi recebido, desviado ou apropriado de forma indevida. De acordo com Fischer, "não se trata de uma regra estanque, analisada friamente e mediante critérios matemáticos: em caso de impossibilidade realmente comprovada nos autos, não há se impedir a progressão. Igualmente qualquer modo de composição que revele que o apenado está cumprindo ao que estabelecido

deve ser considerado como – e enquanto assim permanecer agindo – atitude que demonstra a intenção de efectuar a reparação do dano<sup>25</sup>.

### § 5.2.8. Progressão de regime e categorias especiais de presos.

Aplica-se a Lei n. 7.210/1984, igualmente, ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária (art. 2º, parágrafo único). Entende-se como preso provisório aquele com sentença ou acórdão condenatório, mas sem o devido trânsito em julgado. A ele se devem assegurar todos os direitos inerentes à execução penal. Assim, cumpridos os requisitos legais, terá direito à progressão de regime, bem como à aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença (STF, Súmula 716), ainda que se encontre em prisão especial (STF, Súmula 717). Por sua vez, as legislações eleitoral e militar, não obstante tipifiquem várias condutas, são omissas quanto ao cumprimento da pena. Por conseguinte, possibilita-se a aplicação subsidiária da Lei de Execução Penal (STJ, 5ª Turma, HC n. 215.765/RJ, rel. Min. Gílson Dipp, DJ 17-11-2011). O Supremo Tribunal Federal já assegurou o benefício aos militares, visto que não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena (2ª Turma, HC n. 104.174/RJ, rel. Min. Ayres Brito, DJ 18-5-2011). Por fim, aos mesmos ditames legais ficam submetidos os presos estrangeiros, de sorte que o Supremo Tribunal Federal já garantiu que o princípio da humanidade não guarda incidência apenas sobre os nacionais (2ª Turma, HC n. 117.878/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ, 3-12-2013), por força não apenas da Constituição Federal, mas também de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

### § 5.2.9. Progressão especial para mulheres.

Sabe-se que a pena privativa de liberdade deve ser executada em forma progressiva. No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para a progressão de regime são, cumulativamente: (a) não ter cometido crime com violência ou grave ameaça; (b) não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (c) ter cumprido ao menos 1/8 de pena no regime anterior; (d) ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; e, (e) não ter integrado organização criminosa (LEP, art. 112, § 3º, acrescentado pela Lei n. 13.769/2018).

### § 5.2.10. Recusa do condenado quanto à progressão de regime.

Um condenado tem o dever de progredir de regime de cumprimento de pena ou o benefício poderá ser dispensado por ele? A questão é de suma importância,

em um último episódio envolveu famosa condenada que, mesmo após doze anos no regime fechado e com bom comportamento carcerário, recusou o direito de progressão que lhe foi alcançado por seu advogado. Independentemente do motivo de sua recusa, deve-se abandonar qualquer argumento paternalista no sentido de que o Estado sabe o que é melhor para o condenado e, como tal, seria a progressão. Pelo contrário, um Estado que sempre recusou a dignidade ao preso, desde sua marginalização social até sua submissão às desumanas condições penitenciárias, tem o dever de, ao menos uma única vez, ainda que se in-

na penitenciárias, tem o dever de, ao menos uma única vez, ainda que se incoerente para alguns, reconhecer e respeitar a escolha do condenado. Qualquer argumento no sentido de que essa escolha agrava ainda mais a superlotação carcerária pela necessidade de administração pública conseguir novas vagas não deve ser recebido, porquanto não foi esse contexto que levou o Supremo Tribunal Federal a manifestar-se pela inconstitucionalidade do estado de coisas quanto ao caótico sistema penitenciário nacional (nem sequer impede novas prisões por delitos de pouca relevância). Pensamos, aliás, que a descon sideração da decisão do condenado em não se transferir de regime poderá acarretar um ônus ainda maior para o Estado, pois, estando na posição de garante em relação a todos os presos, responde objetivamente por qualquer incidente causado dentro do estabelecimento prisional, e, para ficar nesse espaço, não será difícil o apenado deixar de ostentar boa conduta perante os demais detentos (STJ, 2ª Turma, REsp n. 713.682/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 11-4-2005) ou perante a sua própria pessoa (STJ, 2ª Turma, REsp n. 1435687/MG, rel. Min. Humberto Martins, DJ 19-5-2015). Por evidente, sempre que o Judiciário aceitar a não transferência de regime, não poderá o preso pleitear indenização contra o Estado alegando o descumprimento da lei vigente. A permanência no mesmo regime deverá ser revista imediatamente, se solicitado pelo favorecido. Ademais, a não transferência não pode desvirtuar o comando constitucional da não perpetuidade da pena, ou seja, se cumpridos trinta anos, deverá o condenado deixar o cárcere. No último caso, o reconhecimento da vontade do preso representará a possibilidade de cumprimento integral da pena no regime fechado.

### § 6. Regressão de regime.

O cumprimento da pena privativa de liberdade também pode ser regressivo, isto é, com a transferência do condenado para qualquer dos regimes mais rigorosos. Embora um setor da doutrina argumente contrariamente, enxergando a regressão como instituto contrário a uma concepção moderna da execução penal<sup>26</sup>, trata-se de opção político-criminal que se mantém. Essa manutenção, porém, não deve ser encarada como um abandono de esforços à contensão de danos ao apenado. Logo, uma leitura constitucional atinente ao respectivo regramento legal deve ser realizada.

<sup>25</sup> Fischer, Douglas. *Em busca da aplicação correta e justa das penas penitências*, 2017, p. 189.

<sup>26</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 346.



tura a duplicidade das hipóteses contidas no referido art. 118, I, para que uma vez superado o *jus puniendi* com a absolvição no procedimento específico, possa ela ensejar tratamento punitivo por outra via<sup>32</sup>. Interpretado-se contrariamente, como insiste o Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma, HC n. 230.153/RS, rel. Min. Og Fernandes, DJ 29-6-2012), até mesmo a prova incontestante de inocência sujeita o apenado a punição disciplinar, ofendendo-se o *me bis in idem* pela duplicidade de julgamento, pois o fato gerador é o mesmo. Mas, vamos além, porque, como a prática de falta grave (LEP art. 50/52) enseja a imposição ao condenado de sanção disciplinar (LEP art. 53), o princípio é novamente ofendido, agora, porém, no aspecto sancionador, pois há reconsideração da falta grave com a finalidade de provocar a regressão de regime. Assim, impondo-se a sanção disciplinar, fica vetada a regressão. A violação é parente, a ponto de ser proibida nas Regras Minimas para o Tratamento de Reclusos da ONU: "Um recluso nunca pode ser punido duas vezes pela mesma infração" (item 30, n. 1, *in fine*).

#### § 6.4. Ofensa ao princípio da razoabilidade.

Uma vez absolvido do fato imputado que gerou a regressão, bem como afastada a ocorrência da implícita falta grave (LEP art. 52), o tempo que o condenado ficou no regime mais rigoroso deve ser computado para fins de progressão, pois, pelo contrário, ofende-se o princípio da razoabilidade. Adaptando o exemplo anterior, imagine-se que o preso cumpria no regime semiaberto pena de cinco anos. Passados cinco meses, é acusado de prática de roubo no interior da colônia agrícola, junto com outros agentes. Ocorre regressão ao regime fechado, permanecendo cinco meses na penitenciária, quando, em virtude da absolvição, volta a cumprir pena no regime semiaberto. Mas, para progressão, faz-se necessário, analisando o critério objetivo, o cumprimento de um sexto de pena (do total de cinco anos), ou seja, dez meses. Portanto, o período de tempo cumprido no semiaberto deve ser somado com o tempo do regime fechado (regressão), fazendo jus à progressão ao regime aberto. Considerando-se de outra forma, os danos ao apenado seriam incontestes, tanto pela precipitada regressão de regime quanto pelo tempo perdido em regime diverso daquele no qual poderia contar tempo para progressão.

#### § 6.5. Ofensa ao princípio da proporcionalidade.

É imperioso, sob o viés reductor de danos, que a regressão de regime pela prática de falta grave também seja analisada com fundamento no princípio da proporcionalidade, visando evitar injustiças no contexto da execução. Nesse aspecto, nem toda falta grave pode ensejar a regressão, razão pela qual Pacelli e Callegari aduzem que seja analisado cada caso individualmente. Para eles,

<sup>32</sup> Kuehne, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*, 2013, p. 402.  
<sup>33</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 350.

por exemplo, não há cabimento, mesmo em tese, de a regressão decorrer de provocação de acidente de trabalho (LEP art. 50, IV). No que diz respeito à provocação de acidente, não obstante afirmem que se trata de comportamento lícito em outro exemplo, não pode ser encarada como dolo. Assim, há figuras absolutamente justificadas, outras não<sup>34</sup>. No prisma da proporcionalidade, ademais, deve-se defender que o efeito na execução penal pela prática de falta grave não seja equivalente ao que decorre da prática de um fato definido como crime doloso, de sorte que, sendo distintas as naturezas das infrações, administrativa e penal, suas consequências não podem ser idênticas. Assim, por exemplo, é completamente desproporcional a regressão por salto (passagem automática do aberto para o fechado) pela prática de falta grave, pois tal consequência, ao abrir para o fechado, pode potencializar os danos ao apenado de maneira mais grave que a própria prática de um crime (LEP art. 118, II). Ao Superior Tribunal de Justiça, contudo, esse argumento soa irrelevante (5ª Turma, HC n. 273.726/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, DJ 31-3-2014). No que tange à regressão por salto, não obstante resultante da prática de crime, também não deveria ser admitida, e não apenas por violação à proporcionalidade<sup>35</sup>. Veja-se que a soma de várias penas isoladas não equivale a uma única pena de mesma duração, bem como a simples operação matemática não pode mascarar a real gravidade de cada infração. Eis por que, segundo menciona Alexis de Brio, "o mais correto seria que o juiz avaliasse a gravidade de cada pena, separadamente, e a efetiva necessidade de realização da regressão, sob pena de prejudicar ou comprometer o tratamento e dissipar os progressos atingidos"<sup>36</sup>. Ademais, fêz-se o princípio da individualização da pena, uma vez que duas penas, decorrentes de infrações não praticadas em concurso, que isoladamente não levariam ao regime mais grave equivaleriam à sanção de um único crime mais grave. A regra do inciso II do art. 118 da Lei de Execução Penal também deve ser analisada sob o viés do princípio da coisa julgada, pois a segurança jurídica constitui outro pilar estruturante na Constituição Federal.

#### § 6.6. Ofensa ao princípio da coisa julgada.

Pela regra da parte final do *caput* do art. 33 do Código Penal, o condenado deve cumprir a pena de detenção em regime semiaberto, ou aberto, salvo a necessidade de transferência a regime fechado. A possível regressão, nesse caso, decorre, entre outras hipóteses (LEP art. 111), de nova condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne inabível o regime (LEP art. 118, II). Assim, por exemplo, caso o condenado a uma pena de três anos tenha cumprido dois anos em regime aberto e venha a ser novamente condenado, pela prática de crime anterior, a uma pena de

<sup>34</sup> Pacelli, Eugênio; Callegari, André. *Manual de direito penal*, 2015, p. 458.  
<sup>35</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 78.  
<sup>36</sup> Brio, Alexis Couto de. *Execução penal*, 2013, p. 256.

três anos e seis meses, pela sistemática legal, deveria regressar ao semiaberto (CP, art. 33, § 2º). Porém, nesse contexto, nossa intenção é discutir a sentença para o regime fechado se a soma das penas superar oito anos. Pacelli e Callegari respondem afirmativamente<sup>37</sup>. Mas, analisando sob o prisma da proporcionalidade, como acima adiantado, o somatório de penas camufla a gravidade dos delitos individuais, uma vez que nenhum deles, considerando a pena aplicada pelo juiz, ensejaria o regime mais grave. Ademais, sob a perspectiva do princípio da coisa julgada, o próprio regime prisional imposto à nova condenação é ignorado, salvo se, por si só, já corresponder ao regime fechado. Por isso, reputamos correta a consideração de Rodrigo Roig<sup>38</sup>: "A regressão de regime só pode ser enxergada como instrumento inconstitucional de rompimento da estabilidade das relações jurídicas na execução penal"<sup>39</sup>.

#### § 6.7. Ofensa ao princípio da legalidade.

O legislador estabeleceu exigência ao condenado que cumpre pena no regime aberto, isto é, que não frustre os fins da execução, pois, do contrário, será transferido de regime (LEP, art. 118, § 1º). Rodrigo Roig é incisivo no sentido de que o preceito é inaplicável, diante de violação do princípio da legalidade, visto que a expressão *frustrar os fins da execução* é vaga ou indeterminada<sup>40</sup>. Trata-se, em nossa análise, de lacuna complementada por meio da regra do inciso V do art. 50 da Lei n. 7.210/1984. Com efeito, frustrar os fins da execução significa descumprir as condições impostas para permanecer no regime aberto. Nesse caso, porém, como se trata de prática de falta grave, desnecessária sua previsão, pois o inciso I do art. 118 já a contempla. Isso não representa que o princípio da legalidade executacional não tem aplicabilidade, pois o condenado que cumpre pena em prisão domiciliar (inclusive no caso de ausência de vagas ou de casas de albergado) não poderá regressar para regime gravoso, salvo se violado o princípio por meio da aplicação pelo Poder Judiciário da analogia *in malam partem*.

#### § 6.8. Ofensa ao princípio da intervenção mínima.

Rodrigo Roig sugere que a regressão de regime pudesse ser substituída por sanção menos afitiva ao projeto existencial do condenado, pois o prolongamento do rigor penitenciário pela transferência a regime mais rigoroso é prejudicial à missão constitucional de redução de danos ao apenado. Caberia, dependendo do caso concreto, a aplicação de multa sem regressar o regime do condenado. Assim, apenas se as medidas alternativas fossem insuficientes, a regressão de regime poderia ser ordenada pelo juiz da execução<sup>41</sup>. Alexis

<sup>37</sup> Pacelli, Eugenio; Callegari, André. *Manual de direito penal*, 2015, p. 458.

<sup>38</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 347.

<sup>39</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 345.

<sup>40</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 350.

de Brito, novamente repetimos, propõe a análise minuciosa do magistrado, avaliando a gravidade de cada pena, isoladamente, para não prejudicar o condenado com a regressão<sup>41</sup>.

#### § 7. Direitos do preso.

Durante o tempo em que se encontrar sob a custódia estatal, permanece o preso como sujeito de direitos e, como tal, conserva aqueles não atingidos pela condenação. Essa regra decorre, de forma reflexa, do princípio da proibição de dupla punição, pois não se pode onerar o preso com a perda de sua liberdade e de direitos a ela não relacionados, a um só tempo e pelo mesmo fato<sup>42</sup>. O respeito à dignidade do preso deve frear qualquer excesso ou abuso na execução penal. Em seguida, sem nos ocuparmos exaustivamente da realidade penitenciária, indicaremos algumas normas de cunho constitucional e trabalharemos os dispositivos legais atinentes aos direitos do preso.

#### § 7.1. Direitos previstos na Constituição Federal.

O art. 5º da Constituição Federal cataloga direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e estrangeiros, e, como não se destina apenas às pessoas em liberdade, alguns deles se estendem diretamente aos presos, como, por exemplo, o respeito à integridade física e moral (XLIX), a separação em estabelecimentos prisionais distintos, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado (XLVIII), as condições às presidiárias no período de amamentação (L) e a indenização por erro judiciário (inc. LXXV). De forma indireta, muitos outros direitos e garantias se aplicam, como, por exemplo, a não submissão à tortura nem a tratamento desumano ou degradante (III), a prestação de assistência religiosa (VII), o respeito à intimidade (X), o sigilo de correspondência (XII), a assistência de advogado (LXIII) e gratuita a quem comprovar insuficiência de recursos (LXXIV), entre outros, sem olvidar os direitos e das garantias reconhecidos em tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, § 2º). Tão importante quanto a Carta Magna é a previsão expressa dos direitos do preso no art. 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### § 7.2. Direitos previstos no Código Penal.

Astamos-nos, novamente, no início deste tópico, da composição de um percurso histórico relacionado ao reconhecimento dos direitos dos presos. Contudo, não somente a título de informação, senão, igualmente, pela afinidade com a normativa do Código Penal (art. 38), cumpre destacar importante decisão de Corre Americana (caso *Coffin vs. Reichard*, de 1944) em que, de forma inédita, referiu-se que o preso mantém todos os direitos não atingidos

<sup>41</sup> Brito, Alexis Couso de. *Execução penal*, 2013, p. 256.

<sup>42</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 117.

pela privação da liberdade<sup>43</sup>. Em síntese, a perda da liberdade não equivale à supressão dos direitos do preso não atacados pela sentença. Juntamente com essa previsão, o legislador impôs a todas as autoridades o respeito à integridade física e mental do preso. A Lei de Execução Penal, igualmente, concede destaque a esse direito (CP, art. 40).

### § 7.3. Direitos previstos na Lei de Execução Penal.

Ao preso (condenado ou provisório) serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º da Lei n. 7.210/1984). Segundo a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, a referida norma é identificada como "proclamação formal de garantia, que ilumina o procedimento de execução" (item 66). Quaisquer atos além dos limites judiciais e legais configurarão excesso ou desvio de execução (LEP, art. 185). Há seção própria com os direitos do preso, em rol exemplificativo<sup>44</sup>, visando reafirmá-los perante os demais reclusos e diante dos agentes do sistema carcerário<sup>45</sup>. Vejamos resumidamente.

### § 7.3.1. O respeito à integridade física e moral.

A Lei de Execução Penal, ao inaugurar a seção dos direitos, impôs a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (art. 40). A imposição, porém, é diariamente descumprida e provavelmente todos recordam algum acontecimento, pois desperta o interesse público, embora não ganhe ares de escândalo jornalístico. A transgressão ao direito e, assim, ao princípio da humanidade decorre, entre outros casos, do desrespeito à Lei n. 8.653/1993, de 10 de maio, relacionada ao transporte de presos. O cubículo do bagageiro da viatura, popularmente chamado de *chiqueirinho*, não é local apropriado para o deslocamento, uma vez que carece de luminosidade e de adequada ventilação, bem como transgredir norma do Código de Trânsito Brasileiro que impõe a circulação com o cinto de segurança (art. 105, I). O mesmo se afirma do uso imoderado de algemas, mesmo em casos de passividade do preso, contrariando, assim, enunciado do Supremo Tribunal Federal (Súmula 11) e o Decreto n. 8.858/2016, de 26 de setembro (que regulamentou o disposto no art. 199 da Lei de Execução Penal). O desrespeito à integridade moral está consignado na própria Lei de Execução Penal no tocante ao regime disciplinar diferenciado (art. 52), visto que o isolamento celular pode provocar transtornos psicológicos. Efeitos semelhantes decorrem de possíveis ameaças de outros reclusos, bem como da permanência indevida ou superior ao tempo de pena em determinado regime. A frustração com as arbitrárias suspensões ou restrições de outros direitos igualmente influenciam.

### § 7.3.2. A alimentação suficiente e o vestuário.

Entre os diversos direitos do preso, destaca-se, em primeiro lugar, a alimentação suficiente (LEP, art. 41, I, 1ª parte). Representa o fornecimento de alimentos adequados e frescos, no mínimo com três refeições diárias e com atenção à higiene na conservação e preparação deles. Sempre que possível, deve-se priorizar a não repetição de refeições e o fornecimento constante de água. Também é importante o descarte dos restos de comida de forma apropriada. Além da opção de oferta externa de alimentos, por familiares e amigos, a compra de alimentos permitidos e não fornecidos pela Administração prisional também deve ser favorecida no próprio estabelecimento (LEP, art. 13). No tocante à questão do vestuário (LEP, art. 41, I, *in fine*), nos estabelecimentos que o forneçam (LEP, art. 12), deve-se impedir o uso de uniformes vexatórios que o forneçam (LEP, art. 12), como a sugestão em Portaria da Secretaria de Segurança Pública do Tocantins, sob a justificativa de dificultar a fuga dos presos<sup>46</sup>.

§ 7.3.3. A atribuição de trabalho, remuneração e pecúlio. Reportamo-nos, para esses direitos, ao tópico e considerações específicas na sequência desta lição (CP, art. 39).

### § 7.3.4. A previdência social.

Traza-se de seguro que garante a renda do contribuinte e de sua família. O imaginário popular sustenta que é suficiente a prisão para o preso receber um valor a título de auxílio reclusão (art. 80 da Lei n. 8.213/1991). O beneficiário, no entanto, não é o preso, mas familiares ou dependentes econômicos e apenas tem esse direito quando, na época da prisão, estava em situação regular junto à Previdência Social<sup>47</sup> (LEP, art. 41, III). Advertimos que o valor pago independe do número de favorecidos e fica suspenso em caso de fuga. Havendo livramento condicional, transferência para o regime aberto ou sua substituição por prisão domiciliar, o auxílio reclusão deixará de ser pago pelo órgão oficial<sup>48</sup>.

### § 7.3.5. A proporcionalidade entre o tempo para o trabalho, o descanso e a recreação.

Sobre o trabalho do preso, reservamos comentários em tópico especial. No entanto, devemos antecipar que a jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, devendo-se respeitar o descanso dominical e os dias festivos (LEP, art. 33). Nos estabelecimentos prisionais em que efetivamente o trabalho se concretize, o descanso ocorre no período noturno, salvo quando o preso tem horário especial para realização de serviços de

<sup>43</sup> Disponível em: <<https://casetext.com/case/coffin-v-reichard>>. Acesso em: 14 out. 2015.

<sup>44</sup> Marcão, Renato. *Execução penal*, 2012, p. 66.

<sup>45</sup> Brito, Alexis Couto de. *Execução penal*, 2013, p. 127.

<sup>46</sup> Portaria n. 95, de 31 de janeiro de 2011.

<sup>47</sup> Kiehlne, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*, 2013, p. 122.

<sup>48</sup> Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/>>. Acesso em: 14 out. 2015.

conservação e manutenção (LEP, art. 33, parágrafo único). Quanto à recreação, deve-se respeitar o direito ao banho de sol diário, inclusive para os recolhidos no regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52, IV). Além, o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados à recreação e prática de atividades esportivas (LEP, art. 83, *in fine*). Deve-se pensar, inclusive, que o esporte pode constituir especial hipótese de remição de pena.

§ 7.3.6. O exercício de atividades anteriores à prisão compatível com a execução penal.

Sempre que compatíveis ao cumprimento da pena privativa de liberdade, e, sendo possível, deve-se preservar o exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas ou desportivas exercidas pela pessoa antes de seu aprisionamento (LEP, art. 41, VI). A legislação salienta que na atribuição do trabalho deverá ser levada em conta a habilitação do preso (art. 32, 1ª parte). Assim, se houver alguém preso por exercício ilegal da medicina (CP, art. 282), poderá trabalhar na instituição com o favorecimento dos demais segregados e sendo favorecido pela remição.

### § 7.3.7. A assistência ao preso.

Além de um direito do preso (LEP, art. 41, VII), trata-se de um dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade (LEP, art. 10). A assistência abrange vários aspectos: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (LEP, art. 11). São muitas as deficiências relacionadas ao respectivo direito, a ponto de Maurício Kuehne adjeivar o quadro atual como *lastimável*<sup>49</sup>. Vejamos especificamente.

#### § 7.3.7.1. A assistência material.

Essa espécie de assistência dá-se em três frentes: alimentação, vestuário e higiene (LEP, art. 12). No tocante à última, quando há instalação higiênica em alguns estabelecimentos prisionais, mais além da ausência de intimidade, o espaço utilizado para banho é igualmente reservado às necessidades básicas. Em outros, a escassez de água dificulta não apenas a higiene básica, como também a limpeza interna da cela. O jornal de ontem é o papel higiênico de amanhã. Nas penitenciárias femininas, o descaso também existe, a ponto de a Administração não fornecer ou oferecer absorventes em número incompatível com o ciclo menstrual. Para suprir essa omissão e conter um fluxo maior, as condenadas utilizam muito de pão.

#### § 7.3.7.2. A assistência à saúde.

Em caráter preventivo e curativo, essa assistência compreende, ao menos na letra da lei, atendimento médico, farmacêutico e odontológico (LEP, art. 14). Embora haja um percentual elevado de unidades com estrutura própria, o número de

profissionais (efetivos, comissionados, terceirizados e temporários) nos três setores ainda é insuficiente. O quadro de ginecologistas, pois à gestante, por lei, é assegurado o acompanhamento médico, em 2014, totalizava 37 profissionais.<sup>50</sup> A assistência poderá ser prestada em outro local quando o estabelecimento penal não a prover, sendo possível, por analogia, contratar um médico de confiança a fim de orientar e acompanhar o tratamento (LEP, art. 43).

#### § 7.3.7.3. A assistência jurídica.

§ 7.3.7.3. A Defensoria Pública, com a promulgação da Lei n. 12.313/2010, tornou-se órgão da execução penal (LEP, art. 61, VII). Tem o objetivo comum, dentro das limitações estruturais e de pessoal, que lhe são comuns, de velar pela regular execução penal. Presta serviço integral e gratuito, dentro e fora dos estabelecimentos penais, visto que a maioria dos presos não tem nenhuma condição de constituir advogado particular (LEP, arts. 15/16).

#### § 7.3.7.4. A assistência educacional.

O preso tem direito à educação, sendo obrigatório o ensino de primeiro grau (LEP, art. 18). Recentemente, por meio da Lei n. 13.163/2015, visando consagrar a universalização do ensino, seguindo o ditame constitucional, determinou-se a implantação nos presídios do ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio (LEP, art. 18-A). Há previsão de ensino profissional e aperfeiçoamento técnico, sendo assegurado à mulher condenada ensino adequado à sua condição (LEP, art. 19, parágrafo único). Para concretização desse direito, evidentemente o estabelecimento penal deverá contar com espaço adequado e dotado, sempre que possível, de biblioteca (LEP, art. 21). Veremos, em tópico próprio, a importância do estudo e da leitura para fins de remição de pena.

#### § 7.3.7.5. A assistência social.

É dever estatal prestar assistência social ao preso, com a finalidade de ampará-lo e prepará-lo para o retorno à liberdade (LEP, art. 22). Entre as formas de assistência, embora haja presença nos estabelecimentos, o número de profissionais é reduzido, gerando uma desproporção muito elevada em razão da superlotação carcerária, e, desse modo, as incumbências de ordem legal nem sempre são cumpridas (LEP, art. 23, I a VIII). O serviço de assistência social ainda colaborará com os egressos para a obtenção de trabalho (LEP, art. 27).

#### § 7.3.7.6. A assistência religiosa.

O estabelecimento prisional deve comportar espaço adequado para realização de cultos religiosos, sendo assegurado aos presos o respeito à liberdade de crença, concretizada, por exemplo, com a permissão de porte de livros de

<sup>49</sup> Kuehne, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*, 2013, p. 71.

<sup>50</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2014, p. 75.



instrução religiosa (LEP, art. 24). A Lei n. 9.982/2000, de 14 de julho, dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nos locais de cumprimento de pena, permitindo-se aos religiosos de todas as confissões, sempre respeitada as normas internas da instituição penal, o atendimento religioso aos presos (art. 1º).

#### § 7.3.7. A assistência ao egresso.

Outro quadro lamentável, uma vez mais seguindo adjectivação de Maurício Kuehne, diz respeito à assistência ao egresso, pois não há investimento estatal nesse quesito, favorecendo, e muito, a reincidência<sup>51</sup>. A implementação estatal novos Patronatos é medida imperativa, em especial pelo número reduzido de Unidades da Federação, com o fim de assistir o liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento penal, e o liberado condicional, durante o período de prova (LEP, art. 26). A assistência consiste tanto na orientação e no apoio para reintegrá-lo à sociedade, quanto na concessão, se necessário, de dormitório e refeição pelo prazo de dois meses (LEP, art. 25). Na prática, porém, o resultado da reinserção social não é nada animador. Para ficar em um único exemplo, no mundo do trabalho, desconsiderando quem não deseja trabalhar, há grande resistência dos empregadores de reabsorver ex-infratores. Assim, a probabilidade de reincidência é grande, pois a busca de novos ilícitos é tentadora<sup>52</sup>.

#### § 7.3.8. A proteção contra qualquer forma de sensacionalismo.

Embora a publicidade seja um princípio que orienta a execução penal, deve ser restringida sempre que representar um prejuízo ao preso<sup>53</sup>. Deve-se evitar, em síntese, o sensacionalismo, isto é, a promoção jornalística que visa causar impacto, chocar a opinião pública, sem compromisso com a veracidade (LEP, art. 41, VIII). Essa prática não só atenta contra a condição de dignidade humana como prejudica a reinserção do apenado no meio social. Aliás, transcede o próprio preso, invadindo a intimidade de familiares com a excessiva exposição pública da prisão, condenação e execução. Aliás, constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública ou a submeter-se a situação vexatória, configura crime de abuso de autoridade (art. 13, I e II da Lei n. 13.869/2019).

§ 7.3.9. A entrevista pessoal e reservada com o advogado. Trata-se de direito de mão dupla, pois, ao mesmo tempo que garante ao preso a oportunidade de expor oralmente sua situação (LEP, art. 41, IX),

também oportuniza ao advogado, mesmo sem procuração, comunicar-se com o preso, detido ou recolhido em estabelecimento civil ou militar, embora considerado incommunicável (art. 7º, III, da Lei n. 8.906/1994).

A entrevista não exige prévio agendamento ou um requerimento formal dirigido ao diretor da unidade (STJ, 2ª Turma, REsp n. 673.851/MT, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21-11-2005). Não obstante essa decisão, o Decreto n. 6.049/2007, de 27 de fevereiro, que aprovou o Regulamento Penitenciário Federal, assim determina, excepcionando a necessidade de entrevista agenda, nos casos de comprovada urgência (art. 96). O Decreto presidencial adernais, deixou de seguir a Resolução n. 8/2006, de 30 de maio, do CNPCP, órgão da execução penal (LEP, art. 61, I), recomendando, em obediência às garantias e aos princípios constitucionais, que a inviolabilidade da privacidade nas entrevistas do preso com seu advogado seja assegurada em todas as unidades. Assim, em nosso sentir, quaisquer atos que impeçam o exercício desse direito constituem afronta ao princípio da ampla defesa, como, por exemplo, a limitação do número de advogados, a presença física de terceiros desinteressados ou a filmagem das entrevistas.

#### § 7.3.10. A visita social.

Também é direito do preso receber a vítima do cônjuge, companheira, parentes e amigos (LEP, art. 41, X). Em geral, ocorre em dias determinados, por um período certo de tempo, no ambiente de pátio de sol, pois não há espaço específico para visita. Por evidente, o convívio familiar e de amigos é instrumento de minimização da dor do cárcere (STF, 2ª Turma, HC n. 107.701/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 23-3-2012), razão pela qual não se deve furtá-lo arbitrariamente, como, por exemplo, exigindo-se documento que comprove vínculo do preso com a visita ou a inexistência de antecedentes criminais do parente<sup>54</sup>. Também não se deve sancionar o preso com a perda do direito à visita, quando o visitante pratica determinada conduta indevida, pois, segundo Rodrigo Roig, tal prática ofenderia o princípio da transcendência da pena<sup>55</sup>. Veja-se que a manutenção dos laços familiares e sociais, se impossível uma presença física dos visitantes, poderia ser preservada por meio de videoconferência. Pense-se, por exemplo, nos casos de presos em estabelecimentos federais ou presos estrangeiros<sup>56</sup>. Na prática, porém, a concretização dessa medida está distante de acontecer, pois poucos estabelecimentos penais seguem a modernidade. Para os condenados que cumprem pena no regime se-

<sup>51</sup> Kuehne, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*, 2013, p. 89.

<sup>52</sup> Pastore, José. *Trabalho para ex-infratores*, 2011, p. 71-86.

<sup>53</sup> Mesquita Junior, Sídio Rosa de. *Execução criminal*, 2005, p. 139.

<sup>54</sup> Junqueira, Gustavo Octaviano. *Legislação penal especial*, v. 1, 2008, p. 40.

<sup>55</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 72.

<sup>56</sup> Veja-se, a propósito, Portaria n. 500/2010, de 30 de setembro, do Departamento Penitenciário Nacional.

miaberto, o benefício da saída temporária se destina, também, à visita familiar (LEP, art. 122, I).

#### § 7.3.11. A visita íntima.

Aproximadamente 30% dos estabelecimentos prisionais masculinos têm um local específico para visita íntima, ou seja, a existência de alojamento próprio para propiciar contato sexual à pessoa privada de liberdade. Nos estabelecimentos femininos, essa porcentagem se aproxima de 40%<sup>57</sup>. Nos demais locais, finalidades seja fortalecer a relação familiar do preso, a fidelidade masculina não vence o cárcere feminino, e, como tal, tomando-se como exemplo a Penitenciária Madre Pelletier, em Porto Alegre, o ninho de amor quase não é usado, pois os homens pouco visitam as reclusas<sup>58</sup>. O direito deve ser assegurado entre os presos (relação homossexual) e se ambos estão segregados (relação heterossexual), cumprindo ao Poder Público propiciar os meios para a sua concretização. No tocante ao princípio da legalidade, resta violado somente que se exige requisito não estipulado, como a comprovação de vínculo afetivo ou existência de prole. No tocante ao pluralismo, inviável exigir que, em caso de divórcio ou separação, novo parceiro ou parceira apenas possa frequentar o cárcere em dia de visita íntima após determinado tempo, pois se em liberdade, essa restrição não teria sentido. Trata-se de imposição moral que não pode subsistir. O direito poderá ser suspenso a pedido do preso de acordo com a Portaria n. 1.190/2008, de 19 de junho.

#### § 7.3.12. O chamamento nominal.

A melhor forma de a pessoa afirmar a própria individualidade é ser chamada pelo nome. Não poderia ser diferente com o preso. Trata-se de direito garantido na Lei de Execução Penal, e, como tal, qualquer outro tratamento, com alcunhas ou números, está proibido (LEP, art. 41, XI). É um direito essencial da personalidade. Não vemos violação, contudo, se o tratamento ocorrer com uso do agnome e/ou sobrenome do preso<sup>59</sup>.

#### § 7.3.13. A igualdade de tratamento.

A Lei de Execução veda quaisquer distinções de natureza racial, social, religiosa ou política (art. 3º, parágrafo único). Assim, todos os presos têm os mesmos direitos, salvo necessidades especiais para orientação da individualização da pena (LEP, art. 41, XIII). Pense-se, por exemplo, que o trabalho dos maiores de 60 anos e deficientes deve ser compatível e apropriado, respectivamente, com sua idade e ao seu estado (LEP, art. 33, §§ 2º e 3º).

<sup>57</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2014, p. 89.

<sup>58</sup> Queiroz, Nana. *Presos que menstruam*, 2015, p. 239.

<sup>59</sup> De Bem, Leonardo Schmitt. *Teoria da relação jurídica*, 2002, p. 46 e s.

#### § 7.3.14. A audiência especial com o diretor do estabelecimento.

Trata-se de relevante direito, pois, através dele, reservadamente, o preso poderá expor ao diretor da unidade prisional abusos e excessos praticados por agentes penitenciários, ou violações a sua integridade física ou moral por parte de outros reclusos (LEP, art. 41, XIII). Porém, como o distanciamento é a realidade, eventuais problemas e dificuldades enfrentadas pelo preso poderão, por uma via subsidiária, ser relatados ao diretor, por escrito, pelo assistente social (LEP, art. 23, II).

#### § 7.3.15. O direito de petição.

§ 7.3.15. O exercício do direito de representar e peticionar pela Lei de Execução Penal, o exercício do direito de representar e peticionar a qualquer autoridade limitou-se à defesa de direito (art. 41, XIV). Deve ser ampliado, assim, para albergar o reclamo de qualquer ilegalidade ou abuso de direito, nos estritos termos da garantia constitucional (art. 5º, XXXIV). Como exemplo de sua realização, diariamente e pelos mais diversos meios, há impetração de *habeas corpus* pelos próprios presos.

#### § 7.3.16. O direito à correspondência.

Outro direito do preso está relacionado ao contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita (LEP, art. 41, XV, 1ª parte). Em tese, poderá o preso se comunicar com qualquer outra pessoa. Mas, esse direito seria limitado, ou seja, faz jus o preso ao sigilo de correspondência? Gustavo Junqueira responde que, com respaldo no princípio da proporcionalidade, regulado, na situação, pelo parágrafo único do art. 41 da Lei n. 7.210/1984, poderá o diretor do estabelecimento restringi-lo<sup>60</sup>. Há precedente do Supremo Tribunal Federal admitindo a interceptação epistolar, contudo excepcionalmente (1ª Turma, HC n. 70.814-5/SR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 24-6-1994). A fiscalização do conteúdo da correspondência é uma das características do regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 52, VI). Causa-nos espécie, porém, que um direito constitucional seja suprimido por meio de ato (muitas vezes, arbitrário) do diretor do estabelecimento prisional. Repetimos que “a legitimidade dos fins não justifica a inconstitucionalidade dos meios cuja adoção se entenda necessária à consecução dos objetivos visados, por mais elevados, dignos e inspirados que sejam” (STF, Pleno, ADPF n. 44, rel. Min. Celso de Mello, DJ 26-2-2010).

§ 7.3.17. O direito à leitura e a outros meios de informação. Também é assegurado ao preso o direito de se manter atualizado com as notícias do mundo exterior. A concretização desse direito se faz pela leitura de revistas e de outros meios de informação (LEP, art. 41, XV, *in fine*). Valeu-se o legislador da técnica da interpretação analógica, pois a revista também é um

<sup>60</sup> Junqueira, Gustavo Octaviano. *Legislação penal especial*, v. 1, 2008, p. 40.

meio de informação. Acrescente-se, portanto, livros e jornais. Nada impede, em nosso sentir, a comunicação proveniente do rádio ou da televisão. Quanto à exigência presente no final do inciso, isto é, não comprometimento de costumes e dos bons costumes, Rodrigo Roig enumera as violações que dela decorrem, a começar pela legalidade, porque se trata de expressão vaga e indeterminada, passando pela secularização, visto que a restrição ao direito se liga a parâmetros moral, e finalizando com a humanidade, pois, sem autorização constitucional, reitira do preso acesso a instrumentos de informação que em vida livre são permitidos aos maiores de idade (revistas obscenas)<sup>61</sup>.

§ 7.3.18. O atestado de pena a cumprir.

O rol exemplificativo da Lei de Execução Penal finaliza com o direito de o preso receber, anualmente, atestado de pena a cumprir (art. 41, XVI). Trata-se de direito acrescentado por meio da Lei n. 10.713/2003, de 13 de agosto. Cabe ao juiz da execução sua emissão (LEP, art. 66, X), independentemente de pedido do Defensor Público (LEP, art. 81-B, II). O documento resume a vida do preso no cárcere, sendo possível compreender a sua real situação, em especial com a remição (LEP, art. 129, § 2º) e benefícios de progressão. A concretização desse direito ficaria facilitada se, em cada estabelecimento prisional, o interessado pudesse acessar seu processo virtualmente. Porém, como aduz Maurício Kuehne, trata-se de reclamo dos condenados, sendo que o descaso da autoridade pode ensejar, inclusive, rebeliões<sup>62</sup>.

§ 7.3.19. A limitação de alguns direitos.

O legislador dispõe que os direitos previstos nos incisos V, X e XV do art. 41 da LEP podem ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (art. 41, parágrafo único). Se realmente válida a regra – um direito de rasgo fundamental pode ser suprimido por ato administrativo? –, somente os direitos com previsão nos referidos incisos poderão sofrer limitações, pois, do contrário, viola-se a legalidade pelo emprego da analogia *in malam partem*. Como se observa de interpretação sistemática da Lei de Execução Penal, a suspensão ou restrição desses direitos constituem sanções disciplinares aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento (art. 53, III; art. 54), impostas em razão da prática de falta grave (art. 57, parágrafo único). No entanto, nenhuma das faltas graves diz respeito, diretamente, ao exercício dos direitos passíveis de restrições. Assim, entendemos que a suspensão ou restrição, quando determinada pelo diretor do estabelecimento, deve demonstrar essa necessária conexão. Dessa forma, reforça-se o caráter de excepcionalidade consagrado pelo Supremo Tribunal Federal (1ª Turma, HC n. 70.814-5/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 24-6-1994).

<sup>61</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 120.

<sup>62</sup> Kuehne, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*, 2013, p. 139.

Os direitos dos presos provisórios.

§ 7.4. Os direitos de Execução Penal se aplica igualmente ao preso provisório (art. 2º, parágrafo único), todos os direitos a ele são extensíveis (art. 42).

§ 7.5. A utilização da teoria da reserva do possível e os direitos do preso.

Não é necessário muito esforço para constatar que a Lei de Execução Penal, no que diz respeito ao direito à assistência, é, salvo raríssimas exceções, muito pouco respeitada. A péssima condição da assistência material ou à saúde, por exemplo, em inúmeras unidades prisionais impressiona, a ponto de alguns presos viverem em condições claramente subumanas. No cárcere, o acesso a essa realidade é favorecido pelo mínimo valor gasto nos itens relativos às respectivas formas assistenciais, como alimentação, vestuário e higiene e, ainda, outros atinentes à saúde. A justificativa reside no déficit orçamentário estadual e, portanto, nas limitações para execução dos serviços básicos a que têm direito todos os presos. Não raro, inclusive, a figura jurídica da reserva do possível passaria por sentenças judiciais negando pedidos de Defensores Públicos para sanar as irregularidades relativas à insuficiência ou à ausência de objetos de primeira necessidade. No entanto, jamais a falta de recursos financeiros poderia justificar as violações diárias aos direitos humanos dos presos. Como narra Rodrigo Roig, “ontologicamente o princípio da humanidade reprensenta a barreira jurídica, interpretativa, ética e discursiva à utilização da teoria da reserva do possível como pretexto para a desassistência estatal na execução penal”<sup>63</sup>. O argumento de que pessoas livres também não têm serviços existenciais mínimos ofertados com dignidade não justifica um tratamento desrespeitoso com os custodiados, até porque, independente de quem seja o cidadão, cumpre ao Estado preservar um tratamento digno e humano<sup>64</sup>. Esse tratamento se faz com a oferta de um mínimo existencial (STF 2ª Turma, ARE n. 745.745/MG, rel. Min. Celso de Mello, DJ 19-12-2014), capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (STF ADPF n. 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 4-5-2004). Há, inclusive, recente entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública (Poder Executivo) realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como a integridade física e moral (Pleno, RE n. 592581/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13-8-2015).

§ 8. Direitos do internado.

Adiz o Código Penal que o internado (submetido a medida de segurança) será recolhido a estabelecimento dotado de características hospitalares e será

<sup>63</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 37.

<sup>64</sup> Coyle, Andrew apud Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 48.

submetido a tratamento (art. 99). A Lei de Execução Penal, por sua vez, dispõe que ao internado serão assegurados os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º), aplicando-lhe, no que couber, o disposto na seção de direitos do preso (art. 42), além de lhe ser garantida a liberdade de contar com médico de confiança pessoal a fim de orientar e acompanhar o tratamento ambulatorial (art. 43). Nesse aspecto, visando melhor enfoque, remetemos o leitor à lição específica sobre medidas de segurança.

### § 9. Trabalho do preso.

O Código Penal estabelece algumas regras de cumprimento da pena privativa de liberdade nos estabelecimentos prisionais. Entre elas, o condenado ficará sujeito a trabalho no período diurno, a ser realizado interna ou externamente à unidade prisional (CP, art. 34/35). O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social (CP, art. 39). Essas regras – e outras – estão delimitadas na Lei de Execução Penal. Vejamos detalhadamente.

#### § 91. Dever e direito do preso.

A execução do trabalho é um dos deveres do condenado que está consignado na Lei n. 7.210/1984 (art. 39, V). Não existindo elemento volitivo na atividade exercida pelo preso, prevê-se cometimento de falta grave quando não for cumprido (LEP, art. 50, VI). Rodrigo Roig, respaldado em considerações da professora portuguesa Anabela Rodrigues, entende que essa punição é institucional, uma vez que fere a autonomia individual por obrigar alguém ao exercício de atividade laboral<sup>65</sup>. Excepciona-se a obrigatoriedade laboral aos presos provisórios (LEP, art. 31, parágrafo único), aos condenados definitivos por crimes políticos (LEP, art. 200) e aos condenados por contravenção penal quando a pena aplicada não exceder 15 dias (LCP, art. 6º, § 2º). Além de um dever imposto aos condenados (LEP, art. 31), também é direito (LEP, art. 41, II). No entanto, segundo relatório do Departamento Penitenciário Nacional, apenas 15% da população carcerária do país trabalha, sendo Minas Gerais o Estado com maior porcentagem (30%)<sup>66</sup>. Entre os estabelecimentos prisionais estaduais, em 2014, tão somente 22% dispunham de oficinas de trabalho, e quase metade dos estabelecimentos indicava não ter pessoas privadas de liberdade trabalhando<sup>67</sup>. Essa omissão estatal reflete no principal benefício: a remição (LEP, art. 126, § 1º, II). Em síntese, para as vozes que ecoam por todos os cantos que o condenado deve trabalhar porque o Estado não deve

assistir-lo, o trabalho é direito e dever do preso; o problema é que o Estado não fornece a estrutura adequada.

#### § 92. Remuneração.

Trata-se de direito do preso, como efeito do trabalho (LEP, art. 41, II). Informa essa legislação que o trabalho será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo (art. 29). Trata-se de objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, pois o estabelecimento de contrapartida monetária pelo trabalho do preso em valor inferior ao salário mínimo seria inconstitucional (ADPF n. 336, rel. Min. Luiz Fux<sup>68</sup>). Na prática, porém, “75% da população prisional em atividade laboral não recebe remuneração ou recebe menos que 3/4 do salário mínimo mensal”<sup>69</sup>. O produto da remuneração destina-se, nessa ordem (LEP, art. 29, § 1º): a) à indenização dos danos causados pelo crime (não extensível à contravenção penal), desde que determinados judicialmente e se não reparados por outras formas (LEP, art. 39, VII); b) à assistência à família; c) às pequenas despesas pessoais (LEP, art. 39, IX); d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporcção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas leis anteriores (LEP, art. 39, VIII). A parte restante, se existir, será depositada para constituição do pecúlio (LEP, art. 41, IV), em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade (LEP, art. 29, § 2º). Como menciona Maurício Kuehne, “esse encargo poderia (e deveria) ser entregue aos Patronatos que devem prestar assistência ao egresso. Com providência dessa natureza, em muito seria diminuída a taxa de reincidência”<sup>70</sup>. Quando houver articulação para o trabalho ser gerenciado por fundação ou empresa pública, com autonomia administrativa, o encargo será suportado pela entidade gerenciadora (LEP, art. 34, § 1º, *in fine*), como cumprirá às entidades privadas remuneração pelo trabalho a ela executado (LEP, art. 36, § 2º).

#### § 93. Trabalho interno.

Entre os presos que trabalham, 87% o fazem internamente<sup>71</sup>. Não se admite, por certo, trabalho cruel ou penoso. Aliás, segundo a previsão do Código Penal, também a Lei de Execução enfatiza que sejam observadas a habilitação e as condições pessoais, em especial aos maiores de 60 anos e aos doentes e deficientes físicos (art. 32, §§ 2º e 3º). Não há razão de a oferta de trabalho

<sup>65</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 169.

<sup>66</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2016, p. 56.

<sup>67</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2014, p. 116 e s.

<sup>68</sup> Ao término desta edição, o relator determinou a inclusão do processo em pauta no fim de novembro de 2019.

<sup>69</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2016, p. 58.

<sup>70</sup> Kuehne, Maurício. *Lei de Execução Penal anotada*, 2013, p. 97.

<sup>71</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2016, p. 57.

artesanal ocorrer apenas em regiões de turismo (art. 32, § 1º), considerando que a primeira finalidade do trabalho não é a econômica, senão educativa (art. 28). Aliás, a negativa de sua realização, ademais de preconceituosa, reflete o total desconhecimento da realidade carcerária, porque, de acordo com o INFOPEN, as oficinas de artesanato são as mais frequentes nas unidades prisionais, seguidas das de corte e costura, sendo as menos recorrentes, por sua vez, as de artefatos de concreto<sup>72</sup>. Existe limitação para a jornada diária de trabalho, entre seis e oito horas, com descanso aos domingos e feriados (LEP, art. 33), podendo ser atribuído horário especial aos custodiados para execução de serviços de conservação e manutenção do estabelecimento (LEP, art. 33, parágrafo único).

#### § 94. Trabalho externo.

Além do trabalho interno, acessível aos condenados definitivos e presos provisórios, há a possibilidade de a atividade laboral ser realizada em ambiente externo, mas apenas pelos presos definitivos (LEP, art. 31, parágrafo único). O requisito objetivo e os subjetivos que devem ser satisfeitos pelo condenado estão previstos na Lei de Execução Penal, de sorte que viola o princípio da legalidade qualquer exigência extralegal (art. 37), como, por exemplo, tratar-se de condenado nacional (STJ, 5ª Turma, REsp n. 662.567/PA, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 26-9-2005). O requisito de cumprimento de um sexto de pena para o apenado ter direito ao benefício não se aplica no regime semiaberto. A principal razão, a nosso ver, radica na ausência de previsão legal. Desse modo, não pode o Poder Judiciário exigir o que o Poder Legislativo não estipulou. Ademais, de acordo com enunciado do Superior Tribunal de Justiça, para a obtenção do trabalho externo se considera o tempo de cumprimento da pena no regime fechado (Súmula 40). Como se exigir tal contagem se o cumprimento inicial da pena se fará no regime semiaberto? Aos condenados que progredirem para o semiaberto, igualmente não há razão para tal exigência, pois, salvo nos casos de revogação do benefício, seria ilegal exigir-se a renovação do prazo. E cumpre mencionar, inclusive, que ambos os tribunais superiores têm firme entendimento sobre a ilegalidade dessa exigência (STF Pleno, EP 2 TrabExt-Agr/DF, rel. Min. Luiz Roberto Barroso, DJ 30-10-2014; STJ, 5ª Turma, HC n. 143.061/RS, rel. Min. Jorge Mussi, DJ 15-3-2010). A sua realização, ao contrário da restrição do Código Penal, também pode ser satisfeita em entidade privada (LEP, art. 36, § 3º), não se devendo exigir, para fins de concessão do benefício, termo de responsabilidade assinado pelo empregador (STJ, 6ª Turma, RHC n. 8.451/RJ, rel. Min. Vicente Leal, DJ 30-8-1999). Neste contexto, entende-se inadmissível restringir os direitos trabalhistas aos presos,

razão pela qual se deve estimá-lo como uma "relação de emprego especial"<sup>73</sup>, enfatizando-se o verdadeiro valor que está agregado ao labor. A execução do trabalho externo não pode ser negada sob o argumento de elevada possibilidade de evasão pelo condenado, primeiro, porque esse argumento se revela próximo do desejo de neutralização do agente, segundo, pois é dever estatal tomar as cautelas para impedi-la (LEP, art. 36, *in fine*). Na prática, no entanto, em razão da efetiva viabilidade de segurança não ser garantida, vetou-se o direito (STJ, 5ª Turma, HC n. 42.444/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 3-10-2005). O argumento é, no mínimo, caricato, por um lado, pois existe limitação numérica ao exercício do trabalho externo (LEP, art. 36, § 1º), e, por outro, porque a segurança não necessita ser realizada pelo pessoal penitenciário. Por fim, para os condenados no regime aberto, o trabalho externo é condição para permanência em liberdade, estando dispensados os condenados à prisão domiciliar (LEP, art. 114, parágrafo único).

#### § 95. Competência.

Como o trabalho interno do preso não possui natureza de relação de trabalho, não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis Trabalhistas (LEP, art. 28, § 2º). Há, inclusive, entendimento consolidado de que eventual ação judicial não seja analisada pela Justiça do Trabalho (STF, 3ª Seção, CC n. 92.869/MS, rel. Min. Maria de Assis Moura, DJ 19-9-2008). Mas, como bem matiza Rodrigo Roig, "o fato de não se aplicar a CLT não significa que os presos estejam alijados de determinados direitos"<sup>74</sup>. Eis por que, também no tocante ao trabalho do preso, faz-se necessária uma releitura constitucional da Lei de Execução Penal, pois a Carta Máxima, além de definir que o trabalho é um direito social (art. 6º), não exclui os condenados dos direitos elencados em seu texto (art. 7º). Entre os benefícios do trabalho, interno ou externo, está a remição de pena.

#### § 96. Remição da pena pelo trabalho.

O principal efeito da remição é tratar o tempo que o preso trabalha como pena cumprida. Portanto, propriamente, não se trata de um desconto, pois a remição incide sobre a pena em execução e não sobre a pena aplicada. A contagem do tempo é feita à razão de um dia de pena a cada três dias de trabalho (LEP, art. 126, § 1º, II), de sorte que o trabalho por três dias equivale ao cumprimento de quatro dias de pena.

#### § 96.1. Contagem em horas.

Vimos que o condenado, quando submetido à jornada de trabalho, deve exercê-la entre o mínimo de seis e o máximo de oito horas. Eventuais horas extraordinárias contam para fins de remição? Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que as horas

<sup>72</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Livramento nacional de informações penitenciárias*, 2014, p. 133.

<sup>73</sup> Oliveira, Laura Machado de. *O Direito do trabalho penitenciário*, 2017, p. 226.

<sup>74</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 169.

além da jornada diária de oito horas, frise-se, somente quando da superação da jornada máxima diária, são computadas em separado, utilizando-se o divisor em horas. Nestes casos, o alcance de seis horas extraordinárias (considerada a jornada mínima diária) equivale a um dia de trabalho, para fins de remição.<sup>6</sup> Turma, REsp n. 130.292-4/R.S, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 6-3-2013). Logo, dezoito horas extraordinárias equivalem a um dia remido de pena. O cômputo diferenciado, desta forma, justifica-se por exceder a jornada de pena. O previsto em lei, ao passo que, para aqueles que perfazem jornadas inferiores, o cômputo se realiza com base em dias trabalhados, isto é, a cada três dias de trabalho é possível remir um dia de pena. A contagem em horas, como prevista para a remição pelo estudo, deveria ser estendida ao trabalho, para evitar evidente desproporcionalidade albergada pela própria lei. Compare-se o condenado que trabalha seis horas diárias e outro que o faz por oito horas. Ao passar três dias, enquanto este cumprirá vinte e quatro horas, aquele trabalhará dezoito. A diferença de seis horas, assim, revela a desproporcionalidade e equivale ao tempo para o acréscimo de um dia de trabalho se realizadas horas extras.

### § 9.6.2. Restrições legais.

Há restrição em relação ao regime em que o apenado cumpre pena, pois a remição pelo trabalho só poderá ocorrer se o agente estiver no fechado ou semiaberto (LEP, art. 126). Proíbe-se legalmente a remição pelo trabalho daquele condenado em regime aberto (STF, 2ª Turma, RHC n. 117.075/DF, rel. Min. Teori Zavascki, DJ 19-11-2013). O argumento de que o trabalho no regime aberto é obrigatório (LEP, art. 114, I), e, como tal, não faz sentido remir a pena do condenado é infundado, pois o trabalho também é obrigatório no regime fechado (LEP, art. 31), tanto que a sua inobservância acarreta falta grave (LEP, art. 50, VI), e mesmo assim se concede a remição. Ademais, é desproporcional que no regime mais benéfico lhe seja conferido tratamento mais prejudicial, quando o benefício incide nos regimes mais rigorosos. O silêncio do legislador não é sinal para o julgador excluir automaticamente a sua incidência, mas, ao contrário, deverá ser indicativo para privilegiar o princípio do *favor rei*. Ainda, pode-se invocar a aplicação da analogia favorável ao apenado, porquanto existe a possibilidade de remição pelo estudo no regime aberto (LEP, art. 126, § 6º). Por fim, não se pode negar a remição pelo trabalho no regime aberto, tendo em vista que a negativa acarreta a desconsideração da condição humana (LEP, art. 28). Recentemente, inclusive, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o fato de o estabelecimento penal assegurar acesso a atividades laborais e a educação formal não impede a remição por leitura e resenha de livros” (5ª Turma, HC n. 353.689/SP, rel. Min. Feliz Fischer, DJ 1º-8-2016).

### § 9.6.3. Exigências extralegis.

A execução laboral não precisa ser contínua, até porque muitas unidades prisionais não oferecem um labor diário e permanente. É indiferente o lo-

cal do exercício do trabalho. Assim, pode concretizar-se dentro ou fora do estabelecimento (STJ, Súmula 562), pois não há restrição espacial na Lei de Execução Penal (STJ, 3ª Seção, REsp n. 138.131-5/RJ, rel. Min. Rogério Cruz, DJ 19-5-2015). Irrelevante, igualmente, se o labor exercido é intelectual ou de força humana (TJMG, 7ª C. Crim., AGEp n. 1070210072064001, rel. Des. Duarte de Paula, DJ 2-4-2013).

### Acidente de trabalho.

§ 9.6.4. Acidente de trabalho. O legislador que o preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho continuará a se beneficiar com a remição (LEP, art. 126, § 4º). Deve-se interpretar o preceito de forma ampla, de modo que o acidente não precisa ocorrer na atividade, senão, inclusive, quando do deslocamento do agente para o local do trabalho (STJ, 5ª Turma, REsp n. 783.247/R.S, rel. Min. Feliz Fischer, DJ 30-10-2006). Alexis de Brito matiza que o acidente não pode ter sido provocado culposa ou dolosamente pelo próprio condenado<sup>75</sup>. Restringimos essa análise apenas se presente o elemento volitivo, pois, em algumas oficinas, por exemplo, pode ocorrer de o condenado não estar capacitado o suficiente para determinada atividade ou manuseio de algum equipamento e, por essa razão, provocar o acidente culposamente. A equiparação realizada pelo autor, além de remissão à regra caracterizadora de falta grave (LEP, art. 50, IV), ofende o dogma da proporcionalidade. Valter Araújo, criticando a redação legal, objetiva afastar eventual manobra ardilosa do preso e, como tal, entende que “a medida é justificável apenas nos casos em que há a impossibilidade de prestação de todo e qualquer serviço pelo preso, pois o fato de não exercer um determinado trabalho não significa que esteja incapacitado para todo tipo de tarefa”<sup>76</sup>.

### § 9.6.5. Remição ficta.

Em passagem anterior destacamos a inépcia estatal quanto ao dever de ofertar trabalho ao preso. O déficit de oportunidades laborais impressiona. Apesar de ser um direito, o trabalho não é ofertado porque falta estrutura em muitos dos estabelecimentos prisionais. Mesmo quando o preso quer exercer uma ocupação produtiva durante o cumprimento da pena, não raro o Estado nega-lhe esse direito. Nesse sentido, deve-se oportunizar uma remição ficta para beneficiar os custodiados que querem trabalhar, mas não são alcançados pelo direito em razão da absoluta falta estatal<sup>77</sup>. Essa tese não é aceita pelo Superior Tribunal de Justiça sob o argumento de a remição exigir a efetiva realização do trabalho (Turma, HC n. 175.718/RO, rel. Min. Marilza Maynard [convocada TJSE], DJ 16-12-2013). Uma vez mais o Tribunal da Cidadania relega o preso, também

<sup>75</sup> Brito, Alexis Couto de. *Execução penal*, 2013, p. 257.

<sup>76</sup> Araújo, Valter Shuenquener. *Acidentes do trabalho e Lei de Execução Penal*, 1999, p. 10.

<sup>77</sup> Rogg, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 166.



hora essa hipótese se apresenta isolada e, inclusive, de difícil concretização prática, tendo em vista a realidade carcerária no Brasil, há estabelecimentos que a possibilitam. Portanto, se, concomitantemente, trabalhar e estudar nas condições legais, o apenado terá cumprido cinco dias de pena em três dias no estabelecimento ou fora dele, ainda que a cumulação "preocupe" aqueles que julgam a cumulação um desvirtuamento da lei, porquanto a remição ultrapassaria o limite de um dia de pena por três dias de trabalho ou estudo (TJRJ, 1ª C.Crim., HC n. 2005.059.06446, rel. Des. Paulo Cesar Salomão, DJ 13-12-2005).

#### § 9.6.8. Perda dos dias remidos.

Antes da promulgação da Lei n. 12.433/2011, quando o preso cometia falta grave, os dias remidos eram revogados inteiramente. Havia enunciado do Supremo Tribunal Federal consolidando essa consequência (Súmula 9). A nova redação do art. 127 da Lei de Execução Penal, no entanto, limitou a revogação em até um terço, observando-se o disposto no art. 57, reconhecendo a contagem a partir da data da infração disciplinar. Os casos de falta grave praticados por presos constam de rol taxativo previsto no art. 50 da Lei n. 7.210/1984, que não admite interpretação extensiva. Entre eles, no entanto, entendemos que apenas alguns poderão ensejar a revogação parcial dos dias remidos, por ser necessário comprovar a conexão entre a falta disciplinar e o trabalho. Pense-se, por exemplo, em uma fuga do custodiado enquanto trabalha externamente à unidade prisional ou a provocação dolosa de acidente de trabalho ou, ainda, o descumprimento do dever de trabalhar. As balizas para definição do tempo de dias remidos que poderá ser revogado se referem à natureza, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do fato, bem como à pessoa do fálto e ao tempo de prisão (art. 57). Por evidente, deve-se lançar nessa análise o mesmo olhar constitucional redutor de danos, a exemplo do que fizemos no tocante à pena, pois, só para ilustrar, a reconsideração da natureza da infração pelo juiz da execução offenderá o *bis in idem*, visto que sua gravidade já foi ponderada pelo legislador para categorizá-la, ou considerações negativas da pessoa do preso representarão ofensa ao princípio da culpabilidade pela adoção do odioso direito penal de autor. Assim, sempre respeitado o direito de defesa, cumprirá ao magistrado fundamentar a sua decisão, revogatória ou não, até porque, segundo a letra da lei, trata-se de faculdade de que poderá fazer uso. O máximo de tempo que poderá ser revogado corresponde a um terço do total dos dias remidos. Contudo, essa fração jamais poderá ser aplicada nos casos de falta disciplinar, pois, conforme a Lei de Execução Penal, também constitui falta grave a prática de infração penal (art. 52), e, resumidamente, haveria ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se a consequência da falta disciplinar fosse equivalente àquela decorrente da contumação de ilícito penal. Não há previsão do mínimo de dias remidos que

poderá ser revogado e, portanto, com respaldo no princípio da intervenção mínima, defendermos que o montante mínimo é de um dia<sup>82</sup>. Em caso de sentença revogatória do período de remição, a nova contagem se dará a partir da data da infração disciplinar.

#### § 10. Estudo do preso.

Entre os direitos do preso se infere a assistência educacional (LEP, art. 41, VIII). Contudo, segundo o relatório do Departamento Penitenciário Nacional, INFOPEN, apenas uma em cada dez pessoas privadas de liberdade realiza atividade educacional no país, correspondendo a um total de 12% em todos os estabelecimentos prisionais<sup>83</sup>. Dispõe o legislador que o estabelecimento, os estabelecimentos, deverá contar com áreas destinadas à educação (LEP, conforme a sua natureza, deverá contar com áreas destinadas à educação (LEP, art. 83). Quanto ao estudo, a remição é a principal consequência. Incidentalmente se tratava de um benefício ofertado em nível jurisprudencial (STJ, Súmula 341), ganhando ambiente na Lei de Execução Penal com a promulgação da Lei n. 12.433/2011, de 29 de junho. Cumpre-nos, a seguir, trabalhar os aspectos principais desse benefício redutor de danos ao preso<sup>84</sup>.

#### § 10.1. Distintórios legais.

A remição por estudo pode favorecer os presos em qualquer dos regimes, inclusive aqueles em prisão domiciliar, os libertos condicionalmente (LEP, art. 126, § 6º) e os presos cautelares (LEP, art. 126, § 7º). Quanto aos últimos, por evidente, como o trabalho lhes é facultativo (LEP, art. 31, parágrafo único), do mesmo modo deverá ser encarado o estudo.

#### § 10.2. Contagem de horas.

Há previsão legal de que as horas de estudo devam ser divididas, no mínimo, em três dias (LEP, art. 126, § 1º, I). A lógica, que pouco adentra nos estabelecimentos prisionais, conduz à interpretação de que o tempo de doze horas seja dividido, ao menos, em períodos de quatro horas diárias. Com efeito, como no trabalho, três dias (de estudo) para um dia de pena. Nada impede, contudo, outra fórmula, desde que respeitadas as doze horas. Rodrigo Roig salienta quatro argumentos para desconstituir a exigência legal. Em primeiro lugar, entende que a vedação peremptória e intransigente de direitos é prejudicial ao princípio da individualização. Em segundo lugar, defende a consideração dos esforços de redução de vulnerabilidade. Em terceiro lugar, por razões atinentes ao princípio da humanidade, valorizando-se o tempo existencial fora do cárcere. Por último, por meio de uma analogia com as horas extrator-

<sup>82</sup> Nacci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, v. 2, 2012, p. 311.

<sup>83</sup> Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2016, p. 53.

<sup>84</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 366.



dinárias de trabalho prisional, defende que se possa dividir, com igual razão, o período de doze horas de estudo em menos dias<sup>85</sup>.

### § 10.3. As atividades de ensino e estudo.

De acordo com a previsão legal, deve-se analisar a frequência escolar em *atividade de ensino* fundamental, mérito, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de regulamentação profissional (LER, art. 126, § 1º, I). A remição de pena pelo estudo deve ocorrer independentemente de a atividade estudantil ser desenvolvida em dia útil, finais de semana ou feriados (STJ, Agr. g. no REsp n. 1.487.218/DF, rel. Min. Ericson Maranhão (Des. convocado TJS), j. 5-2-2015). Em contexto envolvendo a participação de um condenado em aulas de capoeira, o Superior Tribunal de Justiça não computou sua frequência para fins de remição, considerando não se tratar de um curso de ensino formal ou atividade intelectual, mas de prática esportiva (5ª Turma, HC n. 131.170/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 24-2-2012). A decisão está tecnicamente correta, pois a Lei n. 9.394/1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação, abrangendo como educação formal os estudos da pré-escola ao ensino superior, sendo silente quanto à prática de capoeira. As atividades de ensino destacadas, segundo o legislador, são espécies de *atividades de estudo*, podendo ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e devendo ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes nos cursos frequentados (LER, art. 126, § 2º). Julgamos razoável, porém, que não se entenda a atividade de estudo apenas como modo de realização da educação escolar, profissional ou superior, mas como toda atividade pessoal visando à transformação do condenado, e, desse modo, tratando-se de direito apto à minimização dos danos do preso, pensamos que sua interpretação deve ser extensiva para albergar outras atividades, como, por exemplo, a leitura ou qualquer atividade artística ou cultural.

### § 10.3.1. Ensino presencial.

Nesse contexto existe uma interação pessoal, em local apropriado, dentro ou fora da unidade prisional, entre o preso e um professor. Trata-se do modo tradicional de ensino, mas, talvez, não o mais recomendado quando relacionado ao sistema penitenciário, pois o número de professores ainda é reduzido para atendimento dos presos com baixa escolaridade. Portanto, alternativa é a educação a distância, ou simplesmente EAD, encurtando tempo e espaço para a produção do saber, conforme as palavras de Arruda e Gonçalves<sup>86</sup>. Especialmente no que diz respeito às modalidades de ensino a distância, devemos compreender a exata extensão dessa expressão, pois a indeterminação legal não poderá prejudicar o condenado.

### § 10.3.2. Metodologia de ensino a distância.

Tradicionalmente, essa modalidade de educação envolve a utilização de tecnologia virtual. Mas não se pode ficar vinculado à internet em especial quando, segundo o penúltimo INFOPEN, apenas 9% dos estabelecimentos do país possuem sala de informática<sup>87</sup>. Diante do real quadro, o discurso legal, aplaudido pela apresentação de alternativa à falta de vagas para trabalho pelos condenados, isto é, a oportunidade de remição pelos estudos, não pode se perder no vento. Faz-se necessário, assim, ampliar a sua extensão para outros métodos, televisivo ou apostilado, por exemplo, mantendo-se, sempre que possível, como se dá no método telepresencial, o acompanhamento (quicá, mensal) do preso por um professor orientador (tutor), visando ao sanar a possível limitação de comunicação. Essas propostas, facilmente acessíveis a quem se encontra em liberdade, não encontram entraves para quem dela está privado. Ademais, ambas favorecem o estudo individual, mas não autodidata, em qualquer horário e local. A supervisão das atividades de estudo ficaria a cargo da autoridade administrativa, nos termos do art. 129 da Lei n. 7.210/1984, sendo possível nomear alguns presos para exercer uma espécie de monitoria, criando-se, assim, novos postos de trabalho (LER, art. 33, parágrafo único). Mensalmente as horas de estudo de cada preso seriam informadas ao juiz da execução. A eventual declaração falsa ensejaria responsabilidade pelo crime do art. 299 do Código Penal nos termos do art. 130 da Lei de Execução Penal.

### § 10.3.3. Remição pelo leitura.

E assegurado ao preso, dentre o rol de direitos previstos na Lei de Execução Penal, o contato com o mundo exterior por meio da leitura (art. 41, XV). Nessa linha, a Portaria Conjunta n. 276/2012, de 20 de junho, da Justiça Federal e do Departamento Penitenciário Nacional, disciplina o Projeto da Remição pela leitura no Sistema Penitenciário Federal, pelo qual o preso poderá obter a redução do tempo de pena através da leitura de um livro por mês, podendo reduzir quatro dias de pena, totalizando quarenta e oito dias no ano, para cada leitura resenhada adequadamente. Recentemente, inclusive, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o fato de o estabelecimento penal assegurar acesso a atividades laborais e a educação formal não impede a remição por leitura e resenha de livros” (5ª Turma, HC n. 353.689/SP, rel. Min. Feliz Fischer, DJ 1º-8-2016). Segundo o último INFOPEN, “2% da população prisional total do país encontra-se envolvida em atividades de remição pela leitura ou pelo esporte e demais atividades educacionais complementares”<sup>88</sup>.

<sup>85</sup>

Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 166.

<sup>86</sup>

Arruda, Eucláudio; Gonçalves, Ilieti Antonio. *Educação a distância*, 2005, p. 180.

<sup>87</sup>

Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2014, p. 121.

<sup>88</sup>

Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*, 2016, p. 54.

#### § 10.4. Exigências extralegis.

A Lei de Execução Penal exige que se comprove uma frequência escolar, isto é, deve-se confrontar o número de horas-aula total do curso com o número de horas-aula que efetivamente cursou o preso. A razão é simples: verificação do número de horas cursadas para fins de consideração no tempo de execução da pena. O legislador não exigiu uma assiduidade do preso e, como tal, esse requisito, caso sopesado pelo magistrado para fins de indeferimento da remição, violará frontalmente o princípio da legalidade (STJ, 6ª Turma, HC n. 289.382/RJ, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 28-4-2014). No que tangere à necessidade de aproveitamento escolar, julgamos que a análise deveria ser mais cuidadosa, especialmente quando autorizado que o preso estude fora do estabelecimento penal. Isso porque, conforme o art. 129, § 1º da Lei n. 7.210/1984, exige-se que o condenado, mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, comprove, além da frequência, seu aproveitamento. Nucci entende que o aproveitamento escolar é o cerne da formação, nem para a conclusão de nenhum curso<sup>89</sup>. Por sua vez, Marcelo da Silva entende necessária uma nota mínima ou a aprovação do condenado. Justifica que a exigência impera em razão da necessidade de fiscalizar as atividades do reeducando, uma vez que são realizadas fora do estabelecimento. Em síntese, tratar-se-ia de fiscalização indireta por parte da máquina estatal<sup>90</sup>. Não vemos razão em pressionar o preso por qualquer resultado positivo, isso, inclusive, pode estimulá-lo a deixar de frequentar as atividades de estudos em caso de insucesso. Pensamos que o correto é prestigiá-lo desacando sua evolução relacionada à aprendizagem, mas sem condicionar a remição a um grau mínimo. Sendo-nos permitida uma analogia, a aprovação em concurso público não torna alguém necessariamente bom juiz, como não deixa de ser um juiz qualificado aquele que tem sentenças reformadas pelo Tribunal. Ademais, corre-se o risco de a avaliação se resumir à pessoa do preso e não ao conteúdo de eventual prova, resultando, portanto, também fora da unidade prisional, o odioso direito penal de autor. Por fim, quanto à exigência de fiscalização, esta poderá verificar-se pelo simples relatório de frequência emitido pelo estabelecimento de ensino e entregue mensalmente pelo custodiado.

#### § 10.5. Remição privilegiada.

O tempo de remição em função das horas de estudo será acrescido de um tempo no caso de conclusão de ensino fundamental, médio ou superior durante o tempo de cumprimento da pena, devidamente certificada pelo órgão competente do sistema de educação (LEP, art. 126, § 5º). O privilégio deve ser estendido,

<sup>89</sup> Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, v. 2, 2012, p. 312.

<sup>90</sup> Silva, Marcelo Rodrigues. *Modificações implementadas à Lei de Execução Penal...*, 2011, p.

por analogia, quando do término de qualquer curso profissionalizante ou de qualificação, porque compreendidos como atividade educacional (LEP, art. 17, art. 126, § 1º, I). Devem-se sopesar, inclusive, os cursos de especialização<sup>91</sup>. Vamos alertar: o impulso à atividade educacional em qualquer nível se deve concretizar por meio de oferta desse privilégio ao término de cada semestre ou ano letivo, para evitar casos em que a conclusão final do respectivo curso apenas ocorra quando já cumprido o *quantum* total de pena e, como tal, desestimulando os custodiados a iniciar ou a prosseguir na formação intelectual. Para alcançar o benefício se fará necessária, apenas, comprovação de frequência escolar.

#### § 11. Declaração da remição.

Após analisarmos com profundidade as formas de remição pelo trabalho e pelo estudo, cumpe-nos dedicar um tópico resumido para apresentar o procedimento para declaração da remição. Portanto, havendo requerimento do interessado ou de quem o represente, instaura-se um procedimento judicial (LEP, art. 194). Compete ao juiz da execução remir a pena (LEP, art. 66, III, d), depois de ouvidos o Ministério Público e a defesa (LEP, art. 126, § 8º). A análise deve ser objetiva e embasada em documento encaminhado, em regra, pela autoridade administrativa, com informações mensais dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino realizadas pelo custodiado (LEP, art. 129). Reconhecendo a remição, profere decisão terminativa. O tempo remido não deverá ser abatido do total da pena aplicada, mas deverá somar-se ao tempo de pena cumprida (LEP, art. 128). Por exemplo, deve-se compatibilizar, para cada três dias de trabalho, um dia de pena a mais cumprido. Logo, o tríduo laboral corresponde a quatro dias de cumprimento de pena, pois o apenado "ganha" um dia de pena (tempo remido). Em caso de cumulação do trabalho com o estudo, o apenado poderá diminuir ainda mais o tempo de punição.

#### § 12. Detração.

Dispõe o Código Penal que se computam, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação (art. 42). O fundamento da detração é evitar ofensa ao princípio *ne bis in idem*, pois a não observância do tempo de prisão ou internação anterior à decisão judicial acarretaria, por conseguinte, uma dupla punição ao condenado ou internado. Não se pode desprezar que o período de segregação ou internação equivale a uma antecipação no cumprimento da sanção criminal.

<sup>91</sup> Para ilustrar, a matéria "Depois que comeci a estudar, não vejo mais grades, diz preso de São Paulo que faz pedagogia", da jornalista Camilla Rodrigues, foi vencedora da categoria internet do Prêmio Vladimir Herzog de Anista e Direitos Humanos. O personagem da reportagem é VLV, de 55 anos, que, no início de setembro de 2015, colou grau em Pedagogia. Curso toda a universidade pela metodologia a distância. O próximo passo, segundo sua declaração, é iniciar a pós-graduação. Fonte: Portal UOL Educação, acesso em: 21 out. 2015.

apresentada após a FFI no apenamento

### § 12.1. Detração e regime de cumprimento de pena.

Até a promulgação da Lei n. 12.736/2012, a detração era matéria de competência exclusiva do juízo da execução (LEP, art. 66, III, d). Assim, ao juiz da condenação não era lícito aplicá-la desde logo, para poder fixar um regime de pena mais favorável ao apenado. Com a referida legislação, um § 2º foi acrescentado ao art. 387 do Código de Processo Penal, ordenando ao juiz da instrução que realize a detração na sentença condenatória para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Após finalizar a dosimetria, deverá reduzir a pena definitiva o tempo de prisão provisória (CP, art. 42) com o fim de determinar se o condenado cumprirá a pena em regime diferente daquele que decorreria se não incidisse o cômputo da detração. Com efeito, seguindo o exemplo dos Delmanto, “se o acusado é condenado a cumprir quatro anos e dois meses de reclusão, mas já esteve provisoriamente preso por três meses, esta quantidade deve ser descontada, de modo que a pena líquida a ser considerada na opção pelo regime inicial será de três anos e onze meses”.

### § 12.2. Detração e penas restritivas de direitos.

O tempo de encarceramento provisório deve, a nosso ver, entender-se inclusive para possível aplicação de pena restritiva de direitos. Assim, um condenado por crime doloso à pena de quatro anos e seis meses que, em regra, não teria jus ao benefício pode alcançá-lo com o cômputo do tempo de prisão provisória no Brasil ou no exterior (por exemplo, oito meses). Ademais, recorde-se que, em regra, as espécies de penas restritivas de direitos substituem a pena privativa de liberdade pelo mesmo tempo de sua duração (CP, art. 55). Logo, não teria sentido valer a detração somente para essa espécie sancionatória. A deficiência do Estado em não julgar em tempo hábil o acusado não pode ser ignorada apenas porque a pena não é privativa de liberdade.

### § 12.3. Detração e pena de multa.

De igual modo, se o acusado esteve preso provisoriamente e, quando da condenação, foi sentenciado apenas à pena de multa, o tempo de prisão deve servir para fins de detração penal. A ausência de previsão legal deve ser interpretada favoravelmente ao condenado, preenchendo-se a lacuna por meio de analogia que lhe é favorável, até porque não tem sentido permitir-se a detração para penas ontologicamente mais graves (privação de liberdade e restrição de direitos) e negá-la para a pena de multa. Ademais, o condenado ficou provisoriamente em situação mais grave que a que lhe foi imposta na sentença condenatória, devendo-se compensar o tempo de privação de liberdade a que foi submetido<sup>93</sup>.

### § 12.4. Detração em processos distintos.

Detração caso em que um acusado é condenado, sendo que em outro pode ocorrer caso em sua absolvição, ficou segregado provisoriamente. Em processo, que resultou em sua absolvição, ficou segregado provisoriamente. Em relação à condenação, poderá valer-se da detração do outro processo? No que tange ao tema, há lacuna tanto no Código Penal como na Lei de Execução Penal (observe-se que a regra do art. 111 envolve situação de condenação em mais de um crime). Nessa linha, entende o Superior Tribunal de Justiça que “a detração do tempo de segregação preventiva efetuada em processo diverso só pode ocorrer se o crime pelo qual se cumpre pena atualmente for anterior ao período pleiteado” (STJ, 5ª Turma, REsp n. 149.399-0, rel. Min. Jorge Mussi, DJ 15-12-2014). Para exemplificar, se o período de prisão provisória que se pretende descontar se refere ao ano de 2014 e a infração pela qual o agente foi condenado foi praticada em 2015, não teria direito ao benefício. Em outro julgado, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, consignou-se que “a detração deve ser aplicada no processo em que se verificou a prisão provisória” (5ª C.Crim., AGV n. 10261100067386003, rel. Des. Eduardo Machado, DJ 28-7-2014). Isto é, em ambos os julgados, preencheu-se a lacuna legal em desfavor do condenado, pois houve preferência por interpretação restritiva. Não se pode aceitá-la sob o argumento de que eventual prisão provisória desnecessária pode ser indenizada pelo Estado, até porque a liberdade indevidamente suprimida não deve ser compensada por regra mecânica de cunho unicamente monetário. A restrição equivocada da liberdade em um processo, dessa forma, deverá compensar parte do quantum condenatório de processo diverso. Nesse sentido, em nosso juízo, foram corretas as considerações de precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se consignou que “não há nenhuma restrição legal à concessão de detração em processo distinto e, inclusive, por fato anterior ao da pena que está sendo executada. E isso porque qualquer interpretação restritiva, isto é, que venha em prejuízo do réu/apenado, não pode ser admitida em sede do direito penal” (5ª C.Crim., AGV n. 70055853477, rel. Des. Francisco Conti, DJ 22-1-2014). Rodrigo Roig, que também defende esse ponto de vista, subsidiariamente propõe que a vivência indevida de um período préferido de encarceramento seja sopesada como circunstância atenuante inominada nos termos do art. 66 do Código Penal<sup>94</sup>.

### § 12.5. Detração e tempo de cumprimento da pena.

O Supremo Tribunal Federal enuncia que o limite de pena do art. 75 do Código Penal vale tão somente para fins de cumprimento de pena, não servindo para o cálculo de outros benefícios (Súmula 715). Mas, se o cômputo da detração se der sobre o total de pena (sempre que ultrapassados os quarenta anos), haverá ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, pois o tempo de prisão

<sup>92</sup> Delmanto, Celso et al. *Código Penal comentado*, 2011, p. 216.  
<sup>93</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 445.

<sup>94</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 304.

provisória não seria considerado. A detração, em outros termos, torna-se letra morta e, com efeito, ofende o princípio da humanidade, "fazendo com que o tempo existencial de um ser humano seja suprimido em vão"<sup>95</sup>. Nesse âmbito, já esposado pela Corte Constitucional em casos de extradição de acusado segregado cautelarmente no Brasil para o Estado requerente que comina pena de prisão perpétua no sistema constitucional brasileiro (art. 5º, XLVIII, b) e é ela que baliza o tempo máximo de cumprimento de pena (CP, art. 75), sempre há a necessidade de o Estado requerente assumir um compromisso formal diplomático de comutar em pena de prisão não superior a trinta anos (atualmente, quarenta) a pena de prisão perpétua e, na espécie, exige-se, além disso, o reconhecimento da detração penal (2ª Turma, EXT n. 1361/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 10-8-2015). Dessa forma, sendo comum o deferimento restritivo de extradições, nada obsta, por interpretação extensiva, o reconhecimento de que o cômputo da detração deverá se dar sobre os quarenta anos (art. 75) e não sobre o *quantum* de pena que lhe é superior.

§ 12.6. Detração e pena cumprida no estrangeiro. Em razão do princípio da ubiquidade da lei penal no espaço, é possível que o mesmo caso seja julgado por dois países distintos e duas sejam as condenações. Nessa linha, aduz o art. 8º do Código Penal que a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, se diversas ou nela é computada, se idênticas. Assim, nos casos em que a pena privativa de liberdade decorrente do julgamento no exterior for menor do que a pena de privação imposta no Brasil pelo mesmo fato, aquela será computada nesta para fins de execução. Quando maior, nada restará a ser cumprido. Se de espécies diversas, a pena imposta no exterior apenas atenuará a pena aplicada no Brasil. No entanto, entendemos que o dispositivo referido é incompatível com o art. 4º, n. 8 do Decreto n. 678/1992 (Pacto de San José da Costa Rica), que enfatiza que "o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos". Pensamos que seria dever ampliar a interpretação penal, aplicando-a não somente ao *bis in idem* no mesmo país, ou seja, dentro da mesma jurisdição nacional, senão também entre países diferentes.

<sup>95</sup> Roig, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal*, 2015, p. 326.



LIÇÃO 47

As penas alternativas à privação de liberdade

§1. Uma síntese evolutiva.

A crise da pena privativa de liberdade não é atual. Isso é consensual entre os estudiosos. Experimentada por séculos, resultou em fracasso, sobretudo a pena de curta duração<sup>1</sup>. Bonnevillle de Marsangy, ainda no século XIX, foi um dos primeiros a advertir a necessidade de alternativas à prisão. Disseminou-se a ideia da desprisonalização com Liszt<sup>2</sup>. Dentre as medidas sancionatórias, assim, a privação de liberdade deveria ser entendida como a última razão<sup>3</sup>. Essa tendência influenciou alguns ordenamentos jurídicos, conforme exemplifica Bitencourt<sup>4</sup>. No Brasil, na redação originária do Código Penal de 1940, não houve previsão de medidas alternativas. Os primeiros movimentos favoráveis à inclusão de substitutivos ganharam força a partir da década de sessenta do século passado<sup>5</sup>. Todavia, o regime de prisão albergue, inicialmente instituído por magistraturas estaduais<sup>6</sup> e depois consignado por meio da Lei n. 6.416/1977, de 24 de maio, não se constituiu, propriamente, em alternativa

1 Choukr, Fauzi Hassan. *Penas alternativas*, 2000 (2010, p. 341-342);  
 2 Liszt, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, 2003, p. 143 e s.  
 3 Pimentel, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*, 1983, p. 161.  
 4 Bitencourt, Cezar Roberto. *Penas alternativas*, 2013, p. 95-96.  
 5 Reale Júnior, Miguel. *Caminhos do direito penal brasileiro*, 2010, p. 44 e s.  
 6 Provimento n. 16 do Conselho Superior da Magistratura Paulista.

REVISÃO

Resultador Unihero-nga- r do

Revisão Unihero-nga- r do