

Guilherme de Souza Nucci

# Curso de Execução Penal



# Curso de Execução Penal



---

O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

---

Guilherme de Souza Nucci

# Curso de Execução Penal



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra. Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2018 by

**EDITORA FORENSE LTDA**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- Produção digital: Ozone

- Fechamento desta edição: 02.02.2018

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Nucci, Guilherme de Souza

Curso de execução penal / Guilherme de Souza Nucci. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-7965-2

1. Execução penal - Brasil. 2. Direito penitenciário - Brasil. I. Título.

18-47785

CDU: 342.2.01(81)

Antonio Rocha Freire Milhomens - Bibliotecário - CRB-7/5917



# Apresentação

O *Curso de Execução Penal*, em sua 1ª edição, é fruto de vários estudos e publicações de nossa autoria. Inicialmente, tratamos da Lei de Execução Penal como um dos capítulos do *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, agora extinto, porque deu lugar a duas novas obras, mais completas: o *Curso de Direito Processual Penal* e o *Curso de Execução Penal*. A divisão realizada e o aprimoramento do conteúdo doutrinário de ambas as novéis obras decorreram de pedido expresso de docentes e graduandos. Assim foi feito, pois há anos temos uma parceria muito importante com o leitor, que, gentilmente, nos envia as suas sugestões e críticas construtivas em relação a cada um dos nossos livros.

Além disso, a atual versão do *Curso De Execução Penal* também contou, para o seu aperfeiçoamento, com os comentários feitos à Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), inseridos na obra *Leis penais e processuais comentadas*, volume 2, igualmente bem recebida pelo amigo leitor.

O *Curso de Execução Penal* pretende ocupar lugar de destaque, desvinculando-se do processo penal, para adquirir e enaltecer o seu verdadeiro *status* de ciência autônoma, com preceitos próprios, merecedora de atenção e reforma para cuidar, cada vez melhor, da relevante fase de cumprimento das penas aplicadas pelo juízo da condenação.

Continuamos a contar com a participação do leitor para avaliar e tecer suas considerações sobre esta versão da análise da Lei de Execução Penal.

Agradecemos o empenho da Editora Forense para a publicação desta obra.

São Paulo, fevereiro de 2018.

**O Autor**

## Nota da Editora

Com o objetivo de disponibilizar o melhor conteúdo científico, técnico e profissional e com a visão de ser o maior, mais eficiente e mais completo grupo provedor de conteúdo educacional do País, o GEN | Grupo Editorial Nacional reúne os autores mais capacitados e prestigiados do mercado, voltados para a elaboração de conteúdo direcionado a estudantes e profissionais. Nesse sentido, a Editora Forense, selo tradicional e conceituado na literatura jurídica nacional, traz um dos maiores nomes das ciências criminais: GUILHERME DE SOUZA NUCCI.

O prestigiado autor busca incessantemente o ideal de inovação, acreditando em constante evolução, progresso e aprimoramento. Pensando no trabalho de elaboração de planos de aulas, o autor disponibiliza **conteúdo exclusivo para os professores** que adotarem este *Curso*. Esse material oferece variadas ferramentas, como esquemas, gráficos e sínteses, que os docentes podem utilizar em suas explicações.

Para aproveitar esses recursos, o professor deve seguir os passos:

1. Acesse o *site*: <<http://www.grupogen.com.br/>>.
2. Se já tem cadastro, entre com seu *login* e senha; caso não tenha, deverá fazê-lo neste momento.
3. Após realizar seu *login*, localize o *Ambiente de Aprendizagem*, disponível no canto superior direito e clique nele. Você será redirecionado para o *Ambiente Virtual de Aprendizagem (AVA)* do Grupo GEN.
4. Na área *Materiais Complementares*, localize o material referente ao seu livro e clique nele.
5. Pronto! Seu material já estará disponível para acesso na área *Meus Conteúdos*.
6. Em caso de dúvidas, envie *e-mail* para [gendigital@grupogen.com.br](mailto:gendigital@grupogen.com.br).

Além disso, abre-se um canal direto entre o autor e o professor, para a extração de dúvidas e troca de ideias, na página <[www.guilhermenucci.com.br/contato/canal-professor](http://www.guilhermenucci.com.br/contato/canal-professor)>.

Com mais essa possibilidade, o GEN | Editora Forense espera que os professores explorem esses novos recursos da melhor forma possível e deseje uma ótima leitura!





# Sumário

## **CAPÍTULO I – Noções gerais**

1. Fundamentos constitucionais
2. Conceito de execução penal
  - 2.1. Sentença e decisão criminal
3. Natureza jurídica da execução penal
4. Autonomia do Direito de Execução Penal
5. Direito Penitenciário
6. Finalidade da pena
7. Jurisdição ordinária e jurisdição especial
  - 7.1. Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal
  - 7.2. Execução provisória da pena
    - 7.2.1. Direitos e deveres do preso provisório
    - 7.2.2. Execução provisória e prisão especial
    - 7.2.3. Execução provisória da medida de segurança
8. Jurisprudência selecionada
9. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO II – Direitos dos condenados**

1. Punição e direitos gerais
2. Cooperação da comunidade
3. Jurisprudência selecionada

4. Resumo do capítulo

### **CAPÍTULO III – Da classificação**

1. Classificação do condenado
  - 1.1. Antecedentes
  - 1.2. Personalidade
2. Diferença entre exame de classificação e exame criminológico
  - 2.1. Função da Comissão Técnica de Classificação
  - 2.2. Importância da Comissão Técnica de Classificação
  - 2.3. Importância do exame criminológico
  - 2.4. Análise da personalidade
  - 2.5. Identificação do perfil genético
    - 2.5.1. Constitucionalidade da medida
      - 2.5.1.1. Seletividade dos crimes
3. Jurisprudência selecionada
4. Resumo do capítulo

### **CAPÍTULO IV – Assistência ao preso e ao egresso**

1. Noções gerais
2. Modalidades de assistência
  - 2.1. Assistência material e remição
  - 2.2. Assistência à saúde
  - 2.3. Assistência médica à mulher e ao recém-nascido
  - 2.4. Assistência jurídica obrigatória
    - 2.4.1. Defensoria Pública
  - 2.5. Assistência educacional
  - 2.6. Assistência social
  - 2.7. Assistência religiosa
  - 2.8. Assistência ao egresso
    - 2.8.1. Conceito de egresso
3. Jurisprudência selecionada
4. Resumo do capítulo

### **CAPÍTULO V – Do trabalho**

1. Trabalho obrigatório
2. Individualização executória da pena sob o enfoque do trabalho
3. Banco de horas

4. Trabalho do preso e responsabilidade do Estado
5. Privatização de presídios
6. Trabalho externo
  - 6.1. Requisitos para o trabalho externo
  - 6.2. Causas para a revogação do trabalho externo
7. Jurisprudência selecionada
8. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO VI – Dos deveres, dos direitos e da disciplina**

1. Deveres do condenado
2. Direitos do condenado
  - 2.1. Visita íntima
  - 2.2. Direitos dos presos provisórios
  - 2.3. Direitos dos internos
3. Disciplina
  - 3.1. Legalidade
  - 3.2. Normas disciplinares
  - 3.3. Faltas disciplinares
  - 3.4. Regime disciplinar diferenciado (RDD)
    - 3.4.1. Constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado
4. Sanções e recompensas
5. Aplicação das sanções
  - 5.1. Procedimento disciplinar
6. Jurisprudência selecionada
7. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO VII – Dos órgãos da execução penal**

1. Órgãos de execução penal
2. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
3. Juízo da execução
4. Ministério Público
5. Conselho Penitenciário
6. Departamento Penitenciário
7. Direção e pessoal dos estabelecimentos penais
8. Patronato
9. Conselho da Comunidade
10. Defensoria Pública

11. Jurisprudência selecionada
12. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO VIII – Dos estabelecimentos penais**

1. Preceitos gerais
2. Mobilidade do preso
3. Penitenciária
4. Colônia penal
5. Regime aberto
6. Centro de Observação
7. Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico
8. Cadeia pública
9. Jurisprudência selecionada
10. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO IX – Da execução das penas em espécie**

1. Início da execução penal
2. Execução provisória da pena
3. Guia de recolhimento
4. Regimes
5. Critérios para a progressão da pena
  - 5.1. Progressão por saltos e falta de vagas
  - 5.2. Procedimento para o livramento condicional, indulto e comutação de penas
  - 5.3. Regime aberto
  - 5.4. Prisão albergue domiciliar
6. Regressão de regime
7. Autorizações de saída
  - 7.1. Permissão de saída
  - 7.2. Saída temporária
    - 7.2.1. Trabalho externo
    - 7.2.2. Período de saída temporária
8. Remição
9. Livramento condicional
  - 9.1. Condições do livramento
  - 9.2. Cerimônia do livramento
    - 9.2.1. Apoio ao liberado
    - 9.2.2. Revogação do livramento

- 9.2.3. Procedimento da revogação
  - 9.2.4. Prática de nova infração penal durante o livramento
  - 9.2.5. Extinção do livramento sem revogação
- 10. Monitoração eletrônica
  - 10.1. Hipótese de cabimento
  - 10.2. Deveres e cuidados por parte do condenado
  - 10.3. Hipóteses de revogação
- 11. Penas restritivas de direitos
  - 11.1. Disposições gerais
  - 11.2. Revogação da pena restritiva de direitos
  - 11.3. Alteração da forma de cumprimento
  - 11.4. Prestação de serviços à comunidade
  - 11.5. Limitação de fim de semana
    - 11.5.1. Limitação de fim de semana e violência doméstica
  - 11.6. Interdição temporária de direitos
  - 11.7. Descumprimento da pena
- 12. Suspensão condicional da pena
  - 12.1. Conceito e natureza jurídica
  - 12.2. Duração e condições
  - 12.3. Alteração das condições e fiscalização
  - 12.4. Formalidades da concessão
  - 12.5. Revogação do *sursis*
- 13. Pena de multa
  - 13.1. Como deveria ser o cumprimento da pena de multa
  - 13.2. Como ficou o cumprimento da pena de multa
  - 13.3. Parcela duvidosa da aplicação da lei
- 14. Jurisprudência selecionada
- 15. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO X – Da execução das medidas de segurança**

- 1. Disposições gerais
- 2. A cessação da periculosidade
- 3. Jurisprudência selecionada
- 4. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO XI – Dos incidentes de execução**

- 1. As conversões

2. Conversões positiva e negativa
3. Conversão da pena em medida de segurança
4. Reconversão da medida de segurança em pena
5. Excesso ou desvio de execução
6. Anistia e indulto
7. Jurisprudência selecionada
8. Resumo do capítulo

## **CAPÍTULO XII – Do procedimento judicial**

1. Procedimento executório
2. Recurso
3. Disposições gerais
  - 3.1. Sigilo
  - 3.2. Algemas
  - 3.3. Condenado político
  - 3.4. Separação de presos diferenciados
  - 3.5. Sigilo dos antecedentes
4. Jurisprudência selecionada
5. Resumo do capítulo

## **Bibliografia**



## Capítulo I

# Noções gerais

## 1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

---

Qualquer ramo do Direito precisa de suporte constitucional, especialmente os que dizem respeito às ciências criminais, pois lidam com a liberdade do ser humano. Em princípio, as ciências criminais concentram-se no Direito Penal e no Processo Penal, mas a realidade não é simples assim. Por opção legislativa, o Brasil elegeu o Direito de Execução Penal, entregando ao Judiciário o controle principal sobre a pena. Por isso, as ciências criminais ganham uma adepta, tratando da execução da pena.

No art. 5.º da Constituição Federal, pode-se mencionar os seguintes preceitos relativos à execução penal: “XLVI – a lei regulará a individualização da pena...”; “XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”; “XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; “XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; “L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Ressaltemos alguns fatores importantes, decorrentes desses dispositivos constitucionais.

Quanto à individualização da pena, sabe-se que há três aspectos a considerar: a) *individualização legislativa*: o primeiro órgão estatal responsável pela individualização da pena é o Poder Legislativo, afinal, ao criar um tipo penal incriminador inédito, deve-se estabelecer a espécie de pena (detenção ou reclusão) e a faixa na qual o juiz pode mover-se (ex.: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12

a 30 anos); b) *individualização judicial*: na sentença condenatória, deve o magistrado fixar a pena concreta, escolhendo o valor cabível, entre o mínimo e o máximo, abstratamente previstos pelo legislador, além de optar pelo regime de cumprimento da pena e pelos eventuais benefícios (penas alternativas, suspensão condicional da pena etc.); c) *individualização executória*: a terceira etapa da individualização da pena se desenvolve no estágio da execução penal. Esta parte é, normalmente, desconhecida – ou mal compreendida – dos estudiosos das ciências criminais.

A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. Um réu condenado ao cumprimento da pena de reclusão de doze anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la exatamente em doze anos, no regime fechado (basta ter péssimo comportamento carcerário, recusar-se a trabalhar etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se de benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.).

Seguindo-se a vedação aos *trabalhos forçados* (constitucionalmente prevista), a Lei de Execução Penal afirma a obrigatoriedade do trabalho do preso (constitui dever do condenado), sem qualquer contradição. *Trabalhar* é um dever do condenado para que fomente a sua ressocialização e a sua reeducação. Por óbvio, não querendo, inexistirão penas administrativas, como cela escura ou outros tipos de castigos físicos, mas também não deixará de inscrever como *falta grave* a atitude ociosa do sentenciado.

O princípio da humanidade (art. 5.º, XLVII, CF) veda as penas cruéis e a execução penal precisa seguir exatamente essa linha. Infelizmente, na prática, não se observa esse seguimento pelos operadores do Direito. Há celas, em vários presídios, superlotadas, o que, por si só, constitui uma *pena cruel*. Deve-se separar os criminosos primários dos reincidentes, mas não se registra isso na prática.

Argumenta-se que a prisão é uma *escola do crime*, ou seja, a pena privativa de liberdade não presta e está falida. Dispensando-se a lei, valendo-se somente da prática, a assertiva está correta. Mas não há cabimento em sustentar um erro crasso, vale dizer, o descumprimento da lei. Se esta fosse cumprida fielmente, com muita probabilidade, a pena não estaria falida.

É preciso que o legislador institua um crime de responsabilidade ao governante, responsável pela administração do presídio, que o deixe em vacância, sem o cumprimento da lei. Afinal, por que é tão complicado cumprir a lei? Este é um fator típico do Brasil.

Por fim, é preciso destacar que a execução penal não possui princípios constitucionais exclusivos; na realidade, os princípios penais e processuais penais são compartilhados com o Direito de Execução Penal.

## **2. CONCEITO DE EXECUÇÃO PENAL**

---

Trata-se da fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal. Não há



necessidade de nova citação – salvo quanto à execução da pena de multa, pois esta passa a ser cobrada *como se fosse* dívida ativa da Fazenda Pública –, tendo em vista que o condenado já tem ciência da ação penal contra ele ajuizada, bem como foi intimado da sentença condenatória, quando pôde exercer o seu direito ao duplo grau de jurisdição. Além disso, a pretensão punitiva do Estado é cogente e indisponível.

Com o trânsito em julgado da decisão, a sentença torna-se título executivo judicial, passando-se do processo de conhecimento ao processo de execução. Embora seja este um processo especial, com particularidades que um típico processo executório não possui (ex.: tem o seu início determinado de ofício pelo juiz, na maior parte dos casos) é a fase do processo penal em que o Estado faz valer a sua pretensão punitiva, desdobrada em pretensão executória.

## **2.1 Sentença e decisão criminal**

A sentença condenatória é o título principal a ser executado pelo juízo próprio (Vara da Execução Penal), mas há, também, decisões criminais (interlocutórias), proferidas durante a execução da pena, que devem ser efetivadas. Portanto, iniciada a execução, baseia-se esta na sentença condenatória. Posteriormente, decisões interlocutórias são proferidas pelo juiz da execução penal, transferindo o preso para regime mais favorável (ex.: passagem do regime fechado ao semiaberto) ou concedendo qualquer outro benefício (ex.: livramento condicional). Todas essas decisões judiciais têm uma finalidade comum: a ressocialização do preso ou do internado (este último é a pessoa sujeita à medida de segurança).

## **3. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL**

---

Cuida-se da atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto. Nessa ótica, está a posição de Ada Pellegrini Grinover, para quem “a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais”.<sup>1</sup> Destacando a inviabilidade de se pensar o processo de execução penal distante da atuação do Poder Judiciário, está, também, a lição de Sidnei Agostinho Beneti.<sup>2</sup> Afirmando que a natureza jurídica é essencialmente jurisdicional está a posição de Renato Marcão.<sup>3</sup>

O ponto de encontro entre as atividades judicial e administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados pelo Executivo e sob sua responsabilidade. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de

autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no Estado, bem como os hospitais de custódia e tratamento. Por outro lado, é impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal, enquanto o segundo estabelece os princípios e formas fundamentais de se regular o procedimento da execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outros. Por isso, é preciso frisar que cabe à União, privativamente, a competência para legislar em matéria de execução penal, quando as regras concernirem à esfera penal ou processual penal (art. 22, I, CF).

Sob outro aspecto, quando envolver matéria pertinente a direito penitenciário, vinculada à organização e funcionamento de estabelecimentos prisionais, normas de assistência ao preso ou ao egresso, órgãos auxiliares da execução penal, entre outros temas correlatos à parte administrativa da execução, a competência legislativa é da União, mas concorrentemente com os Estados e Distrito Federal (art. 24, I, CF).

## **4. AUTONOMIA DO DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL**

---

O tratamento a ser concedido à execução penal é de ser vivenciado de modo autônomo. Vale-se de princípios penais e constitucionais penais, mas não se pode olvidar as regras absolutamente próprias da execução da pena.

Trata-se de ciência autônoma, com princípios próprios, embora jamais se desvincule do Direito Penal e do Direito Processual Penal, por razões inerentes à sua própria existência. O Direito de Execução Penal é autônomo e interdependente. Sua base constitucional e os direitos e garantias individuais que o norteiam advêm do Direito Penal e do Processo Penal, constituindo sua relação de interdependência. No mesmo prisma, encontra-se a lição de Mirabete.<sup>4</sup>

A autonomia decorre de legislação específica (Lei Federal 7.210/84), além de se poder apontar a existência de inúmeras Varas Privativas de Execução Penal, evidenciando a especialidade da atividade judiciária. Por outro lado, a natureza complexa de sua manifestação, abrangendo aspectos jurisdicionais e administrativos, compõe o quadro de independência dos demais ramos do Direito. A insuficiência da denominação Direito Penitenciário, quando utilizada para se referir à execução penal, torna-se nítida, na medida em que a Lei de Execução Penal cuida de temas muito mais abrangentes do que o cumprimento de penas em regime fechado ou da fiscalização exercida por órgãos do Poder Executivo.

## **5. DIREITO PENITENCIÁRIO**

---

Cuida-se de ramo voltado à esfera administrativa da execução penal, que é um procedimento

complexo, envolvendo aspectos jurisdicionais e administrativos concomitantemente. O conceito é amplo e não envolve apenas as atividades desenvolvidas em estabelecimentos penais, particularmente em penitenciárias. Fosse assim, conforme dispõe o art. 87 da Lei de Execução Penal, haveria uma subdivisão do Direito unicamente para focar o que se passa em regime fechado, quando se cumpre pena de reclusão. Seria ineficiente esse zelo, pois a maioria das regras do regime fechado diz respeito a Direito Penal e à Execução Penal.

Trata-se, na realidade, da atividade estatal, cabível ao Poder Executivo, de promover a execução da pena, sob variados prismas, de acordo com as ordens judiciais e sob fiscalização permanente do Poder Judiciário. Por isso, não se vincula, autenticamente, a Penal e Processo Penal, mas à Administração Pública, em seu objetivo de garantia da segurança pública, quando se referir a sentenciados. Eis por que o Estado-membro e o Distrito Federal têm a possibilidade de legislar, concorrentemente com a União, em matéria de Direito Penitenciário (art. 24, I, CF). Afinal, assuntos tipicamente penais ou processuais penais são da alçada exclusiva da União (art. 22, I, CF).<sup>5</sup>

No entanto, é fundamental evitar a formulação e a consequente aceitação por parte do Judiciário da atividade administrativa pura para compor o universo do direito penitenciário. Tem-se acompanhado a edição de atos administrativos de variadas ordens, como resoluções ou portarias de autoridades ligadas ao Poder Executivo, criando autênticas *normas* de direito penitenciário, algo que, no futuro, irá influenciar – e muito – na execução penal.

Há resoluções administrativas *criando* normas inexistentes em legislação, como, ilustrando, quais são as faltas leves e médias dos sentenciados e suas consequências. Ora, a partir do instante em que o Judiciário aceitar essas medidas administrativas, quando o condenado pleitear a progressão de regime, *v. g.*, poderá não obtê-la, pois o seu comportamento carcerário, formatado a partir de faltas leves ou médias, não é bom ou ótimo. Note-se, portanto, que, a partir de atos administrativos do Poder Executivo, disciplina-se o direito, ou não, do preso a um benefício de natureza penal e de execução penal. Seria a *administrativização* da execução penal, retirando, indevidamente, o seu forte aspecto jurisdicional.

## 6. FINALIDADE DA PENA

---

Temos sustentado que a pena tem vários fins comuns e não excludentes: retribuição e prevenção. Na ótica da prevenção, sem dúvida, há o aspecto particularmente voltado à execução penal, que é o preventivo individual positivo (reeducação ou ressocialização). Uma das importantes metas da execução penal é promover a reintegração do preso à sociedade. E um dos mais relevantes fatores para que tal objetivo seja atingido é proporcionar ao condenado a possibilidade de trabalhar e, atualmente, sob enfoque mais avançado, estudar.

Já tivemos oportunidade de expor, em nossa obra *Individualização da Pena*, que o caráter retributivo da pena vem expresso em lei, como se vê no disposto no art. 59: “O juiz, atendendo à

culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja *necessário e suficiente* para *reprovação* e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (grifamos). Deve-se mencionar, ainda, o disposto no art. 121, § 5.º, do Código Penal, salientando ser possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as consequências da infração atingirem o próprio agente de maneira *tão grave* que a sanção penal se torne *desnecessária*, evidenciando o caráter punitivo da pena. Aliás, na origem do termo, que vem do grego “poine”, pena significa vingança, ódio, ou ainda, nas palavras de ANA MESSUTI “a retribuição destinada a compensar um crime, a expiação de sangue”.<sup>6</sup>

Por outro lado, o caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois lados: a) *geral*, subdividido noutros dois: a.1) preventivo positivo: a aplicação da pena tem por finalidade reafirmar à sociedade a existência e força do Direito Penal; a.2) preventivo negativo: a pena concretizada fortalece o poder intimidativo estatal, representando alerta a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *especial*, também se subdivide em dois aspectos: b.1) preventivo positivo: é o caráter reeducativo e ressocializador da pena, buscando preparar o condenado para uma nova vida, respeitando as regras impostas pelo ordenamento jurídico. A Lei de Execução Penal preceitua: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando *prevenir* o crime e *orientar o retorno à convivência* em sociedade” (art. 10, *caput*, com grifo nosso). Ademais, o art. 22, da mesma Lei, dispõe: “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e *prepará-los para o retorno à liberdade*” (art. 22, com grifo nosso); b.2) preventivo negativo: significa voltar-se a pena igualmente à intimidação do autor da infração penal para que não torne a agir do mesmo modo, além de, conforme o caso, afastá-lo do convívio social, garantia maior de não tornar a delinquir, ao menos enquanto estiver segregado. São as múltiplas facetas da pena.

## **7. JURISDIÇÃO ORDINÁRIA E JURISDIÇÃO ESPECIAL**

---

*Ordinária* é a jurisdição comum – federal ou estadual – não concernente a nenhuma matéria específica, fixada pela Constituição. Por outro lado, em relação à chamada jurisdição especial, que trata de matéria específica, constitucionalmente prevista, somente há possibilidade de haver condenação criminal na Justiça Eleitoral ou na Justiça Militar.

Assim, caso o condenado por delito eleitoral ou por crime militar cumpra pena em estabelecimento sujeito à jurisdição comum, sob corregedoria do juiz da execução criminal estadual, no caso de presídios administrados pelo Estado, ou do juiz da execução criminal federal, se o presídio for administrado pela União, deve integrar-se às mesmas regras condutoras da execução penal dos demais detentos. Não teria sentido haver qualquer tipo de discriminação entre um e outro,

se ambos estão sob o abrigo do mesmo estabelecimento penitenciário.

Aliás, para evitar que houvesse a intensificação de conflitos de competência entre juízes federais e estaduais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 192, estabelecendo que “compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”. Portanto, do mesmo modo, compete ao juiz federal das execuções criminais a execução de penas impostas pela Justiça Estadual, se os condenados estiverem recolhidos em presídios sujeitos à administração federal. Registre-se o disposto no art. 3.º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos): “A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública”. A partir de 2006, iniciou as atividades o primeiro presídio federal, no Brasil, com tal finalidade, situado no município de Catanduvas, no Estado do Paraná. Posteriormente, outros já surgiram em Mossoró, Campo Grande e Porto Velho.

## **7.1. Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal**

A redação do art. 2.º dá a entender que os dispositivos da Lei 7.210/84 convivem harmoniosamente com os arts. 668 e seguintes do Código de Processo Penal, que cuidam da execução penal. Assim não nos parece. Toda a matéria regulada por lei especial (Lei 7.210/84) prevalece sobre o disposto nos arts. 668 e seguintes do Código de Processo Penal. Não é possível que dois diplomas legais cuidem do mesmo tema, aplicando-se à execução da pena qualquer norma, a bel prazer do magistrado. O Código de Processo Penal será, logicamente, aplicado à execução penal, quando se tratar de preceito inexistente na Lei de Execução Penal.

Portanto, ilustrando, da mesma forma que o réu tem direito à ampla defesa, patrocinada por advogado (art. 261, CPP), o preso possui idêntico direito. No mais, os dispositivos do CPP que conflitam com a Lei de Execução Penal não mais serão aplicados, tanto porque a Lei 7.210/84 é mais recente (critério da sucessividade) como também porque é especial (critério da especialidade).

## **7.2 Execução provisória da pena**

Iniciemos a abordagem do tema, mencionando a Súmula 716 do Supremo Tribunal Federal: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. O advento da referida Súmula decorre da consolidada jurisprudência formada em inúmeros tribunais pátrios, cuja origem remonta ao início dos anos 1990.

Não é demais ressaltar que a lentidão da Justiça é evidente. Uma decisão condenatória pode levar anos para transitar em julgado, bastando que o réu se valha de todos os recursos permitidos pela legislação processual penal. Por isso, o que vinha ocorrendo era o seguinte: o acusado,

condenado, por exemplo, a seis anos de reclusão por roubo, preso preventivamente, inserido no regime fechado, apresentava apelação. Até que esta fosse julgada pelo tribunal e computando-se o tempo de prisão cautelar, para o fim de aplicar a detração (art. 42, CP), era possível que ele atingisse mais da metade da pena no regime fechado, quando, então, transitaria em julgado a sentença. Ora, a partir daí, iria requerer a progressão para o regime semiaberto, em procedimento que levava outro extenso período para ser apreciado. Em suma, iria para a colônia penal quando já tivesse cumprido muito mais que metade da pena, embora, como dispõe o art. 112, *caput*, da Lei 7.210/84, ele tivesse direito à progressão ao atingir um sexto no regime fechado. Outro preso, em igual situação, se não oferecesse apelação, poderia obter a progressão de regime muito tempo antes.

A lentidão da Justiça transformou-se, então, em obstáculo ao exercício do direito de recorrer, pois, se tal se desse, a progressão seria postergada indefinidamente. Diante disso, os juízos de execução penal, apoiados pelos tribunais, adotaram medida extremamente justa. Passaram a conceder ao condenado, ainda que pendente recurso seu contra a decisão condenatória, a progressão do regime fechado para o semiaberto, se preenchidos os requisitos legais (ter cumprido um sexto no fechado e ter merecimento).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em 1999, editou o Provimento 653/99, determinando que os juízes da condenação expedissem guia de recolhimento provisória, encaminhada ao juízo da execução penal, para que este pudesse deliberar sobre a progressão de regime do preso provisório. Não se trata de *ordem* do tribunal para que qualquer juiz *conceda* a progressão, mas tão somente para que seja expedida a guia provisória, viabilizando, quando for o caso, a progressão. Nenhum prejuízo advém ao réu. Se este, no futuro, tiver seu apelo provido e terminar absolvido, ao menos já estará em regime mais favorável que o fechado. Alguns doutrinadores objetaram, alegando lesão ao princípio constitucional da presunção de inocência. Como se poderia promover de regime um preso provisório, logo, considerado inocente até o trânsito em julgado da decisão, sem ferir a presunção estabelecida pelo art. 5.º, LVII, da Constituição Federal? Como poderia um preso provisório *cumprir pena*? Seria o mesmo que considerá-lo *condenado antes do trânsito em julgado*. Tais alegações não nos convenceram, desde o princípio.

Os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, CF) são escudos protetores do indivíduo contra o Estado e não podem, jamais, ser usados contra os seus interesses. Portanto, não se pode alegar que, em homenagem à presunção de inocência, mantém-se o preso no regime fechado, porque em decorrência de prisão cautelar, quando ele poderia ir para regime mais favorável, sem nenhum prejuízo à sua ampla possibilidade de defesa. Em função da presunção de inocência, ninguém pode ser prejudicado. Logo, a consolidação da progressão de regime do preso provisório é uma vitória dos direitos humanos fundamentais contra a lamentável lentidão da Justiça brasileira.

A viabilidade, segundo entendíamos, somente estaria presente quando a decisão, no tocante à pena, tivesse transitado em julgado para o Ministério Público, pois, assim, haveria um teto máximo para a sanção penal, servindo de base ao juiz da execução penal para o cálculo de um sexto. Por

outro lado, ainda que o órgão acusatório apresentasse apelo para elevar a pena, o juiz da execução penal poderia determinar a progressão de regime, levando em conta o máximo em abstrato previsto para o delito. Se o condenado já tivesse atingido um sexto do máximo, como regra, seria óbvio que pudesse progredir, mesmo que pendente recurso da acusação. Hoje, cremos ser viável a concessão da progressão de regime, fazendo-se a execução provisória, mesmo quando o órgão acusatório oferecer recurso pretendendo a elevação da pena. O apelo é uma mera probabilidade de alteração do *quantum* da pena, muitas vezes interposto somente para impedir o direito do acusado à execução provisória. Além do mais, do mesmo modo que há progressão, existe a regressão. Se, provido o recurso ministerial, houver substancial mudança na pena, conforme o caso, pode aplicar-se o regresso do condenado a regime menos favorável.

Atualmente, encontra-se em vigor a Resolução 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, disciplinando a matéria referente à guia de recolhimento provisória, nos arts. 8.º a 11.

### 7.2.1. Direitos e deveres do preso provisório

A partir do reconhecimento do direito do preso provisório à execução provisória de sua pena, para beneficiá-lo, é imperioso que ele respeite os mesmos deveres dos condenados. O preso provisório deve trabalhar, se quiser progredir; deve ter bom comportamento, se pretender obter benefícios.

### 7.2.2. Execução provisória e prisão especial

Em nosso *Código de Processo Penal comentado* tecemos considerações a respeito da possibilidade de progressão de regime ao preso provisório colocado em prisão especial, em função da edição da Súmula 717 do STF. Permitimo-nos reproduzir o que lá fizemos constar: esta modalidade de prisão, como já comentamos, é autêntica regalia legal a uma categoria privilegiada de brasileiros, quando deveria valer para todos, ou seja, a separação dos presos mereceria um critério único, sem distinção por grau universitário ou outro título qualquer.

A despeito disso, os réus sujeitos à prisão especial contam com mais um benefício – e dos mais importantes – que é a possibilidade de auferir a progressão de regime, quando ainda estão confinados nessas celas privativas. É o teor da Súmula 717 do STF: ‘Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial’. Com a devida vênia, com isso não podemos concordar. O acusado colocado em prisão especial não conta com o mesmo tratamento dos demais presos provisórios. Estes, quando almejam a progressão de regime, são transferidos para o sistema penitenciário, para que possam ser avaliados pela Comissão Técnica de Classificação (merecimento para a progressão

– art. 33, § 2.º, CP), bem como para que possam trabalhar regularmente (obrigação de todo preso para poder pleitear a progressão de regime – arts. 31 e 39, V, da Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal). É certo que o art. 31, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, abre exceção para o preso provisório, ou seja, preceitua ser facultativo o trabalho para essa categoria de presos (registre-se que essa norma foi elaborada quando não se imaginava possível a progressão de regime em plena custódia cautelar).

Ocorre que, nos demais casos, quando o custodiado pretende a progressão, ele é levado ao sistema penitenciário justamente para que possa trabalhar, como qualquer outro, na medida em que pleiteia benefício típico de quem já se encontra cumprindo pena. Em verdade, permitir a progressão de regime ao preso sujeito à prisão especial representará, no Brasil, cujo sistema processual é lento e repleto de recursos procrastinatórios, praticamente o impedimento do cumprimento da pena em regime carcerário severo. Como exemplo: determinada autoridade, condenada a 6 anos de reclusão, em regime fechado inicial, por ter cometido variados delitos, encontra-se presa preventivamente, recolhida em prisão especial. Enquanto aguarda o arrastado trâmite processual, seu tempo de ‘cumprimento de pena’ encontra-se em decurso. Assim, antes mesmo de transitar em julgado a decisão condenatória, quase certamente já atingiu o regime aberto (cumprido um ano – um sexto – pode pedir o semiaberto; depois, outro sexto cumprido, tem direito ao aberto). Sai da prisão especial diretamente para a liberdade (lembremos que em muitas Comarcas não há Casa do Albergado, como ocorre em São Paulo, que concentra o maior número de condenados do país), recolhido no sistema denominado de *prisão albergue domiciliar*.

### 7.2.3. Execução provisória da medida de segurança

Depende do caso concreto. Se o sentenciado estiver solto, quando proferida a decisão impondo a medida de segurança, deve-se aguardar o trânsito em julgado para determinar o seu cumprimento. Porém, é possível que esteja provisoriamente internado (art. 319, VIII, CPP), razão pela qual, uma vez imposta a medida de segurança de internação, pode-se iniciar o seu cumprimento provisório em benefício do próprio sentenciado. Lembremos que, atualmente, aceita-se a desinternação progressiva, de forma que a execução provisória da medida de segurança pode configurar-se um fator positivo.

## 8. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

---

### Art. 1.º

TJDFT: “1 – O sentenciado agrava da decisão do Juízo da Execução Penal que negou autorização de visita pelo irmão de dezesseis anos de idade acompanhado da mãe. 2 – É dever do Estado, por intermédio do Juízo da Execução Penal e das demais instituições do Sistema Penitenciário do Distrito Federal, ‘proporcionar condições para a harmônica integração do



condenado e do internado’ (artigo 1º, da Lei 7.210/84). Isso exige que as limitações impostas aos direitos e garantias individuais não afetados pela sentença sejam assegurados com estrita observância dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Impedir que o irmão menor, junto com a genitora, visite o preso, afronta de maneira flagrante esses postulados. Não deve o Juízo da Execução Penal estabelecer restrições sem previsão legal, contrariando os saudáveis objetivos da execução penal. 3 – Agravo provido” (RAG 20170020005184 – DFT, 1ª Turma Criminal, rel. George Lopes, 16.03.2017).

**Comentário do autor:** com integral razão o deslinde do julgado, pois o condenado não pode privar-se do contato com sua família, um elemento de ressocialização indispensável no cumprimento da pena. Não importa a idade do jovem, no caso 16 anos; poderiam ser crianças e teriam o direito de visitar o pai preso, assim como este de receber os filhos. Além de invocar o art. 1.º da LEP, é direito do preso receber parentes (art. 41, X, da mesma Lei).

## **Art. 2.º**

TJRS: “1. Ao preso provisório são garantidos os mesmos direitos e exigidos os mesmos deveres inerentes aos presos definitivos, nos termos do art. 2º da LEP, pelo que possível o reconhecimento da conduta do preso preventivo como falta grave. 2. E não tendo o agravante apresentado justificativa legítima para a tentativa de fuga e/ou auxílio à fuga de outro preso, correta a decisão que reconheceu a sua conduta como falta grave. 3. Todavia, em se tratando de preso provisório, com situação jurídica diversa dos presos definitivos, inviável a aplicação dos consectários legais, cabendo somente a anotação da falta grave na sua ficha carcerária. Agravo parcialmente provido” (Ag 70071712889 – RS, 5ª Câmara Criminal, rel. Cristina Pereira Gonzales, 30.11.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** o art. 2.º, parágrafo único, da LEP é claro ao mencionar a aplicação da lei ao preso provisório. Aliás, se ele pratica falta grave, deve tê-la anotada em seu prontuário, pois faz jus, em tese, à execução provisória da pena e esse registro negativo servirá de fundamento para o juiz decidir a respeito.

## **9. RESUMO DO CAPÍTULO**

---

**Execução penal:** é a fase processual, iniciada após o processo de conhecimento, em que foi proferida sentença condenatória, na qual o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal.

**Natureza jurídica:** trata-se de atividade jurisdicional, voltada a tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, em associação à atividade administrativa, fornecedora dos meios materiais para tanto.

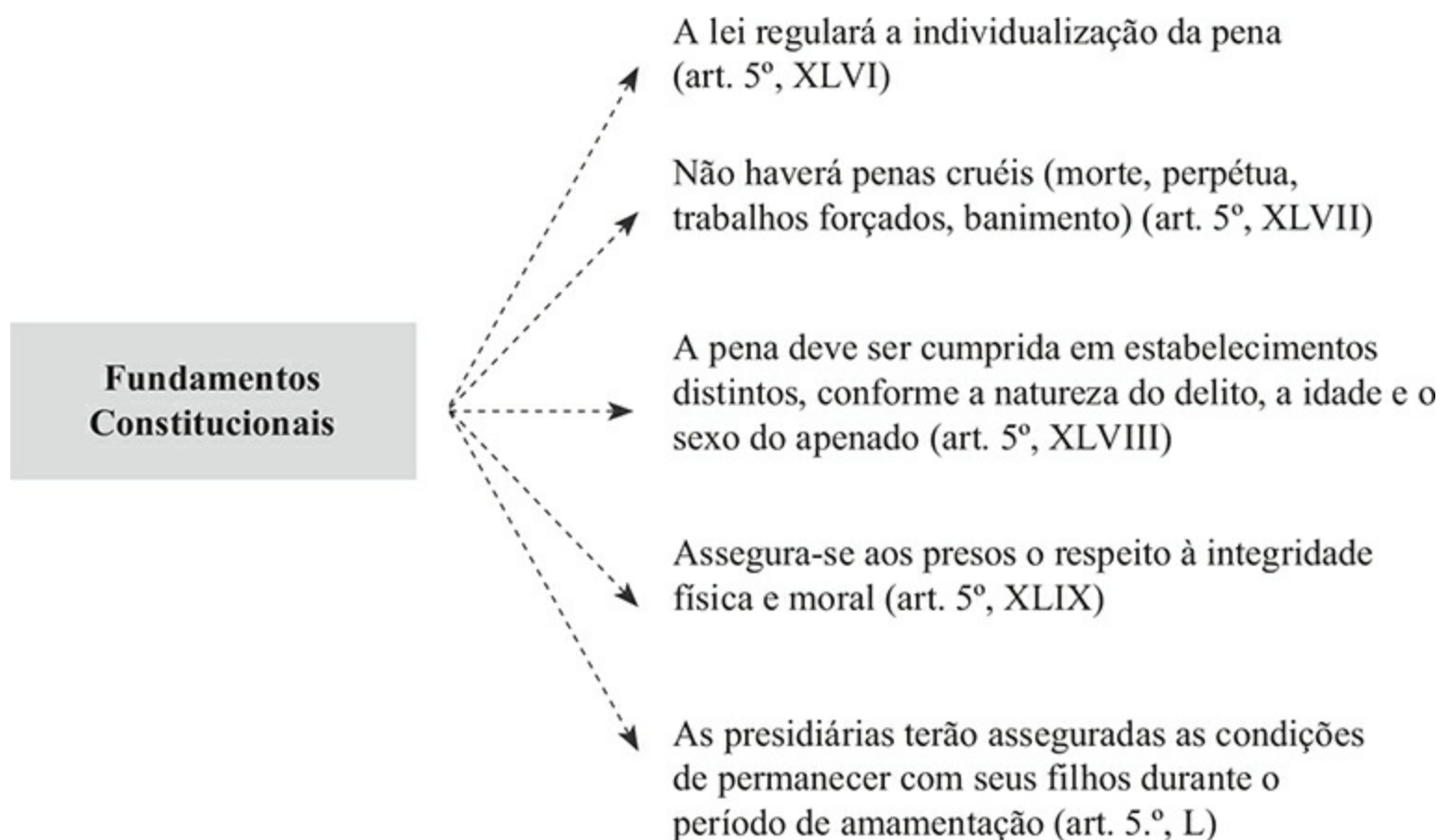
**Autonomia do Direito de Execução Penal:** decorre de legislação específica (Lei Federal 7.210/84),

além de se poder apontar a existência de inúmeras Varas Privativas de Execução Penal, evidenciando a especialidade da atividade judiciária. No mais, por possuir lei própria, as suas balizas se formam ao lado do direito penal e do processo penal, mas sem integrá-los. Além disso, os princípios constitucionais são os mesmos do direito penal e do processo penal, sem retirar o caráter científico independente da execução penal.

**Direito penitenciário:** cuida-se de ramo do ordenamento jurídico voltado à esfera administrativa da execução penal, que é, por si só, um procedimento complexo, envolvendo aspectos jurisdicionais e administrativos concomitantemente. O direito penitenciário regula todos os aspectos não vinculados aos temas eminentemente penais, como regime de penas, progressão, livramento condicional, medida de segurança etc. Há de regulamentar faltas disciplinares e suas punições, por exemplo, embora sempre por lei – federal ou estadual. Não concebemos um direito penitenciário firmado em atos administrativos.

**Finalidade da pena:** é multifacetada, abrangendo os aspectos retributivo e preventivo. No campo da prevenção, divide-se em geral positiva (reafirmação de vigência do Direito Penal à sociedade) e geral negativa (intimidação à sociedade em face das punições); divide-se também em especial positiva (reeducação do condenado) e especial negativa (manter o condenado segregado).

**Execução provisória da pena:** trata-se de uma liberação, criada pela jurisprudência, para executar a pena de quem está preso, enquanto apresenta seu(s) recurso(s), permitindo que possa receber benefícios, como, por exemplo, a progressão de regime.



- 
- <sup>1</sup> Natureza jurídica da execução penal, p. 7.
  - <sup>2</sup> *Execução penal*, p. 6-7.
  - <sup>3</sup> *Curso de execução penal*, p. 33.
  - <sup>4</sup> *Execução penal*, p. 21.
  - <sup>5</sup> Em prisma similar, Mirabete (*Execução penal*, p. 19).
  - <sup>6</sup> *El tiempo como pena*, p. 15.



## Capítulo II

# Direitos dos condenados

### 1. PUNIÇÃO E DIREITOS GERAIS

---

A punição não significa transformar o ser humano em objeto, logo, continua o condenado, ao cumprir sua pena, e o internado, cumprindo medida de segurança, com todos os direitos humanos fundamentais em pleno vigor. Dispõe o art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. No mesmo prisma, o art. 38 do Código Penal estipula que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

O disposto no art. 3.º da Lei 7.210/84, entretanto, é coerente ao prever que serão assegurados os direitos *não atingidos pela sentença ou pela Lei*. É lógico que um dos direitos fundamentais, eventualmente atingido pela sentença penal condenatória, é a perda temporária da liberdade. Ou a restrição a algum direito, decorrente de cumprimento, por exemplo, da pena de prestação de serviços à comunidade.

Quanto aos direitos políticos, estão suspensos, conforme preceitua o art. 15, III, da Constituição: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”. Portanto, durante o período de cumprimento da pena, seja qual for a sua natureza, não pode o sentenciado votar e ser votado, ainda que não esteja em estabelecimento fechado. Mirabete entende ainda vigente a Lei Complementar 42/82, cujos efeitos dizem respeito à inelegibilidade e não ao direito de votar, embora o autor reconheça que o preso condenado não tem direito ao voto, para garantir um “mínimo de eficácia” ao texto constitucional. Afirma, ainda, que o alcance da lei referida

envolve somente determinados crimes: contra a segurança nacional e ordem pública, a administração e a fé pública, a economia popular, o patrimônio e eleitorais.<sup>1</sup>

Assim não nos parece. A Constituição Federal de 1988, posterior à mencionada lei complementar, não exige qualquer complemento para o seu preceito, que é impositivo. Enquanto durar o efeito da condenação, portanto, durante o seu cumprimento – em qualquer tipo de regime ou de qualquer maneira – não pode o condenado votar e ser votado. Quanto aos presos provisórios, é certo que mantêm os direitos de votarem e serem votados, mas, na prática, não tem sido possível assegurar a eles o direito ao sufrágio, em face da inviabilidade de instalação de sessões eleitorais no interior dos presídios. No ano de 2010, entretanto, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu ser viável o processo de votação dos presos provisórios, determinando que os Tribunais Regionais dos Estados preparem as sessões nos estabelecimentos adequados.

A proibição da distinção entre seres humanos, vedando-se toda e qualquer forma de discriminação, é matéria constitucional e já foi abordada no art. 3.º, IV, da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O repúdio ao racismo é expresso (arts. 4.º, VIII, e 5.º, XLII, CF). Portanto, a lei ordinária não tem a menor necessidade de repetir o óbvio. Aliás, o art. 3.º, *caput*, também já previu que ao condenado e ao internado são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. E não haveria a menor possibilidade, pois seria inconstitucional, de se estabelecer em sentença ou lei a discriminação a pessoas condenadas criminalmente.

Os direitos especificamente previstos na Lei de Execução Penal serão vistos em capítulo posterior.

## **2. COOPERAÇÃO DA COMUNIDADE**

---

Esclarece a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (item 25): “muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meio fechado (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos)”.

Portanto, havendo a integração da comunidade, por meio de organismos representativos, no acompanhamento da execução das penas, torna-se maior a probabilidade de recuperação do condenado, inclusive porque, quando findar a pena, possivelmente já terá apoio garantido para a sua reinserção social, mormente no mercado de trabalho. Para tanto, são previstos como órgãos da execução penal o Patronato (arts. 78 e 79, LEP) e o Conselho da Comunidade (arts. 80 e 81, LEP).

### 3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

#### Art. 10

STJ: “I – O cumprimento de pena em proximidade ao meio social e familiar não consiste em mero interesse pessoal do apenado. Pelo contrário, atende ele também ao interesse público e a uma das finalidades da pena que é, precisamente, promover a ressocialização do preso. De fato, é dever do Estado, dentre outros, assistir o preso, o internado e o egresso, ‘objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade’. (art. 10 da LEP), inclusive amparando a sua família, quando necessário (art. 23, inciso VII, da LEP). II – ‘Não obstante o condenado tenha o direito a cumprir a pena imposta em local próximo ao seu meio social e familiar, a renovação de sua permanência no estabelecimento federal pode ser implementada tantas vezes quantas forem necessárias para o resguardo do interesse da segurança pública, desde que solicitado motivadamente pelo juízo de origem e observados os requisitos da transferência’ (RHC n. 67.153/RO, Quinta Turma, de minha relatoria, *DJe* de 6/5/2016). III – Ora, o precitado entendimento, que vale para o pedido de renovação da autorização de permanência do preso no sistema penitenciário federal, *a fortiori*, deve ser aplicado também à possibilidade de transferência do apenado entre estabelecimentos penais federais, no prazo de validade da uma mesma autorização. IV – A motivação do sistema de rodízio de presos entre os estabelecimentos penais da União é a própria conveniência da administração penitenciária federal, que busca a manutenção da ordem e da disciplina carcerárias, no regime de segurança máxima. Estando as transferências anteriores do apenado justificadas em razões concretas de conveniência da administração da justiça e também em imperativos de segurança pública (art. 144, da CF), está ausente flagrante ilegalidade a coartar, no ponto. V – No Decreto Federal n. 6.877/2009, outrossim, não há previsão de oitiva prévia da defesa, quando a transferência do preso, entre as unidades integrantes do sistema penitenciário federal, for requerida pela autoridade administrativa ou pelo Ministério Público. VI – Na ausência de previsão legal específica, não é de se impor a oitiva prévia da defesa, como requisito para a transferência do apenado entre estabelecimentos penais federais, sendo sempre possível que o apenado, em momento posterior e valendo-se dos meios cabíveis, insurja-se contra qualquer ilegalidade praticada pela administração da justiça, no caso concreto. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no RHC 73261 – SP, 5.<sup>a</sup> T., rel. Felix Fischer, 18.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** convém visualizar o julgado supra interpretando-o conforme o disposto pelo art. 3.º e 10 da LEP. É evidente que um dos principais objetivos da pena é permitir a ressocialização e a reintegração do condenado em sociedade. Um dos seus direitos básicos, não atingidos pela pena, é o contato com familiares, algo positivo para a sua reeducação. No entanto, embora o ideal seja garantir que o sentenciado fique preso em local próximo à

residência de seus familiares, tal medida não chega a configurar-se um direito, pois, acima disso, encontra-se o interesse estatal – e da sociedade – na garantia da segurança pública. Diante disso, o preso pode ser transferido para outra unidade da Federação ou para presídios federais distantes, por conveniência da estabilidade dos presídios. Não fosse assim, mesmo preso, poderia continuar a ter acesso a antigos comparsas e até usar sua família para manter o referido contato, algo pernicioso ao seu processo de ressocialização.

## 4. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Direitos humanos e punição:** não se desvinculam ambos os conceitos e temas. É perfeitamente viável garantir-se a punição de quem pratica um crime, mantendo-se o estrito cumprimento da lei, de modo a assegurar, com isso, o respeito aos direitos individuais e fundamentais.

---

<sup>1</sup> *Execução penal*, p. 41-42.



## Capítulo III

# Da classificação

### 1. CLASSIFICAÇÃO DO CONDENADO

---

*Classificar*, em sentido amplo, significa distribuir em grupos ou classes, conforme determinados critérios. No caso da Lei de Execução Penal, torna-se fundamental separar os presos, determinando o melhor lugar para que cumpram suas penas, de modo a evitar o contato negativo entre reincidentes e primários, pessoas com elevadas penas e outros, com penas brandas, dentre outros fatores. Em suma, não se deve mesclar, num mesmo espaço, condenados diferenciados.

A individualização da pena é preceito constitucional (art. 5.º, XLVI, CF) e vale tanto para o momento em que o magistrado condena o réu, aplicando a pena concreta, quanto para a fase da execução da sanção.<sup>1</sup> Por isso, conforme os antecedentes e a personalidade de cada sentenciado, orienta-se a maneira ideal de cumprimento da pena, desde a escolha do estabelecimento penal até o mais indicado pavilhão ou bloco de um presídio para que seja inserido.

No art. 5º LEP encontra-se: “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

#### 1.1. Antecedentes

Trata-se de tudo o que ocorreu, no campo penal, ao agente. Vale dizer, é a sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da Reforma da Parte Geral de 1984, podia-se dizer que os antecedentes



abrangiam todo o passado do sentenciado, desde as condenações porventura existentes até o seu relacionamento na família ou no trabalho.

Atualmente, no entanto, o termo *antecedentes* destacou-se da expressão *conduta social* – igualmente inserida no art. 59 do Código Penal – circunscrevendo-se à análise da folha de antecedentes criminais. Registre-se o teor da Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Observe-se ter o legislador optado por inserir o termo *antecedentes* para a classificação do condenado – e não reincidência. Este último é mais específico, enquanto aquele é mais amplo. Reincidente é quem torna a praticar um crime depois de já ter sido condenado definitivamente por delito anterior. Porém, a condenação, com pena cumprida ou extinta, tem um prazo de caducidade de cinco anos, após o qual, se o indivíduo voltar a cometer um crime, será considerado primário (art. 64, I, CP). Quanto aos antecedentes (registros de condenações definitivas), não há prazo para perderem o valor; eis o motivo de se inserir na Lei de Execução Penal os antecedentes e não a reincidência.

Em decorrência dessa verificação, deve o diretor do estabelecimento penitenciário evitar que reincidentes se misturem com primários, por exemplo, assim como condenados com vários antecedentes sejam colocados juntos com os sentenciados de bons antecedentes, sem nenhum registro antes da presente condenação.

## **1.2. Personalidade**

Cuida-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. “A personalidade tem uma estrutura muito complexa. Na verdade, é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento (...). Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução. Esta se faz em cinco fases bem caracterizadas: infância, juventude, estado adulto, maturidade e velhice”.<sup>2</sup>

É imprescindível, no entanto, haver uma análise do meio e das condições onde o sentenciado se formou e viveu, até chegar ao presídio, pois o bem-nascido, livre de agruras e privações de ordem econômica ou mesmo de abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais rigorosamente observado do que o miserável, que tenha praticado uma infração penal, para garantir sua sobrevivência. Por outro lado, personalidade não é algo estático, mas se encontra em constante mutação. Estímulos e traumas de toda ordem agem sobre ela. Não é demais supor que alguém, após ter cumprido vários anos de pena privativa de liberdade em regime fechado, tenha alterado sobremaneira sua personalidade. São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade,

calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade.

São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo, homofobia, xenofobia), desonestidade, soberba, inveja, cobiça, egoísmo.

## **2. DIFERENÇA ENTRE EXAME DE CLASSIFICAÇÃO E EXAME CRIMINOLÓGICO**

---

O primeiro é mais amplo e genérico, envolvendo aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa, entre outros fatores, aptos a evidenciar o modo pelo qual deve cumprir sua pena no estabelecimento penitenciário (regime fechado ou semiaberto); o segundo é mais específico, abrangendo a parte psiquiátrica do exame de classificação, pois concede maior atenção à maturidade do condenado, sua disciplina, capacidade de suportar frustrações e estabelecer laços afetivos com a família ou terceiros, além de captar o grau de agressividade, visando à composição de um conjunto de fatores, destinados a construir um prognóstico de periculosidade, isto é, da tendência a voltar à vida criminosa.

Em verdade, o exame de classificação, o exame criminológico e o parecer da Comissão Técnica de Classificação não diferem, na prática, constituindo uma única peça, feita, por vezes, pelos mesmos profissionais em exercício no estabelecimento prisional. Logo, cabe ao magistrado extrair os aspectos interessantes à análise que fará tanto da personalidade, quanto da tendência do sentenciado à delinquência, além da sua disciplina e adaptabilidade ao benefício que almeja conquistar. Como ensina Mirabete, “as duas perícias, a criminológica e a da personalidade, colocadas em conjugação, tendem a fornecer elementos para a percepção das causas do delito e indicadores para sua prevenção”.<sup>3</sup>

### **2.1. Função da Comissão Técnica de Classificação**

Após o advento da Lei 10.792/2003, modificou-se a redação do art. 6.º. A anterior disposição era a seguinte: “A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões”. Buscou-se manietar a execução penal, restringindo o conhecimento do juiz e eliminando a participação da Comissão Técnica de Classificação no valioso momento de análise do merecimento para a progressão de regime.

A modificação deveu-se a pressões de vários setores, especialmente de integrantes do Poder Executivo, que arca com os custos não só das Comissões existentes, mas também dos presídios em

geral, sob o argumento de serem os laudos das referidas Comissões Técnicas de Classificação “padronizados”, de pouca valia para a individualização executória. Por outro lado, haveria excesso de subjetivismo nesses pareceres, que acabavam por convencer o juiz a segurar o preso no regime mais severo (fechado ou semiaberto), o que terminava por gerar a superlotação das cadeias e estabelecimentos penitenciários. Entretanto, a mudança foi, em nosso entender, péssima para o processo de individualização executória da pena. E, nessa ótica, inconstitucional. Não se pode obrigar o magistrado, como se pretendeu com a edição da Lei 10.792/2003, a conceder ou negar benefícios penais somente com a apresentação do frágil atestado de conduta carcerária (conforme prevê o art. 112, *caput*, da Lei 7.210/84). A submissão do Poder Judiciário aos órgãos administrativos do Executivo não pode jamais ocorrer.

Um diretor de presídio não pode ter força suficiente para determinar os rumos da execução penal no Brasil. Fosse assim e transformar-se-ia em execução administrativa da pena, perdendo seu aspecto jurisdicional. Portanto, cabe ao juiz da execução penal determinar a realização do exame criminológico, quando entender necessário, o que deve fazer no caso de autores de crimes violentos contra a pessoa, bem como a concretização do parecer da Comissão Técnica de Classificação. A requisição do exame e do parecer fundamenta-se não apenas no preceito constitucional de que ninguém se exime de colaborar com o Poder Judiciário, mas também na clara norma da Constituição Federal a respeito da individualização da pena, que não se limita à aplicação da pena na sentença condenatória. Qualquer tentativa de engessar a atividade jurisdicional deve ser coibida. Se os pareceres e os exames eram padronizados em alguns casos, não significa que não mereçam aperfeiçoamento. Sua extinção em nada contribuirá para a riqueza do processo de individualização da pena ao longo da execução.

E mais: se os pareceres das Comissões Técnicas de Classificação eram tão imprestáveis para a progressão, deveriam ter a mesma avaliação para a inicialização da execução penal. Ora, quem padroniza para a progressão, pode perfeitamente padronizar para o início do cumprimento da pena. A manutenção da Comissão para avaliar o condenado no começo da execução, mas a sua abolição para o acompanhamento do preso, durante da execução, é um golpe (inconstitucional) ao princípio da individualização da pena.

## **2.2. Importância da Comissão Técnica de Classificação**

Pela própria composição da equipe de avaliação do preso pode-se constatar a sua relevância. Quem pode analisar o condenado com maior profundidade que os profissionais atuando no presídio? O diretor do estabelecimento penitenciário, os chefes de serviço de setores variados (trabalho, lazer, administração etc.), o psiquiatra, o psicólogo e o assistente social são os valorosos observadores dos presos, elaborando não somente o parecer para o início do cumprimento da pena, mas também o parecer para a progressão de regime.

O juiz da execução penal, última voz na individualização executória da pena, precisa ser bem informado e *dar a cada um o que é seu* por direito e justiça. Presos ligados ao crime organizado, por exemplo, podem ser detectados pelos profissionais da Comissão Técnica de Classificação, que atuam no presídio, embora nunca tenham cometido falta grave, logo, podem possuir prontuário “limpo”, mas atividade sub-reptícia no presídio, sem qualquer merecimento para a progressão.

## **2.3. Importância do exame criminológico**

Reiteramos ser avaliação muito importante do condenado para o fim de individualizar, corretamente, a execução da sua pena. Não podemos concordar com a visão simplista de que o sentenciado deve ser analisado, unicamente, pelo seu prontuário, ou seja, se registra ou não faltas graves.

O parágrafo único do art. 8.º, em contradição com o disposto no art. 35, *caput*, do Código Penal, demonstra ser facultativo (“poderá ser submetido”) o exame criminológico para aqueles que ingressam no regime semiaberto. Não é a melhor solução. Deve prevalecer o disposto no art. 35, *caput*, do Código Penal, que faz remissão do art. 34, *caput*, do mesmo Código, considerando necessária a realização do exame criminológico também para o condenado em regime semiaberto. Lembremos, inclusive, que esse exame é benéfico não somente ao condenado, mas também à justa individualização da sua pena.

## **2.4. Análise da personalidade**

Temos sustentado que o mais relevante fator de diferenciação de um ser humano de outro é a personalidade. Pessoas, inclusive irmãos gêmeos, jamais possuem, exatamente, a mesma maneira de ser e agir. Por isso, para a ideal individualização executória da pena, precisa o magistrado deter todas as informações possíveis acerca do preso. Para tanto, valendo-se da fundamental atividade da Comissão Técnica de Classificação, buscará conhecer melhor a pessoa que está sob seu julgamento, para o fim de receber – ou não – benefícios durante a execução da pena.

E a obtenção dos dados necessários para revelar a personalidade depende, de fato, como prevê o art. 9.º, de uma ampla coleta de material em todas as fontes possíveis. A entrevista de pessoas, preferencialmente, da família do condenado, bem como a consecução de informes em geral de repartições e estabelecimentos privados (ex.: antigo emprego do sentenciado) e a realização de outras diligências (ex.: visita à morada da família ou de amigos) constituem mecanismos válidos, dentro do sigilo profissional da equipe multidisciplinar, para atingir a conclusão sobre a personalidade do reeducando.

## **2.5. Identificação do perfil genético**

Essa modalidade de identificação é apenas uma espécie de identificação criminal, não constituindo, por si só, constrangimento ilegal ou afronta a qualquer direito individual. A Constituição Federal (art. 5.º, LVIII) estabelece que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei. Sempre nos pareceu exagerada essa previsão constitucional, pois *todos* os indiciados ou réus deveriam ser, sempre, identificados criminalmente, sem que isso pudesse representar qualquer vexame ou constrangimento, desde que resguardado o momento e o sigilo do ato. Trata-se da segurança jurídica de não se processar uma pessoa em lugar de outra, gerando um dos piores erros judiciais possíveis.

Durante vários anos, o sistema legislativo deixou de editar lei específica para complementar a norma constitucional, até que o fez. Hoje, vigora a Lei 12.037/2009, cuidando dos casos de identificação criminal, bem como já existia a Lei 9.034/95, estipulando que os acusados envolvidos em ação praticada por organização criminosa sempre seriam identificados criminalmente, mesmo que tivessem identificação civil (art. 5.º). A essas leis, soma-se o advento da Lei 12.654/2012, que provocou algumas alterações na Lei 12.037/2009, bem como na Lei de Execução Penal.

Criou-se mais uma hipótese de identificação criminal obrigatória, embora voltada a condenados por delitos graves, nos termos do *caput* do art. 9.º-A. Os indiciados ou acusados por quaisquer crimes *podem* ser identificados criminalmente (mesmo já possuindo identificação civil), nos termos do art. 3.º, da Lei 12.037/2009. Quanto à colheita de material biológico, os casos abrangidos pelo art. 3.º, IV, da referida Lei. Entretanto, os condenados por crimes dolosos violentos (ex.: roubo) e delitos hediondos (ex.: estupro) *devem* ser criminalmente identificados – se é que já não foram antes – pela extração de DNA.

### 2.5.1. Constitucionalidade da medida

A identificação criminal, quanto mais segura, melhor. O Estado tem possibilidade de apurar crimes e sua autoria com certeza de não processar um indivíduo em lugar de outro, por falha na documentação colhida, sujeita que é aos mais diversos procedimentos de falsificação. O acusado, igualmente, terá a oportunidade de não responder por delitos cometidos por pessoa diversa. Logo, não vislumbramos nenhuma lesão a direito ou garantia individual nessa medida.

Coleta-se material biológico (DNA) para a perfeita identificação criminal, de acordo com o perfil genético. Estipulou-se o procedimento para os condenados por delitos graves (dolosos cometidos com violência contra a pessoa) e aos sentenciados por delitos hediondos. Em verdade, deveria ter fixado para todos os condenados, evitando-se qualquer espécie de erro judiciário, independentemente da gravidade do crime. Mas é um começo. A colheita do material não será invasiva, como já não é no tocante à impressão datiloscópica e à fotografia.

Os dados ficam arquivados em banco sigiloso. A eles somente terá acesso o juiz competente, em caso de investigação criminal, a pedido de autoridade policial, de modo a realizar confronto com

outros elementos colhidos, permitindo-se estabelecer, com nitidez, a autoria de um delito – ou excluí-la com a mesma segurança. Note-se: não se vai exigir do indiciado ou acusado que faça prova contra si mesmo *doando* material genético para confrontar com o perfil contido no banco de dados. Na verdade, a polícia poderá extrair da cena do crime todos os elementos necessários para estabelecer um padrão de confronto (ex.: fio de cabelo, sêmen, sangue etc.). Diante disso, havendo dúvida quanto à identidade do autor, pode-se acessar o banco de dados para checar o perfil genético ali constante, a ser estabelecido por laudo pericial.

O material encontrado na cena do crime não foi compulsoriamente extraído do autor da infração penal, mas apenas colhido pelo agente estatal. Aliás, o mesmo se dá, hoje, quando uma câmara qualquer filma um crime; valendo-se das imagens, a polícia pode encontrar o suspeito. Ou, ainda, quando se colhe, no local da infração, a impressão datiloscópica, permitindo-se encontrar o agente. Em suma, colher material genético para a identificação criminal de qualquer condenado não é procedimento suficiente para prejudicá-lo; ao contrário, busca-se assegurar a sua perfeita individualização. Se, no futuro, ele tornar a cometer um crime e o Estado, de posse de material colhido no local do delito ou da vítima, puder confrontar com os dados constantes do banco genético, encontrando-se o autor, cuida-se do aperfeiçoamento do sistema investigatório. O acusado não forneceu, obrigatoriamente, material algum para *fazer prova contra si mesmo*. O ponto de vista é outro: o Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente.

### 2.5.1.1. Seletividade dos crimes

Inicia-se um novo procedimento de identificação criminal por meio de seleção no tocante a alguns delitos – os mais graves do ordenamento jurídico penal. É razoável, pois, nessas hipóteses, em que há penas elevadas e regime fechado, o erro judiciário, porventura ocorrente, torna-se muito mais grave. Devem ser submetidos à identificação os autores dos seguintes crimes:

- a) dolosos, cometidos com violência contra a pessoa. A expressão *violência de natureza grave* (constante do *caput* do art. 9.º da LEP) é equivocada e imperfeita. Pode haver *lesão* de natureza grave, resultante da violência; entretanto, falar em violência *grave* é ilógico. Todo ato violento contra a pessoa é grave. Seria absurdo pretender distinguir quem cometeu, por exemplo, um roubo com violência leve de quem o cometeu com violência moderada ou mesmo com violência grave. Nem o julgador faz isso na sentença; não caberia ao agente estatal, encarregado de colher o material genético, fazê-lo. Portanto, os condenados por roubo devem ser identificados mediante extração de DNA, assim como outros autores de delitos violentos contra a pessoa. Exclui-se a grave ameaça desse contexto, embora não devesse ter sido afastada;
- b) delitos hediondos: homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, I,

II, III, IV e V; latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*); extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.º); extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1.º, 2.º e 3.º); estupro (art. 213, *caput* e §§ 1.º e 2.º; estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º); epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º; falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1.º, § 1.º-A e § 1.º-B); genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º, Lei 2.889/56). Observa-se que há delitos cometidos sem violência (falsificação de remédios, por exemplo), que terminaram incluídos na relação dos passíveis de identificação obrigatória, enquanto outros figuram nas duas relações (tanto violentos quanto hediondos), como o homicídio. Infelizmente, não houve um critério rigoroso para a implantação da lei, pois ficaram fora da previsão crimes importantes como o tráfico ilícito de drogas e a tortura.

Quanto ao banco de dados, não há livre acesso a tais dados identificadores. O perfil genético contará com sigilo absoluto, a ser regulado pelo Poder Executivo, encarregado de organizar o referido material. Somente o magistrado terá acesso a tais dados, em situações de investigação criminal.

Sobre o acesso judicial, estabeleceu-se a necessidade de acesso por meio da autoridade judicial competente, quando se tratar de inquérito instaurado, mediante requerimento da polícia federal ou estadual. A norma exclui outra modalidade de investigação criminal, distinta do inquérito, bem como afasta a legitimidade do Ministério Público para requerer, diretamente, ao juiz a apuração de dados identificadores. Segundo cremos, essa estreiteza não pode permanecer. Em primeiro lugar, o magistrado pode, de ofício, acessar tais dados para garantir a perfeita identificação de acusado em processo sob sua apreciação.

Afinal, é ele o destinatário da prova produzida, cabendo-lhe formar a sua convicção como bem quiser, dentro da legalidade. Em segundo, o Ministério Público, podendo requisitar diligências da autoridade policial, certamente tem legitimidade para se dirigir, diretamente, ao magistrado, solicitando acesso ao banco de dados de perfil genético, desde que se trate de investigação criminal legitimamente instaurada.

### **3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA**

---

TJMG: “Incidente de arguição de inconstitucionalidade – Artigo 9º-a da Lei nº 7.210/84 (Lei de execução penal) – Identificação criminal – Armazenamento de dados em perfil genético – Violação ao princípio da presunção de inocência – Não ocorrência – Constitucionalidade. É constitucional a norma que prevê a extração obrigatória de DNA de condenados, visto que representa avanço científico e a consequente segurança na identificação das pessoas, não comprometendo o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º,

inciso LVII, da Constituição da República, porquanto já foi reconhecida a culpabilidade do acusado em decisão transitada em julgado. V.V.: É inconstitucional a norma que obriga o condenado a fornecer material para traçar seu perfil genético, o qual será armazenado e colocado à disposição para eventuais investigações policiais, pois constrange o indivíduo a produzir prova contra si mesmo, violando os princípios da presunção de inocência e da não autoincriminação”. (Arg. Inconstitucionalidade 1.0407.16.001151-3/002 – MG, Órgão Especial, rel. Edilson Fernandes, 22.02.2017, m.v.).

**Comentário do autor:** o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais está correto, pois a colheita de material para compor o perfil genético do condenado, via DNA, não é realizada para determinar se ele cometeu crime; ao contrário, já se encontra sentenciado e o banco de dados permitirá evitar erros judiciais, processando-se pessoa inocente em lugar de culpado. No futuro, se alguém quiser comprovar não ser o autor de determinado crime, por meio do perfil genético, poderá fazê-lo, ao menos no tocante às pessoas já condenadas por aquele delito. Sob outro aspecto, o referido acórdão considerou inconstitucional obrigar o condenado a fornecer material para produzir prova contra si em relação a processo-crime não julgado, o que se afigura acertado, diante do princípio da presunção de inocência.

TJSP: “Agravos em execução – Deferimento do pedido de progressão de regime – Ministério Público alega que o reeducando possui exame criminológico incompleto e, diante da gravidade dos crimes e de sua conduta carcerária, era imprescindível a avaliação completa – Necessidade de verificação do requisito subjetivo com maior acuidade – De fato, em que pese o preenchimento do requisito objetivo, o certo é que o exame criminológico foi realizado sem a participação de um médico psiquiatra, o que contraria o disposto pelo artigo 7º da Lei 7.210/84 – Decisão reformada para determinar a elaboração de novo exame criminológico para posterior apreciação do pedido – Recurso provido” (AgExec Penal 9000171-32.2015.8.26.0047 – SP, 5ª Câmara de Direito Criminal, rel. Sérgio Ribas, 09.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** para a progressão de regime, atualmente, os Tribunais Superiores têm autorizado que o juiz requirite a elaboração de exame criminológico, o qual deve ser realizado por psiquiatra forense. Logo, a falta desse profissional não pode ser suprida pelos pareceres de assistente social ou psicológico. Correta, pois, a decisão do julgado em comento.

TJDFT: “1. O artigo 8º, *caput*, da Lei de Execuções Penais, que prevê a obrigatoriedade do exame criminológico ao condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, com o escopo de realização da individualização da pena, permanece inalterado após o advento da Lei n.º 10.792/2003, que alterou o artigo 112 da Lei de Execuções Penais e acabou com a obrigatoriedade do exame criminológico para a concessão da progressão de regime. 2. No caso, a sentenciada foi condenada pelo delito de tráfico de drogas e tentativa de



homicídio qualificado, consistente este último em desferir facadas contra a vítima, em razão de uma suposta dívida de R\$ 50,00 (cinquenta reais), delito extremamente grave, justificando, nos termos do artigo 8º da Lei de Execuções Penais, o exame criminológico, para que ‘possa ser orientado o processo de ressocialização, individualizando-se a execução’. Precedentes. 3. Recurso conhecido e não provido para manter a decisão que determinou a realização de exame criminológico à apenada com fulcro no artigo 8º, *caput*, da Lei n.º 7.210/1984.” (RAG 20160020431488 – DFT, 2ª Turma Criminal, rel. Roberval Casemiro Belinati, 17.11.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** é fundamental o exame classificatório assim que o condenado começa o cumprimento da sua pena, visto ainda estar em vigor o disposto no art. 8.º da LEP, como bem abordou o julgado supra. Essa análise da Comissão Técnica de Classificação servirá de orientação para a individualização executória da pena, seguindo-se não somente o ideal, mas se cumprindo fielmente a Lei de Execução Penal.

## 4. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Classificação de condenado:** no caso da Lei de Execução Penal, torna-se fundamental separar os presos, determinando o melhor lugar para que cumpram suas penas, de modo a evitar o contato negativo entre reincidentes e primários, pessoas com elevadas penas e outros, com penas brandas, dentre outros fatores. Em suma, não se deve mesclar, num mesmo espaço, condenados diferenciados. É um dos aspectos da individualização executória da pena.

**Exame criminológico:** é a avaliação feita pelo psiquiatra forense, demonstrando o grau de periculosidade (antissociabilidade) do condenado. Esse exame pode constar no parecer da Comissão Técnica de Classificação ou ser emitido de forma isolada.

**Comissão Técnica de Classificação:** é a comissão “presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade” (art. 7.º, LEP). Sua principal tarefa é verificar a mais adequada forma de individualizar a pena em nível executório.

Comissão Técnica  
de Classificação  
(art. 7º, LEP)

- Diretor geral do presídio
  - Chefe de serviço
  - Chefe de serviço
  - Psiquiatra
  - Assistente social
  - Psicólogo
- Mínimo de dois

**Função:**

Elaborar a classificação do preso, preparando o seu programa individualizador de pena privativa de liberdade.

EXAME DE  
CLASSIFICAÇÃO

**Objetivo:** elaborar o programa individualizador de cumprimento da pena do sentenciado.

**Realizadores:** membros da comissão técnica de classificação.

**Destino:** início do cumprimento da pena.

EXAME  
CRIMINOLÓGICO

**Objetivo:** verificar as condições pessoais do preso, em especial a sua periculosidade, para saber se tornará a delinquir quando posto em liberdade.

**Realizadores:** médico psiquiatra.

Obs.: o ideal seria um laudo formado pela opinião do médico juntamente com de outros profissionais (psicólogo, assistente social, etc.).

**Destino:** progressão ou livramento condicional.

<sup>1</sup> Aliás, o princípio constitucional da individualização da pena possui três fases: a) individualização legislativa (momento em que o Parlamento *cria* o tipo penal incriminador e estabelece as penas abstratas mínima e máxima); b) individualização judicial (quando o julgador condena o réu e, a partir disso, fixa a pena concreta merecida, conforme os critérios legais); c) individualização executória (o juiz da execução penal aplica benefícios e também sanções conforme o progresso ou faltas do preso).

<sup>2</sup> Guilherme Oswaldo Arbenz, *Compêndio de medicina legal*.

<sup>3</sup> *Execução penal*, p. 51.



## Capítulo IV

# Assistência ao preso e ao egresso

## **1. NOÇÕES GERAIS**

---

Quem deixa o cárcere, especialmente se passou muitos anos preso, necessita de amparo do Estado para retomar sua vida em sociedade. Possuindo o apoio da família ou de amigos, melhor será. Porém, pode não ser a realidade, motivo pelo qual os organismos estatais precisam de aparelhamento suficiente para não abandonar o recém-saído do presídio. Cremos ser fundamental, no mínimo, a busca conjunta (egresso e Estado) pelo emprego, sem contar, naturalmente, algum tempo em que se possa proporcionar morada e sustento a quem deixou o cárcere, porque cumpriu a pena ou está em livramento condicional.

## **2. MODALIDADES DE ASSISTÊNCIA**

---

Ao preso, parece-nos cabíveis todas as formas indicadas nos incisos I a VI, do art. 11, desta Lei, respeitando-se, naturalmente, a sua convicção íntima, ao menos em matéria de religião, não se podendo obrigá-lo a frequentar qualquer tipo de culto ou adotar qualquer crença. No tocante ao egresso, não vemos sentido em se manter o Estado apto a prestar-lhe assistência religiosa, por exemplo. As mais importantes são a material e social. Eventualmente, se necessárias, a assistência à saúde e a educacional. Em segundo plano, voltando-se ao condenado em livramento condicional, a assistência jurídica.

## 2.1. Assistência material e remição

Para o fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, pode e, em nosso pensamento, deve o Estado buscá-las ao trabalho do sentenciado, propiciando o benefício da remição (a cada três dias trabalhados, desconta-se um dia na pena). Não significa dizer que o preso deve trabalhar para ser alimentado, vestido ou gozar de instalações salubres. Representa, isto sim, a oportunidade para que os estabelecimentos penais mantenham, em suas instalações, cozinha, lavanderia e departamento de limpeza, sem promover a cômoda *terceirização*. Dessa maneira, os condenados podem trabalhar na cozinha, na lavanderia ou no serviço de limpeza geral do presídio, conseguindo alcançar o benefício da remição e cumprir um de seus deveres, que é, justamente, executar o trabalho que lhe for destinado (art. 39, V, LEP).

Muitos estabelecimentos penais desativaram a cozinha, a lavanderia e o setor de limpeza próprios, passando essas tarefas a empresas particulares e gerando, com isso, a pretexto de *economizar* dinheiro público, a falta de postos de trabalho a todos os detidos. O sustento ao cumprimento de pena é algo oneroso para o Estado e não pode ser tratado de forma superficial ou simplista. Aliás, tivesse o Poder Público cumprido melhor a sua função, distribuindo riqueza, fornecendo meios de garantir a educação, o emprego e tantas outras necessidades à sociedade e, com certeza, o crime diminuiria, evitando-se a superlotação de presídios. Portanto, é mais do que óbvio dever o Estado garantir a alimentação, o vestuário e as instalações higiênicas adequadas aos presos sob sua custódia, embora devesse investir na vinculação dessas atividades com o trabalho dos sentenciados.

Além das indispensáveis à garantia da sobrevivência do preso, em condições dignas, o estabelecimento penal deve dispor de locais para a venda de produtos e objetos permitidos, que estão fora da obrigação estatal de fornecimento (ex.: cantina, onde se possa adquirir refrigerantes, guloseimas, cigarros etc.).

## 2.2. Assistência à saúde

Nos mesmos moldes anteriormente expostos, a manutenção de consultório médico e dentário no presídio pode facilitar não somente a prevenção e a cura de doenças, mas também constituir local adequado para que os sentenciados trabalhem, cumprindo seu dever e garantindo o benefício da remição. Como bem anota Norberto Avena, “como todo o ser humano, o preso está suscetível a doenças, risco esse que se eleva em razão das condições em que vive no ambiente prisional”.<sup>1</sup>

Necessitando o preso de um tratamento mais relevante do que uma simples consulta, possivelmente, não encontrará amparo dentro do presídio. O Estado deve, portanto, proporcionar-lhe acesso a hospitais adequados, pelo período necessário. Lembremos que esse é um dos fatores que permitem considerar o condenado em pleno cumprimento da pena, ainda que não esteja presente no estabelecimento penitenciário, submetido às regras gerais dos demais sentenciados (art. 112, II, parte

final, CP).

## **2.3. Assistência médica à mulher e ao recém-nascido**

A inserção do § 3.º neste artigo tem por finalidade dar cumprimento efetivo ao disposto no art. 5.º, L, da Constituição Federal: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Portanto, garante-se o acompanhamento médico à presa, durante toda a gestação e na fase do pós-parto, incluindo-se nesses cuidados o recém-nascido. Na realidade, os avanços obtidos nos últimos anos, em relação aos estabelecimentos penais e à nova ideia de cumprimento de pena, proporcionaram, dentre outros, o surgimento do direito à visita íntima.

Ora, havendo contato sexual da presa com seu marido, companheiro ou namorado, é possível que ocorra a gravidez, não deixando de ser um direito correlato, portanto, a assistência médica durante o período de gestação e, também, logo após. Ademais, outras modificações introduzidas nesta Lei permitem o contato da presidiária com seu filho, ao menos, até os sete anos (ver art. 89, *caput*, LEP).

## **2.4. Assistência jurídica obrigatória**

O disposto no art. 15 da Lei de Execução prevê a concessão de assistência jurídica aos presos e internados *sem recursos para constituir advogado*. Permitimo-nos discordar. O direito à liberdade e, conseqüentemente, o de receber os benefícios cabíveis durante a execução penal é indisponível. Se o preso, abonado financeiramente ou não, tiver necessidade de um advogado, o Estado *deve* proporcionar-lhe um defensor dativo, ainda que possa, ao final da assistência, cobrar pelos serviços prestados, conforme a situação. Garante-se, com isso, o efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório em todas as fases processuais.

Lembremos que a execução da pena faz parte da continuidade do processo de conhecimento, ocasião em que o Estado faz valer a sua pretensão punitiva. Imaginemos, portanto, que o representante do Ministério Público pleiteie a revogação do livramento condicional ou a regressão a regime mais severo. Não pode o sentenciado ficar privado do direito de defesa técnica. Se for pobre, o Estado lhe proporcionará a assistência da defensoria pública. Se for rico e não quiser contratar um profissional, o Estado, ainda assim, lhe destinará advogado, devendo, depois, o beneficiário ressarcir os cofres públicos (art. 261, *caput*, c.c. art. 263, parágrafo único, do CPP). É verdade que a Constituição Federal preceitua que o Estado prestará assistência jurídica integral e *gratuita* aos que demonstrarem insuficiência de recursos (art. 5.º, LXXIV). Isso não quer dizer que o preso em melhores condições financeiras possa ser prejudicado somente porque se recusou a contratar um advogado (ele pode, inclusive, agir propositadamente para, no futuro, buscar anular o processo ou a decisão proferida, por cerceamento de defesa).

O Estado *deve* proporcionar assistência jurídica a *todos* os presos. Será gratuita aos pobres; será cobrada, quando se tratar de condenado com suficiência de recursos.

### 2.4.1. Defensoria Pública

Constituída pela Lei 12.313/2010 como órgão da execução penal, além de possuir várias atribuições em relação aos interesses dos sentenciados hipossuficientes, é natural esteja presente em todos os presídios, com amplo apoio dos Governos Estaduais, conferindo-lhes a estrutura necessária para exercer o seu mister.

## 2.5. Assistência educacional

Preceitua o art. 205 da Constituição Federal que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Por outro lado, deixa claro no art. 208 o seguinte: (...) § 1.º, que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2.º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Por isso cabe ao Estado promover o ensino fundamental (antigo 1.º grau) ao sentenciado que dele necessitar.

Dispõe o art. 32 da Lei 9.394/96 ser “o ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: I – o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III – o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV – o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social. § 1.º É facultado aos sistemas de ensino desdobrar o ensino fundamental em ciclos. § 2.º Os estabelecimentos que utilizam progressão regular por série podem adotar no ensino fundamental o regime de progressão continuada, sem prejuízo da avaliação do processo de ensino-aprendizagem, observadas as normas do respectivo sistema de ensino. § 3.º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. § 4.º O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais. § 5.º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e

distribuição de material didático adequado. § 6.º O estudo sobre os símbolos nacionais será incluído como tema transversal nos currículos do ensino fundamental.”. Quanto ao ensino profissionalizante, torna-se parte essencial para que o condenado, alfabetizado, possa desenvolver o aprendizado de alguma profissão, se já não possuir uma. De toda maneira, fica o Estado obrigado a garantir-lhe, nesta última hipótese, o aperfeiçoamento de seus conhecimentos, nos termos do art. 19 da Lei 7.210/84.

Segundo dispõe o art. 18, “o ensino de primeiro grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da unidade federativa”. No mais, o art. 18-A, refere-se ao seguinte: “o ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. § 1.º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. § 2.º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos. § 3.º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas”.

Quanto ao ensino profissional, “será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição”.

A proteção à mulher, em face de suas peculiaridades como ser humano, especialmente por ser fisicamente mais fraca que o homem, impõe que a “pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5.º, XLVIII, CF) e também que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5.º, L, CF). Em consonância com essa particular proteção, anote-se o disposto no art. 9.º da Lei 8.069/90: “O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”. É mais do que natural, portanto, tenham as presidiárias direito a um ensino profissional diferenciado e adequado às suas reais necessidades.

Dispõe o art. 20 da LEP que “as atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados”.

A ideia central é que o Poder Público ou entidades particulares possam instalar escolas ou oferecer cursos especializados no interior dos presídios, inclusive porque esta seria uma eficiente maneira de se atingir o condenado em regime fechado. Por isso, como já ressaltamos em nota anterior e ainda debateremos no capítulo da remição, o estudo bem dirigido e fiscalizado pode ser utilizado como mecanismo de diminuição gradual da pena.

Sob outro aspecto, preceituam os arts. 21 e 21-A da LEP: “em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos”. (...) O censo penitenciário deverá apurar: I –

o nível de escolaridade dos presos e das presas; II – a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos; III – a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos; IV – a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo; V – outros dados relevantes para o aprimoramento educacional de presos e presas.

Sobre a prodigalidade legislativa, o Parlamento brasileiro é abundante em benesses, mormente na área da execução penal. No entanto, o Executivo simplesmente não cumpre o que foi estipulado em lei. Além disso, nem o Ministério Público, nem o Judiciário fazem nada a respeito. A norma em comento é positiva, sem dúvida, mas necessita de verbas e empenho do Poder Executivo, responsável pelos estabelecimentos prisionais. Um dos pontos controversos, atualmente em debate, é se a simples leitura de um livro (com feitura de resenha) pelo condenador seria suficiente para provocar a remição. Segundo já defendemos, haveria necessidade da disciplina legal para se saber como avaliar tal leitura, dentre outros aspectos do aproveitamento escolar.

## **2.6. Assistência social**

Os profissionais da assistência social são aqueles que permitem um liame entre o preso e sua vida fora do cárcere, abrangendo família, trabalho, atividades comunitárias etc. Além disso, participam das Comissões Técnicas de Classificação, emitindo pareceres quanto à mais indicada forma de individualização da pena, de progressão de regime e se é cabível o livramento condicional.

Segundo dispõe o art. 23, “incumbe ao serviço de assistência social: I – conhecer os resultados dos diagnósticos e exames; II – relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido; III – acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias; IV – promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação; V – promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade; VI – providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da previdência social e do seguro por acidente no trabalho; VII – orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima”.

## **2.7. Assistência religiosa**

Estabelece o art. 5.º, VI, da Constituição Federal ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. O preso merece receber a oportunidade de participar de cultos, com ampla liberdade de crença, inclusive de não ter nenhuma, bem como de ter consigo livros referentes à religião adotada.

## **2.8. Assistência ao egresso**



Cremos ser fundamental à ideal ressocialização do sentenciado o amparo àquele que deixa o cárcere, em especial quando passou muitos anos detido, para que não se frustre e retorne à vida criminosa. Lamentavelmente, na maior parte das cidades brasileiras, onde há presídios, esse serviço inexistente. A consequência é o abandono ao qual é lançado o egresso, que nem mesmo para onde ir tem, após o cumprimento da pena. Se tiver família que o ampare, pode-se dispensar o alojamento e a alimentação, valendo, somente, o empenho para a busca do emprego lícito.

### 2.8.1. Conceito de egresso

Em sentido amplo, quer dizer a pessoa que se afasta de uma comunidade qualquer após um período de ligação mais ou menos duradouro. O preso viveu em comunidade, no estabelecimento penitenciário – regimes fechado e semiaberto, motivo pelo qual é considerado liberado definitivo pelo prazo de um ano. Durante esse tempo, pode necessitar de orientação e amparo para a perfeita reinserção social. Se preciso for, o Estado deve providenciar alojamento e alimentação, em local adequado, por, pelo menos, dois meses. Não deveria ser considerado *egresso* o condenado que estava inserido em Casa do Albergado e, finda a pena, é liberado definitivamente. Afinal, ele já estava, praticamente, reintegrado à sociedade, tanto que trabalhava fora da Casa do Albergado durante todo o dia e somente nela comparecia para o repouso noturno e para passar os fins de semana.

Parece-nos que seria mais que suficiente para o período de transição, de modo que, ao terminar a pena, poderia seguir para onde desejar, não necessitando de amparo estatal para tanto. Diversamente, aquele que deixa, abruptamente, o regime fechado – e mesmo o regime semiaberto – pode enfrentar o *choque* trazido pela súbita liberdade, sem saber o que fazer, nem mesmo para onde ir. Eis aí a ingerência do Poder Público, prestando-lhe assistência e amparo. Mas a lei não faz distinção, afirmando, apenas, que é considerado egresso o liberado definitivo, pelo prazo de um ano, a contar da saída do estabelecimento (presídio, colônia penal ou Casa do Albergado). Por outro lado, também é considerado *egresso* aquele que se encontra em livramento condicional, durante o período de prova. Neste caso, a situação é mais coerente do que a enfrentada pelo albergado.

Há presos que podem sair diretamente do regime fechado (após cumprir, por exemplo, um terço da pena, se primário, de bons antecedentes, pode requerer o livramento condicional) para a liberdade. Em tese, precisam mais de assistência do Poder Público, justamente para conseguir trabalho lícito e morada imediata (desde que não contem com o apoio da família).

Dispõe o Decreto 3.048/99, no art. 13, IV, o seguinte: “Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: (...) IV – até doze meses após o livramento, o segurado detido ou recluso”.

## 3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

TJGO: “1. Incabível a restituição da liberdade do paciente ou a substituição da segregação cautelar pela domiciliar, se não demonstrado satisfatoriamente nos autos o atual estado de saúde do paciente, bem como a impossibilidade de ser prestada a assistência médica no local onde se encontra preso. Ademais, incumbe ao diretor do estabelecimento prisional autorizar a saída do paciente para tratamento de saúde, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei de Execução Penal. 2. Inexiste constrangimento ilegal a ser reparado pelo *habeas corpus* quando o decreto prisional está satisfatoriamente motivado, com indicação de elementos objetivos, fazendo referência aos indícios de autoria e de materialidade, bem como reportando-se à reiteração de prática criminosa por parte do paciente, demonstrando, assim, a necessidade de se resguardar a ordem pública, em face da periculosidade do agente. 3. Presentes os requisitos elencados no artigo 312 do CPP, não há cogitar-se de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares menos invasivas, ante sua manifesta inadequação para o fim de se assegurar a efetividade do processo. 4. Os alegados predicados pessoais favoráveis não autorizam, por si sós, a concessão da liberdade quando demonstrada a necessidade da medida cautelar. Ordem conhecida e denegada.” (HC 50207-84.2017.8.09.0000 – GO, 1ª Câmara Criminal, rel. Itaney Francisco Campos, 06.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** a assistência à saúde do preso pode (e deve) ser prestada, quando ele estiver em regime fechado, no próprio estabelecimento penitenciário, como regra. Porém, se ali não houver equipamento ou técnica suficiente, o preso (provisório ou condenado) será escoltado, mediante permissão de saída, dada pelo diretor do presídio, até outro local (hospital ou clínica). Inexiste razão para conceder a liberdade ao acusado somente por conta da saúde.

TJRS: “A pretensão recursal não encontra amparo, importando a manutenção da decisão agravada por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista que está sendo garantido ao apenado/agravante o exercício de seu direito à assistência religiosa e à liberdade de culto, nos termos do art. 5º, VI e VII, da Constituição Federal. A garantia do exercício desses direitos, todavia, não garante ao apenado/agravado alterar o modo de cumprimento de pena e da execução penal conforme suas intenções, tal como afirmado pelo juízo a quo nas suas razões de decidir. Outrossim, o art. 24 da LEP dispõe sobre a assistência religiosa dentro do cárcere, hipótese distinta das circunstâncias do caso concreto, pois o apenado/agravante cumpre pena fora de estabelecimento prisional. Agravo não provido. Unânime” (Ag 70071316509 – RS, 6ª Câmara Criminal, rel. Bernadete Coutinho Friedrich, 01.12.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** a assistência religiosa, prevista no art. 24 da Lei de Execução Penal, a ser viabilizada pelo Estado, destina-se ao preso ou ao internado. Não é obrigatório seguir qualquer religião, nem participar de culto. Porém, quando o sentenciado se encontra em liberdade, pode procurar a religião e os cultos que desejar, sem qualquer interferência do Estado. Por outro lado, também não tem o direito de exigir a alteração nas condições de

cumprimento da sua pena por conta de atividade religiosa.

## 4. RESUMO DO CAPÍTULO

**Egresso:** é o “liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento” ou o “liberado condicional, durante o período de prova”, nos termos do art. 26 da Lei de Execução Penal. Em suma, é considerado *egresso* aquele que cumpriu pena ou medida de segurança, durante um ano, após o término da sanção.



---

<sup>1</sup> Execução penal – Esquematizado, p. 33.



## Capítulo V

# Do trabalho

### 1. TRABALHO OBRIGATÓRIO

---

O trabalho do preso é obrigatório (art. 39, V, LEP) e faz parte da laborterapia inerente à execução da pena do condenado, que necessita de reeducação. Por outro lado, a Constituição Federal veda a pena de trabalhos forçados (art. 5.º, XLVII, c, o que significa não poder se exigir do preso o trabalho sob pena de castigos corporais ou outras formas de punição ativa, além de não se poder exigir a prestação de serviços sem qualquer benefício ou remuneração. Diz Luiz Vicente Cernicchiaro: “Extinta a escravidão, não faz sentido o trabalho gratuito, ainda que imposto pelo Estado, mesmo na execução da sentença criminal. A remuneração do trabalho está definitivamente assentada. O Direito Penal virou também a página da história. O Código Criminal do Império estatuiu no art. 46: ‘A pena de prisão com trabalho obrigará os réus a ocuparem-se diariamente no trabalho que lhes for designado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças e dos regulamentos policiais das mesmas prisões’. A superação do trabalho gratuito caminha paralelamente à rejeição do confisco de bens”.<sup>1</sup>

Dispõe o art. 28 da LEP que “o trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 1.º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2.º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho”. Ensina Adeildo Nunes constituir o trabalho “um dever social do preso”, “porque no final do cumprimento da sua pena a sociedade exige que o reeducando esteja apto a conviver socialmente, sem mais delinquir, inclusive com uma profissão definida e capaz de assegurar a sua existência e da sua família. Por outro lado, o trabalho

desenvolvido pelo preso enaltece a dignidade humana, no instante em que o reeducando vê-se recompensado pelos esforços empreendidos. Ninguém tem dúvida de que o trabalho – em qualquer situação concreta – é fonte de educação e de produtividade, daí por que pode-se assegurar que, além de evitar a ociosidade carcerária – um dos grandes males das nossas prisões – o trabalho prisional é um forte aliado da integração social do condenado, uma das finalidades da execução da pena (art. 1º, LEP)”.<sup>2</sup>

É natural que a obrigatoriedade do trabalho implica, em caso de inobservância pelo condenado, na concretização de falta grave (art. 50, VI, LEP). Se esta se configurar, perde o preso o direito a determinados benefícios, como, exemplificando, a progressão de regime, o livramento condicional, o indulto, os dias remidos pelo trabalho etc.

Quem está solto e trabalha goza dos benefícios previstos na CLT (ex.: 13.º salário, férias, horas extras etc.). O preso, ao exercer o trabalho como um dos seus deveres, não tem direito a tais proveitos. Na verdade, ao exercer qualquer atividade no presídio, tem outras vantagens, como, por exemplo, a remição (desconto na pena dos dias trabalhados, na proporção de três dias de trabalho por um dia de pena).

“O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo. § 1.º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: *a*) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; *b*) à assistência à família; *c*) a pequenas despesas pessoais; *d*) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores. § 2.º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em caderneta de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade” (art. 28).

Conforme dispõe o art. 39 do Código Penal (“o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social”), além da remuneração, o preso pode gozar dos benefícios previdenciários em geral. Nos termos do art. 201 da Constituição Federal, a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Segundo o art. 80 da Lei 8.213/91: “o auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário”. Nos termos do art. 11, § 1.º, IX, pode filiar-se, facultativamente, “o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a

qualquer regime de previdência social”. E o inciso XI, conforme Decreto 7.054/2009, dispõe a filiação de “segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto, que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce atividade artesanal por conta própria”.

O mesmo Decreto 3.048/99 estabelece as condições para a obtenção do auxílio-reclusão pelos dependentes do preso, em particular no art. 116: “O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário de contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais). § 1.º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário de contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado. § 2.º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente. § 3.º Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica. § 4.º A data de início do benefício será fixada na data do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido até trinta dias depois desta, ou na data do requerimento, se posterior, observado, no que couber, o disposto no inciso I do art. 105. § 5.º O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto. § 6.º O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto que contribuir na condição de segurado de que trata a alínea o do inciso V do art. 9.º ou do inciso IX do § 1.º do art. 11 não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes”. No art. 117: “O auxílio-reclusão será mantido enquanto o segurado permanecer detento ou recluso. § 1.º O beneficiário deverá apresentar trimestralmente atestado de que o segurado continua detido ou recluso, firmado pela autoridade competente. § 2.º No caso de fuga, o benefício será suspenso e, se houver recaptura do segurado, será restabelecido a contar da data em que esta ocorrer, desde que esteja ainda mantida a qualidade de segurado. § 3.º Se houver exercício de atividade dentro do período de fuga, o mesmo será considerado para a verificação da perda ou não da qualidade de segurado”.

O art. 118 do Decreto estabelece que “falecendo o segurado detido ou recluso, o auxílio-reclusão que estiver sendo pago será automaticamente convertido em pensão por morte. Parágrafo único. Não havendo concessão de auxílio-reclusão, em razão de salário de contribuição superior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), será devida pensão por morte aos dependentes se o óbito do segurado tiver ocorrido dentro do prazo previsto no inciso IV do art. 13”. Finalmente, dispõe o art. 119 ser “vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado”. O valor do auxílio-reclusão será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se aposentado por invalidez na data do falecimento (art. 39, § 3.º). Em razão disso, além

de poder contar com o referido benefício do auxílio-reclusão, que, na verdade, serve aos seus dependentes, privados da renda da pessoa presa, conta tempo para a aposentadoria e, saindo do cárcere, contará com outros serviços da previdência social. Registremos, ainda, que há outras possibilidades de concessão de auxílio-reclusão, como ocorre, por exemplo, com os servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais, nos termos da Lei 8.112/90 (“art. 229. À família do servidor ativo é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores: I – dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão; II – metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo. § 1.º Nos casos previstos no inciso I deste artigo, o servidor terá direito à integralização da remuneração, desde que absolvido; § 2.º O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que condicional”).

Se o valor percebido pelo preso deve ser de, pelo menos, 3/4 do salário mínimo, a listagem de destinações do produto da remuneração é irreal. Com tal montante, ele precisaria indenizar o dano causado pelo crime, garantir assistência à sua família, gastar consigo em pequenas despesas, além de ressarcir o Estado pelas despesas com sua manutenção. Não bastasse, ainda deveria haver uma sobra para formar um pecúlio, conforme prevê o § 2.º deste artigo. Seria o *milagre* da multiplicação do dinheiro.

A prestação de serviços à comunidade, por definição, é uma pena alternativa ao encarceramento, cuja finalidade é a atribuição de tarefas *gratuitas* ao condenado (art. 46, § 1.º, CP), dando-lhe a oportunidade de reparar, pelo seu trabalho, o dano social provocado pela prática do crime.

O art. 31 da LEP estabelece que o trabalho do preso deve ser compatível com a sua capacitação. Esse é um dos reflexos positivos da individualização executória da pena, fruto natural do exame de classificação realizado no início do cumprimento da pena. Desvenda-se a aptidão e conhece-se a capacitação do condenado para o exercício de atividades no estabelecimento prisional. Destina-se o trabalho ideal para o preso (ex.: um médico pode trabalhar no consultório do presídio; um pedreiro, na reforma de um bloco do estabelecimento penal). Outro ponto a considerar é o curso profissionalizante que ele pode fazer (art. 19, LEP), associando-se o seu aproveitamento ao trabalho a ser realizado no dia a dia.

Embora a lei preveja ser facultativo o trabalho ao preso provisório, consagrada a possibilidade de haver a execução provisória da pena, cremos que está ele obrigado a desempenhar alguma atividade no estabelecimento onde se encontre. Afinal, se pretende progredir de regime, passando, por exemplo, do fechado ao semiaberto, torna-se essencial que trabalhe, a fim de ser avaliado, quanto ao mérito, nas mesmas condições de igualdade dos demais condenados. O art. 31, parágrafo único, desta Lei foi elaborado muito antes de se falar em execução provisória da pena, motivo pelo qual se facultou o trabalho ao preso provisório.

Nos termos do art. 32 da LEP, “na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. § 1.º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo. § 2.º Os maiores de 60 (sessenta) anos poderão solicitar ocupação adequada à sua idade. § 3.º Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado”.

## **2. INDIVIDUALIZAÇÃO EXECUTÓRIA DA PENA SOB O ENFOQUE DO TRABALHO**

---

Novamente se constata a importância não somente do exame de classificação inicial, mas do acompanhamento da Comissão Técnica de Classificação durante toda a execução da pena. Somente nesses termos haverá possibilidade de se garantir o início da atividade laborativa em atividade compatível com a habilitação e condição pessoal do condenado. Posteriormente, o acompanhamento, durante o cumprimento da pena, pode proporcionar aos setores especializados do presídio, transferir o sentenciado para outro setor, onde possa aprimorar alguma habilidade ou profissão, bem como se poderá pensar nas necessidades futuras, quando deixar o cárcere. Em nossa visão, manter a atividade da Comissão Técnica de Classificação restrita a um exame inicial é manietar a execução, prejudicando-a seriamente.

É natural que o preso idoso, pessoa com mais de 60 anos, possa requerer o desempenho de atividade compatível com sua idade, pois a Lei 10.741/2003, no art. 26, prevê o seguinte: “O idoso tem direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas”.

Dispõe o art. 33 da Lei de Execução Penal que “a jornada normal de trabalho não será inferior a seis, nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados. Parágrafo único. Poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal”.

Estabelece o art. 33, *caput*, desta Lei, não dever ser inferior a seis, nem superior a oito horas diárias, com descanso aos domingos e feriados, mas, corretamente, prevê-se uma exceção no parágrafo único, com a fixação de horários especiais aos presos designados para serviços de conservação e manutenção do presídio. É o que se dá, por exemplo, a quem exerce as suas atividades na cozinha. Nos domingos e feriados, todos os presos se alimentam normalmente, razão pela qual alguém há de lhes preparar as refeições.

O condenado, trabalhando nesse setor, termina por exercer serviços aos domingos e feriados. Outro ponto que não é incomum. Para melhor aproveitamento do trabalho na cozinha, pode-se estipular uma jornada de doze horas, com descanso no dia seguinte. Esse dia trabalhado, na realidade, valerá por dois (como se cuidássemos de dois dias, com seis horas de serviço prestado



cada um).

### 3. BANCO DE HORAS

---

Devem ser computadas todas as horas trabalhadas pelo condenado, desde que em serviço reconhecido pela direção do presídio, não valendo atividades particulares de artesanato ou passatempo. No entanto, vários sentenciados terminam desenvolvendo o seu trabalho por um tempo inferior a seis horas diárias. Isso não significa que esse tempo será ignorado, pois não é o mínimo estabelecido em lei. Quer dizer, isto sim, devam ser anotadas no seu prontuário até que ele atinja o montante necessário por dia, durante os três dias para fazer jus à remição de um dia de pena.

Exemplo: o preso trabalhou 2 horas por dia naquela semana; na essência, os três dias de serviço (duas horas/dia) atingem o mínimo de seis horas; diante disso, atingindo as seis horas, completou um dia de trabalho. Ainda faltarão mais 12 horas para que ele possa ter reconhecido outros dois dias de trabalho, completando os três necessários para remir um dia de pena. Há julgados em sentido contrário, não aceitando o cômputo de horas avulsas para, posteriormente, formarem um *novo dia* de trabalho ou estudo. Entretanto, parece-nos injusta esta corrente, pois o preso trabalhou efetivamente. Não se pode igualar, para os mesmos fins, quem laborou seis horas num dia e quem o fez em oito horas. Se apenas seis horas de trabalho justificam um dia trabalhado, quem laborou por oito horas merece ter guardadas as suas duas horas excedentes para compor outro dia, posteriormente. Porém, há decisão do STF permitindo computar, para efeito de remição, o período de trabalho inferior a seis horas (ver o capítulo 9, item 8).

O art. 34 da LEP disciplina: “o trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado. § 1.º Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. § 2.º Os governos federal, estadual e municipal poderão celebrar convênio com a iniciativa privada, para implantação de oficinas de trabalho referentes a setores de apoio dos presídios”.

### 4. TRABALHO DO PRESO E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

---

Observa-se a preocupação da Lei de Execução Penal em entregar ao Poder Público a tarefa de organizar, supervisionar e coordenar o trabalho desenvolvido pelos condenados (art. 34, *caput* e § 1.º). Indica, inicialmente, uma fundação ou empresa pública. Afirma a viabilidade da celebração de convênios com a iniciativa privada para a implantação de oficinas de trabalho nos presídios (art. 34, § 2.º).

Na sequência (art. 35), busca-se facilitar a venda dos bens ou produtos advindos do trabalho do

preso, até mesmo com dispensa de licitação, aos órgãos da administração direta ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Se o valor pago por particulares for mais elevado, a este comércio dá-se preferência. As importâncias arrecadadas voltam-se às fundações ou empresas públicas, que organizaram o serviço. Na falta, ao estabelecimento penal. Em suma, a responsabilidade pelo trabalho do preso é do Poder Público, que pode até se valer da iniciativa privada, por convênios, para tanto, remunerando-se o preso e arrecadando-se valores ao próprio ente estatal.

Trabalho de condenado não pode gerar lucro para empresas privadas, pois é uma distorção do processo de execução da pena. O preso receberia, por exemplo, 3/4 do salário mínimo e produziria bens e produtos de alto valor, em oficinas montadas e administradas pela iniciativa privada, que os venderia e ficaria com o lucro, sem nem mesmo conferir ao condenado os benefícios da CLT (lembremos da vedação estabelecida pelo art. 28, § 2.º, desta Lei). Tal situação seria ilegal e absurda. O cumprimento da pena e o exercício do trabalho pelo preso não têm por fim *dar lucro*. É um ônus estatal a ser suportado. Se, porventura, houver lucro na organização e administração da atividade laborativa do condenado, a este e ao Estado devem ser repartidos os ganhos. Por ora, é a previsão legal.

Um dos principais aspectos do trabalho do preso para fins de remição é a sua regulamentação pelo estabelecimento prisional, reconhecendo-o formalmente. Portanto, se o condenado varre todas as celas por sua conta, sem a direção do presídio ter conhecimento, não poderá, depois, pleitear remição, pois inexistirá atestado de serviço prestado, fornecido pelo órgão competente. Sem o atestado, inexistente a viabilidade para a concessão da remição. Sob outro prisma, se o preso varre as celas e isso pode ser considerado um trabalho, o correto é ele requerer a sua regulamentação e controle; caso a direção do presídio se recuse, deve apresentar seu pleito ao juiz da execução penal. O importante é que o trabalho seja *efetivo e comprovado*. Sem isso, a remição não se viabiliza.

## **5. PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS**

---

Segundo cremos, há de se editar lei específica para reger tal situação. Antes disso, não se pode tolerar que a iniciativa privada assuma a direção de um estabelecimento penal, contrate funcionários e administre o trabalho do preso, bem como conduza as anotações em seu prontuário. As regras precisariam ser bem claras e discutidas com a sociedade e com a comunidade jurídica antes de qualquer implantação arrojada nesse sentido.

Tem-se notícia, entretanto, da falsa *privatização* de presídio, que não passa de uma *terceirização* de alguns serviços. O Estado continua a dirigir o presídio e manter os principais cargos diretivos. Contrata-se uma empresa para fornecer a segurança interna do estabelecimento, sem abrir mão, naturalmente, dos agentes penitenciários estatais. Seria o equivalente a *terceirizar* a alimentação dos presos, o que já é uma realidade em inúmeros presídios brasileiros.

Declina o art. 35 da LEP que “os órgãos da administração direta ou indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares. Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal”.

## 6. TRABALHO EXTERNO

---

Estabelece o art. 36 da Lei de Execução Penal o seguinte: “o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. § 1.º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra. § 2.º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho. 3.º A prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso”.

Não deve ser a regra, mas a exceção. O ideal, como vimos defendendo em notas anteriores, é que o Estado providencie, dentro dos estabelecimentos penais (regimes fechado e semiaberto), as condições e instalações necessárias para o desempenho do trabalho obrigatório dos sentenciados. Não há sentido na inserção do preso em serviços externos, especialmente quando se cuidar de condenados perigosos, com penas elevadas a cumprir, deslocando-se um número razoável de agentes de segurança para evitar fugas, a pretexto de não haver local próprio dentro do presídio.

Esse descaso estatal, em relação à falta de estrutura dos estabelecimentos penitenciários, precisa ser contornado, em nome da correta individualização executória da pena. Temos acompanhado, lamentavelmente, em algumas localidades, por todo o Brasil, situações incompatíveis com o preceituado nesta Lei. Por ausência de instalações apropriadas no estabelecimento fechado, mas também não tendo condições de providenciar escolta, alguns magistrados têm autorizado o trabalho externo do preso, sem nenhuma vigilância. É a consagração da falência do sistema carcerário, pois tal método de cumprimento da pena equivale ao regime aberto, ou seja, o presídio, para o regime fechado, torna-se autêntica Casa do Albergado, na prática. O prejuízo, nesse caso, quem experimentará será a sociedade, pois se a pessoa *deve* estar recolhida em regime *fechado*, não pode circular livremente pelas ruas, como se nenhuma punição houvesse. As consequências são imponderáveis e totalmente imprevisíveis.

Levando-se em consideração o que expusemos na nota anterior, não há nenhum impedimento legal para que condenados por crimes hediondos ou equiparados possam trabalhar fora do estabelecimento penal, desde que assegurada a devida escolta.

Do total de empregados na obra (serviço público ou privado) somente haverá o máximo de 10%

de presos, o que representa, mais uma vez, um demonstrativo da preocupação legislativa em prol da segurança, evitando-se fugas e garantindo-se a disciplina. Não se poderia controlar, a contento, evitando-se, inclusive, rebeliões eficientes, um contingente de 100 presos, por exemplo, em uma obra com outros 100 empregados. Entretanto, entre 1000 trabalhadores, é viável acolher um máximo de 100 condenados, formando nítida minoria dentre todos.

Segundo nos parece, colocado em trabalho externo, o preso deve perceber o mesmo montante que outro trabalhador, desempenhando exatamente as mesmas tarefas, recebe, respeitadas, logicamente, as situações peculiares, como, por exemplo, verbas e gratificações de ordem pessoal que o empregado pode ter e o preso não possuirá. Situação injusta e inadmissível seria pagar ao preso 3/4 do salário mínimo (art. 29, *caput*, desta Lei), quando o outro empregado recebe dois salários mínimos, por exemplo. Representaria pura exploração do trabalho de quem está cumprindo pena.

Somente para ilustrar, poder-se-ia chegar ao absurdo de “emprestar” trabalhadores presos a empresas privadas, que se encarregariam de contratar segurança privada para escoltar os condenados, desde que pudessem pagar salários ínfimos aos mesmos. O Estado não desembolsaria nada, as empresas teriam lucro certo e o preso perderia, pois desempenharia uma atividade sem a remuneração condigna. Lembremos que não há trabalho forçado no Brasil, equivalente ao desenvolvimento de tarefas em geral sem qualquer remuneração e de maneira compulsória, sob pena de punição.

Estando à disposição do Estado, é natural que possa o Poder Público determinar o melhor lugar para que o condenado desempenhe atividades laborativas, respeitada, naturalmente, a individualização executória da pena (suas condições pessoais e aptidão). Portanto, pode ser dentro ou fora do presídio, conforme o caso concreto. No entanto, para prestar serviços a entidade privada, até pelo fato de não haver vínculo trabalhista algum (art. 28, § 2.º, LEP), torna-se necessário obter a sua aquiescência *expressa*, o que implica, pois, na assinatura de termo adequado. Preso não pode, jamais, servir de *mão de obra barata* para empresas privadas.

O art. 37 da LEP disciplina que “a prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo”.

## **6.1. Requisitos para o trabalho externo**

Deve haver autorização da direção do presídio, não havendo necessidade de deferimento pelo juiz da execução penal. Entretanto, este poderá intervir, caso provocado, por exemplo, por condenado que se sinta discriminado pela direção do estabelecimento penal onde se encontre, se

outros presos, em igual situação, tiverem obtido tal autorização e ele esteja sem qualquer oportunidade de atividade laborativa, nem mesmo interna. Poderia ser instaurado um incidente denominado *desvio de execução* (art. 185, desta Lei). Ou, por praticidade, bastaria peticionar diretamente ao juiz da execução penal, solicitando a autorização para trabalho externo.

Para a obtenção da referida autorização, leva-se em conta a aptidão do preso (no tocante ao trabalho externo a ser realizado), sua disciplina (comportamento dentro do presídio onde se encontra) e sua responsabilidade (bom desempenho em atividades laborativas no estabelecimento onde está), além do cumprimento mínimo de um sexto da pena. Este último requisito é sensato. Não haveria nenhum sentido em se permitir ao condenado, recém-inserido no regime fechado, sem nem mesmo haver tempo para avaliá-lo, que pudesse prestar trabalho externo. Afinal, o art. 36, *caput*, desta Lei, prevê que se assegure a inviabilidade de fuga e condições ideais de disciplina. Após o cumprimento de um sexto da pena, torna-se possível analisar o comportamento do preso, justamente para detectar a sua aptidão, disciplina e responsabilidade.

Acrescente-se, ainda, que, também após um sexto do cumprimento da pena, ele já pode pleitear a progressão para o regime semiaberto, outro sinal de que poderá estar apto a dar início ao trabalho externo, independentemente da decisão judicial acerca da progressão. Há posição jurisprudencial privilegiando os requisitos pessoais do condenado em detrimento do tempo de pena cumprida, embora, em muitos casos, quando o tribunal toma conhecimento do agravo interposto pelo sentenciado, o período de um sexto já tenha decorrido.

## **6.2. Causas para a revogação do trabalho externo**

São três: a) praticar *fato* definido como crime. Neste caso, não é preciso haver processo criminal e condenação com trânsito em julgado, pois a lei é clara ao mencionar *fato definido como crime* e não simplesmente *crime*. Aliás, se fosse necessário aguardar a condenação definitiva, a medida de revogação perderia completamente a eficiência; b) cometer e ser punido por falta grave. Nesta situação, não basta o cometimento da falta grave (ver o art. 50 desta Lei), mas é necessário haver apuração e, em seguida, a devida punição; c) ter comportamento inadequado no trabalho que lhe foi designado, agir com indisciplina ou irresponsabilidade. A última hipótese espelha apenas o contrário dos requisitos necessários para a concessão do benefício do trabalho externo (art. 37, *caput*, LEP). Em qualquer hipótese de revogação arbitrária, sem causa justificada, pode o sentenciado provocar a instauração do incidente de desvio de execução (art. 185, LEP).

## **7. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA**

---

TJRS: “Descabida a concessão do trabalho externo nas condições requeridas pelo reeducando, vez que o afastaria do intuito da benesse, que é a ocupação produtiva, nos termos do art. 28 da

LEP, e não a liberdade irrestrita, na qual ele pode percorrer todo o meio externo, vez que exige ampliação da zona de monitoramento, sem sofrer qualquer tipo de fiscalização. Inviabilidade de um controle efetivo e idôneo sobre a atividade laboral diante das constantes viagens a serem realizadas pelo apenado como motorista, sequer se sabendo o lapso de sua duração, tornando difícil até mesmo para o empregador, que, por vezes, não poderá exercer a vigilância desejada sob o trabalho. Agravo desprovido” (Ag 70066641556 – RS, 3ª Câmara Criminal, rel. José Luiz John dos Santos, 26.10.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** o trabalho do preso é essencial ao seu processo de reeducação, mas, em qualquer regime, submete-se à fiscalização do Estado. Assim, enquanto não estiver livre de qualquer sanção penal, deve ocupar-se de atividade sob tutela estatal. Não há plena liberdade de trabalho, mesmo em se tratando de ocupação lícita.

TJRS: “Agravo em execução. Antecipação de pecúlio. Art. 29 da LEP. Excepcionalidade não evidenciada. O pecúlio visa atender as necessidades básicas do apenado posto em liberdade e que regressa ao convívio social, dando-lhe condições financeiras mínimas para assegurar a sua própria manutenção e de sua família, até que possa ser inserido no mercado de trabalho. Contudo, ainda que a entrega do valor seja condicionada à liberdade do apenado, pode o mesmo ser antecipado, de modo excepcional, se demonstrada a necessidade e urgência da medida, o que não se verifica no caso examinado. Agravo desprovido. Unânime.” (Ag 70071058200 – RS, 6ª Câmara Criminal, rel. Ícaro Carvalho de Bem Osório, 27.10.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** realizados os descontos previstos no art. 29, § 1.º, da LEP, o restante do dinheiro arrecadado destina-se à formação de um pecúlio, a ser utilizado quando deixar o cárcere. Excepcionalmente, pode o sentenciado fazer uso do referido pecúlio antes de ser solto; porém, há de ser por um motivo relevante, a critério do juiz das execuções.

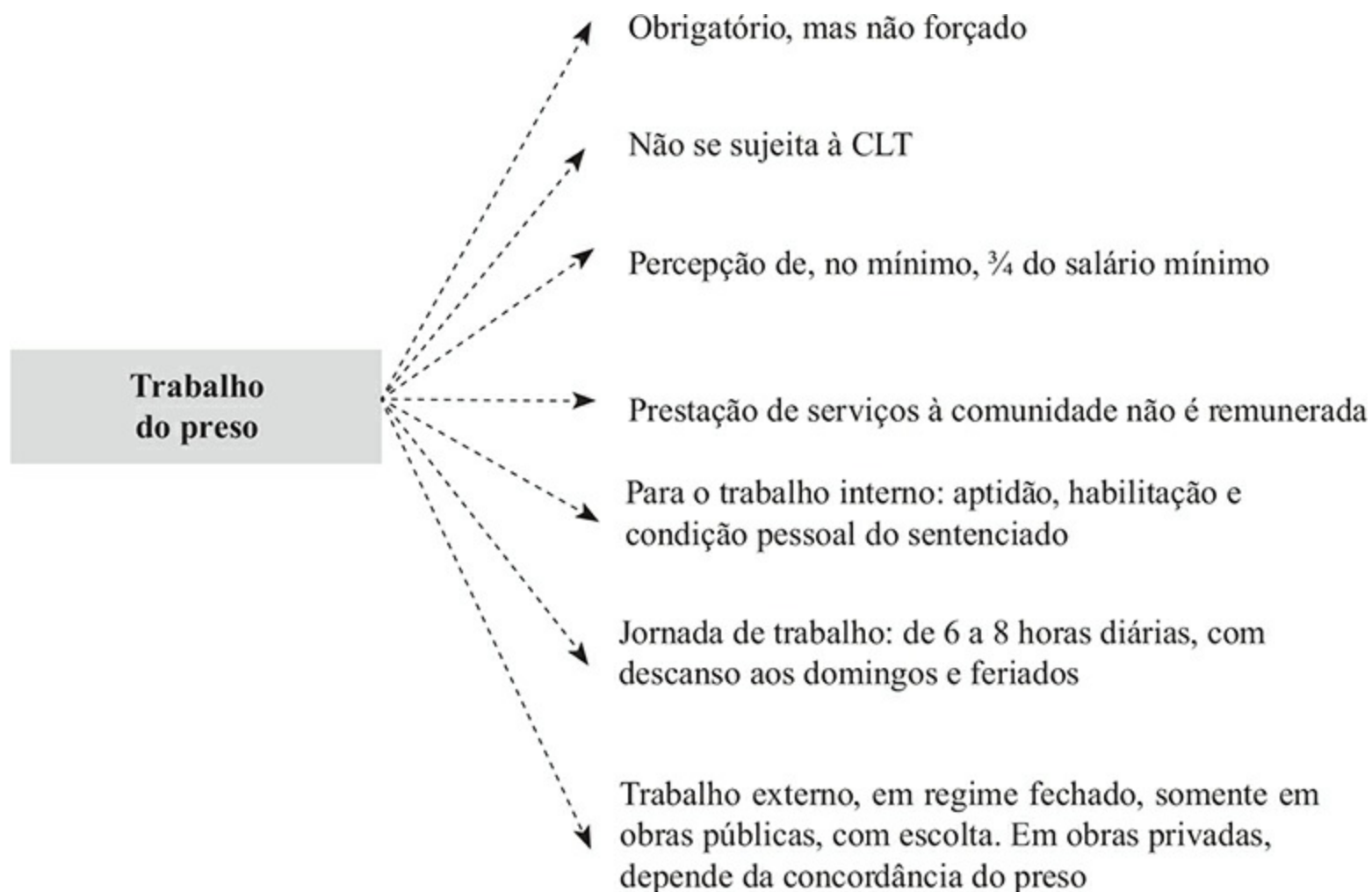
## 8. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Trabalho obrigatório:** significa que é *dever* do preso trabalhar durante o cumprimento da sua pena, não representando seja um trabalho *forçado*. Afinal, se optar por não trabalhar, nenhuma sanção direta sofrerá, mas apenas a anotação, no seu prontuário, de falta grave. A consequência será o impedimento a certos benefícios.

**Individualização executória da pena:** seguindo o princípio constitucional da *individualização da pena* (art. 5.º, XVI, primeira parte, CF), a sua natural sequência é a *individualização executória* da pena, permitindo que o juiz atribua (ou negue) benefícios ao condenado. Com isso, alguns passam mais anos em regime fechado; outros, menos. Alguns recebem livramento condicional; outros, não. E assim sucessivamente. A execução da pena é parte *viva* do direito penal, dependendo muito do comportamento do sentenciado.


**Trabalho externo:** o condenado, mesmo em regime fechado, pode trabalhar fora do presídio, desde que o faça sob vigilância. Posteriormente, quando estiver no regime semiaberto, poderá obter autorização para trabalhar fora, sem escolta. Ao final, no regime aberto, é dever do preso trabalhar lícitamente.



---

<sup>1</sup> *Direito penal na Constituição*, p. 133.

<sup>2</sup> *Comentários à lei de execução penal*, p. 61.



## Capítulo VI

# Dos deveres, dos direitos e da disciplina

### 1. DEVERES DO CONDENADO

---

Dispõe o art. 38 da LEP cumprir “ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena”.

Compreendemos o disposto neste dispositivo como uma consequência natural do explicitado no art. 38 do Código Penal: “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Na mesma esteira, não se deve olvidar o preceituado no art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal: “é assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral”. É certo que qualquer sentenciado sofre a natural diminuição da sua liberdade em geral, pois o Estado, detentor do poder punitivo, fará valer a sanção aplicada pelo juiz. Logo, em especial no tocante ao preso, não há como evitar as obrigações legais inerentes ao seu estado, como aceitar a privação da liberdade de ir, vir e ficar; a estreiteza do seu direito à intimidade, em particular pelo permanente acompanhamento e pela constante vigilância; a diminuição do seu direito de se associar, de se comunicar com terceiros, de ter um *domicílio como asilo inviolável* (a cela, embora seja seu lugar de permanência, não pode ser considerada sua casa); a imposição de horários para se alimentar e para dormir, entre outros fatores.

O condenado a pena restritiva de direitos sofre outras privações, inerentes ao seu estado, que é diverso do preso. O sentenciado à pena pecuniária sofre o constrangimento estatal incidindo sobre seu patrimônio, não deixando de ser um cerceamento. Entretanto, há deveres do condenado, enumerados no art. 39 desta Lei, especialmente voltados aos que estão inseridos em estabelecimentos penais. Em suma, deve-se respeitar o sentenciado como *sujeito* de direitos – não devendo ser tratado



como *objeto* – mas sem a hipocrisia de se pretender que seja considerado no mesmo patamar de direitos e garantias em que se encontra o cidadão livre de qualquer condenação.

*In verbis*: “constituem deveres do condenado: I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; VI – submissão à sanção disciplinar imposta; VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X – conservação dos objetos de uso pessoal. Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo”.

Apresentar um comportamento disciplinado somente pode ter relação com o preso, o que é natural para quem está inserido em outra forma de vida comunitária, como a firmada no estabelecimento penal onde se encontra. *Disciplina* (submissão a ordens, regulamentos ou normas) é, como dissemos, mais propícia a se exigir do condenado preso. Os sentenciados a penas restritivas de direitos e pecuniárias têm avaliação mais branda nesse contexto. Imagine-se o condenado a pena de multa.

Na atual configuração da pena pecuniária (como dívida ativa da Fazenda Pública, conforme art. 51, CP), estaria ele sendo *indisciplinado* ao não a pagar? É evidente que não, pois o próprio Estado incumbiu-se de abolir a conversão da pena de multa em prisão (Lei 9.268/96), logo, excluiu a *disciplina* desse cenário. Por outro lado, há atos de *indisciplina*, ainda que manifestados pelo preso, configurando faltas graves (ver o rol do art. 50 desta Lei) e outros, desconsiderados como tais. Sob outro aspecto, estabelecer como *dever* do condenado *cumprir* fielmente a sentença condenatória é outra situação que beira a utopia. Quem, em sã consciência, quer ser privado de seus direitos mais importantes, como a liberdade? Aliás, não fosse assim e, há muito, já se deveria ter a *fuga* do cárcere (ou após proferida a sentença condenatória definitiva) como crime. Somente a fuga (ou tentativa), praticada com violência ou grave ameaça à pessoa, o é (art. 352, CP). No mais, fugir é uma alternativa para o preso, sem qualquer consequência, se ele ainda não foi inserido no sistema carcerário, ou considerada falta grave, se já estiver cumprindo pena. Por isso, deve-se interpretar com parcimônia o disposto no art. 39, I, desta Lei.

Quanto à obediência e respeito, esses deveres devem ser, sem dúvida, cumpridos, pois não há condição de convívio digno em estabelecimento penal ou em lugar destinado a cumprir penas restritivas de direitos sem sujeição a determinadas regras nem deferência em relação a outras pessoas com as quais deve existir natural convivência. Aliás, a infração a esses deveres constitui falta grave, nos termos dos arts. 50, VI, e 51, III, desta Lei.

A civilidade no trato, embora o ambiente carcerário seja, em grande parte das situações, regido por violência, domínio, imposições de toda ordem e constituído por um sistema próprio de regras

rígidas, criadas pelos próprios presos, a lei busca o ideal, que é garantir, como dever do condenado, o exercício de civilidade, ou seja, o respeito mútuo entre os sentenciados. Esse dever, na essência, já está contido no inciso II, quando se refere a lei ao “respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se”.

Demandar, como dever do preso, manter *conduta oposta* às atividades daqueles que pretendem fugir do presídio é, praticamente, exigir o impossível. Ambientes carcerários não são paraísos, nem conventos, onde as regras ideais são as que prevalecem, ao contrário, como já mencionamos anteriormente, constituem espaços de disputa, com normas peculiares e próprias, diversas do Direito posto. Exemplo disso é a “lei”, impositiva de “pena de morte”, executada por qualquer um, ao delator. Portanto, reclamar do preso que se oponha a quem pretenda fugir é, basicamente, inaceitável.

Cuida-se de autêntico *estado de necessidade*, em inúmeros casos, participar da fuga, sob pena de *morrer*, antes mesmo de ter conduta *oposta* a quem pretenda evadir-se. Pretendemos evidenciar com isto que a inserção, no prontuário do preso, de falta grave porque não “se opôs” às escapadelas de terceiros soa injusto e não deve ser acolhido pelo magistrado, se for o caso, como situação impeditiva para o recebimento de benefícios. No mais, parece-nos razoável o dever de se abster de participar da subversão à ordem ou à disciplina. Nesta hipótese, entretanto, há a participação ativa e a passiva. cremos que o dever imposto pelo art. 39, IV, diz respeito à forma ativa, isto é, liderar e movimentar-se ostensivamente para organizar motins e rebeliões. Aquele que, simplesmente, permanece calado ou, passivamente, acompanha a subversão por outrem liderada ou organizada não deve ser considerado autor de falta grave.

Ressaltamos, mais uma vez, que o trabalho, em variados formatos, é parte importante da execução da pena, razão pela qual é *dever* do condenado, logo, obrigatório. O Estado não pode *forçá-lo* a cumprir qualquer atividade, tarefa ou ordem, mediante punição (como, por exemplo, a inserção em solitária), mas tem o direito de considerar sua atitude inercial como falta grave (arts. 50, VI, 51, III, LEP). Assim ocorrendo, deixará o preso, no futuro, de receber benefícios, v.g., a progressão para regime menos gravoso. Na situação do condenado à pena restritiva de direitos, a recusa ao trabalho lícitamente imposto pode proporcionar a reconversão para pena privativa de liberdade.

Quanto à sujeição à sanção, parece-nos que tal *dever* nem precisaria constar do texto legal, pois é consequência mais do que óbvia. Se houve a imposição de uma sanção disciplinar justa, com base legal, torna-se mais do que lógico dever o condenado cumpri-la. Seria o mesmo que inserir no Código Penal que, havendo a condenação definitiva, é dever do sentenciado cumprir a pena.

No tocante à indenização da vítima ou sucessores, inserir esse *dever* no contexto da Lei de Execução Penal é mera decorrência dos vários preceitos existentes no Código Penal, buscando priorizar a reparação do dano ao ofendido. Dentre eles, pode-se citar, como exemplo, o principal, previsto no art. 91, I, do Código Penal: “São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (...)”. A infração a tal dever não foi incluída como falta grave

nesta Lei, porém, pode acarretar prejuízos ao sentenciado ao longo do cumprimento da pena. Ilustrando, para a obtenção de livramento condicional, deve demonstrar ter reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo (art. 83, IV, CP).

Em relação à indenização ao Estado, cuida-se de dever razoável e lógico, porém, de difícil concretização. Além de muitos presos receberem parca remuneração, quando conseguem trabalhar no presídio onde se encontram, destina-se ela a várias outras prioridades, como a indenização à vítima, à assistência à família (embora exista o auxílio-reclusão), à satisfação de despesas pessoais, ao pagamento de eventual multa aplicada, sem olvidar a formação do pecúlio, destinado à sua saída futura do cárcere.

A higiene e asseio são termos correlatos, cujo significado é, na essência, *limpeza*. Deve o preso manter-se asseado, bem como assegurar que a cela, onde habita, assim também permaneça. Quando a lei menciona *alojamento*, refere-se à acomodação coletiva do sistema semiaberto. Lembremos que tal dever será acompanhado da atividade estatal de lhe proporcionar cela individual, nos termos do art. 88 desta Lei. Não se pode exigir salubridade e limpeza em um ambiente superlotado e promíscuo na prática.

A conservação dos objetos de uso pessoal liga-se este dever ao material que lhe é destinado pelo estabelecimento penal onde se encontre (como vestuário ou o colchão onde dorme) , pois não se pode exigir do preso que mantenha bem conservado aquilo que é, exclusivamente, seu, recebido, por exemplo, da família.

Os deveres do preso provisório são compatíveis os deveres previstos nos incisos I, primeira parte, II, III, adaptando-se o termo *condenados a presos*, IV, V (embora facultativo o trabalho, conforme previsão do art. 31, parágrafo único, desta Lei, hoje, há interesse para o preso provisório, pois existe o benefício da execução provisória da pena), VI, IX e X do art. 39.

## **2. DIREITOS DO CONDENADO**

---

Impõe o art. 40 da LEP “a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Trata-se de uma decorrência do previsto no art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal, bem como do art. 38 do Código Penal.

Conforme preceituado pelo art. 41 da Lei 7.210/84, são direitos do preso: “I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – previdência social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento

salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento”.

Quanto a alimentação e vestuário, soa óbvia essa previsão, pois seria inconsequente e inviável que o Estado mantivesse alguém encarcerado deixando-o sem alimentos, em quantidade suficiente para manutenção da sua saúde, e vestimenta. A pena seria cruel e poderia levar, inclusive, à morte, o que é vedado pela Constituição Federal (art. 5.º, XLVII, *a e e*).

Porém, faremos duas ressalvas: a) quanto à alimentação, temos defendido que o Poder Público deveria incentivar a instalação e organização de cozinhas dentro dos presídios, como forma viável de abrir inúmeros postos de trabalho aos condenados, evitando-se a *terceirização* do serviço, sob o pretexto de ser mais econômico. Assim, eles seriam os responsáveis pelo preparo da própria alimentação, auferindo, também, as vantagens inerentes à remição; b) quanto ao vestuário, parece-nos viável que o preso possua uniforme, até para ser facilmente identificado dentro do estabelecimento penal, desde que se opte por algo que não o ridicularize.

O trabalho remunerado, segundo nos parece, é um dos principais direitos do preso. Não somente porque a própria lei prevê o exercício de atividade laborativa como *dever* do condenado, mas também por ser oportunidade de obtenção de redução da pena, por meio da remição (arts. 126 a 130, LEP). Além do mais, constitui a mais importante forma de reeducação e ressocialização, buscando-se incentivar o trabalho honesto e, se possível, proporcionar ao recluso ou detento a formação profissional que não possua, porém deseje. Lembremos, ainda, que o trabalho, condignamente remunerado, pode viabilizar o sustento da família, das suas necessidades pessoais, bem como tem o fim de indenizar a vítima e o Estado, além de permitir a formação do pecúlio, dentre outras necessidades.

Sobre a previdência social, dispõe o art. 39 do Código Penal que o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social. Remetemos o leitor à nota 45 ao art. 29, em que cuidamos desse tema.

O pecúlio é uma reserva em dinheiro, que lhe servirá de lastro para retomar sua vida em liberdade, assim que findar o cumprimento da pena, for colocado em liberdade condicional ou ingressar no regime aberto. É a figura similar à “caderneta de poupança”, que muitas pessoas mantêm em bancos para lhes garantir maior conforto material no futuro ou o atendimento de alguma necessidade emergencial.

Quanto à distribuição de tempo, devem as autoridades administrativas encarregadas de ordenar o programa do dia de cada preso atentar para a proporcionalidade natural entre trabalho, descanso e

recreação, de modo a não transformar, por exemplo, o trabalho em algo exagerado, a ponto de atingir o grau de penalidade cruel. Por outro lado, também não se pode descuidar da possibilidade de se reduzir eventual jornada de recreação em prol de uma extensão na atividade laborativa no interesse do próprio condenado, como faculta o art. 33, parágrafo único, desta Lei. Em suma, imperando o bom senso, nenhuma das partes (Administração e preso) sai prejudicada.

Ingressando em recinto prisional, o condenado pode manter as mesmas atividades que já desenvolvia antes do encarceramento, desde que compatíveis com a execução da pena. Por isso, se trabalhava em atividade artística, por exemplo, pode efetuar a composição de uma música ou a redação de um livro, ainda que esteja em regime fechado, devendo a administração do presídio assegurar-lhe espaço para tanto. Por outro lado, não é compatível com o regime fechado que um preso saia em turnê pelo Brasil, promovendo shows de suas músicas. A cautela do inciso VI do artigo 41 é correta: o sentenciado pode desenvolver qualquer atividade profissional, intelectual, artística ou desportiva anterior à prisão, desde que haja compatibilidade com o novo sistema vivenciado.

Sobre o direito à assistência estatal, são meras decorrências da obrigação do Estado de prover as necessidades básicas do preso e do internado, conforme disposto nos arts. 10 e 11 da Lei de Execução Penal.

A Constituição Federal explicita, no art. 5.º, XLIX, ser assegurado ao preso o respeito à integridade física e *moral*. Essa decorre, dentre outros fatores, do direito à honra e à imagem (art. 5.º, X, CF). Associam-se tais dispositivos ao preceituado no art. 38 do Código Penal, no sentido de que devem ser preservados todos os direitos do preso não atingidos pela condenação. Em suma, a honra e a imagem de quem é levado ao cárcere já sofrem o natural desgaste imposto pela violência da prisão, com inevitável perda da liberdade e a consequente desmoralização no âmbito social. Por isso, não mais exposto deve o condenado ficar, enquanto estiver sob tutela estatal.

É, pois, razoável e justo que se proteja o sentenciado contra qualquer forma de sensacionalismo (exploração escandalosa da imagem de alguém ou de fatos). Aliás, a mesma meta está prevista no art. 198 da LEP. Deve ser ressaltada, no entanto, a hipótese de desejar o preso se expor a uma entrevista ou reportagem de órgão de imprensa, de maneira espontânea, por qualquer razão pessoal. Porém, ainda assim, se estiver sob proteção do Estado, impõe-se o dever da administração do presídio de evitar situações humilhantes de qualquer nível.

O direito de defesa ao preso deve ser assegurado todo direito não atingido pela condenação e pela prisão. É mais do que óbvio que o direito à ampla defesa (art. 5.º, LV, CF) jamais lhe será retirado, ainda e especialmente durante o cumprimento da pena. Por isso, necessita avistar-se com seu advogado sempre que for imprescindível para a sustentação do referido direito à ampla defesa.

Aliás, sob a ótica do defensor, dispõe o art. 7.º, III, da Lei 8.906/94, constituir direito do advogado “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda

que considerados incomunicáveis”. A entrevista deve ser pessoalmente assegurada, bem como o seu sigilo, sem a invasão de terceiros nessa conversação. Inexistem, no entanto, em nosso ponto de vista, direitos absolutos, mesmo de *status* constitucional, merecendo haver harmonia entre a proteção do direito de defesa, por exemplo, e o direito da coletividade à segurança pública. Portanto, cuidando-se de preso recolhido em regime especial (como, v.g., o RDD – art. 52 desta Lei), as cautelas para a entrevista serão redobradas. O ingresso do advogado no presídio pode ser dificultado, mas jamais totalmente afastado. Um condenado integrante do crime organizado pode ter o acesso a seu defensor sob maior supervisão estatal, porém sem haver a supressão desse direito. Da mesma forma que não se deve admitir o impedimento absoluto da entrevista de um preso, por mais perigoso que possa ser considerado, com seu defensor, também não se pode tolerar que o mesmo condenado, ilustrando, constitua dezenas de advogados e passe a falar com cada um deles diariamente. Abusos de parte a parte precisam ser coibidos.

Garante-se o direito de entrevista pessoal e reservada, sem escuta de terceiros, com o advogado, mas não se deve aceitar exageros na frequência e na variedade de defensores, a fim de não se deturpar a finalidade da norma que lhe assegura direito de *defesa* e não de liderar atos ou organizações fora do cárcere, valendo-se de terceiros.

Quanto ao direito de visita, o acompanhamento da execução da pena por parentes, amigos e, em particular, pelo cônjuge ou companheiro(a) é fundamental para a ressocialização. Feliz do preso que consegue manter, de dentro do cárcere, estreitos laços com sua família e seus amigos, que se encontram em liberdade. O Estado deve assegurar esse contato, estabelecendo dias e horários determinados para o exercício desse direito.

O chamamento nominal é uma das formas mais sutis de manutenção da dignidade da pessoa humana, vale dizer, ser chamado pelo seu nome e não por um número ou um apelido qualquer. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela decisão condenatória e o respeito à sua honra e à sua imagem faz parte disso. Logo, inexistente sentido para “numerar” os presos, a não ser pelo indeclinável desgaste de “despersonalizá-lo”, para que se sinta mais objeto que pessoa.

A individualização executória da pena, corolário natural do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, primeira parte, CF), demonstra a sua importância ao, aparentemente, mitigar até mesmo a igualdade de todos perante a lei. Em verdade, segundo o nosso pensamento, a individualização aproxima-se da isonomia, ou seja, deve-se tratar desigualmente os desiguais, fazendo com que a autêntica forma de igualdade seja observada.

Na realidade, todos os presos devem ser tratados com igualdade, porém *na forma da lei*. Esta, por sua vez, seguindo parâmetros identicamente constitucionais, estabelece critérios de merecimento para a obtenção de diversos benefícios. O condenado com bom comportamento pode progredir do regime fechado ao semiaberto, por exemplo. O que ostenta mau comportamento, por outro lado, permanece no fechado. E todos continuam iguais perante *a lei*. Entretanto, o preceito do inciso XII deste artigo 41 é correto, ao estipular como regra a igualdade e, excepcionalmente, as exigências da

individualização da pena. Não se poderia, ilustrando, colocar um preso de mau comportamento em uma cela insalubre e outro, de bom comportamento, em cela ideal, tal como moldada pela Lei de Execução Penal. Essa medida estatal seria inconstitucional, seja porque fere a igualdade de todos *perante a lei*, seja porque não segue os parâmetros da individualização da pena.

Quanto ao direito de audiência, inserido em um estabelecimento penal, que passa a ser a sua comunidade, é natural ter o direito de se avistar com o diretor do presídio, para que possa apresentar eventual reclamação, sem intermediação de outros funcionários ou agentes de segurança, bem como propor alguma medida ou apresentar sugestão. O direito não deve ser absoluto, mas regrado. O diretor-geral não pode negar-se sistematicamente a receber os presos em audiência, mas pode impor limites e condições, em nome da disciplina e da segurança.

O direito de petição é reflexo do direito constitucional de petição: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5.º, XXXIV, CF). A isso, devemos acrescentar o direito de se socorrer do Poder Judiciário, sempre que for conveniente, fazendo-o, também por petição, diretamente, afinal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...)” (art. 5.º, XXXV, CF).

No tocante ao contato com o mundo exterior, há variadas formas de se manter um preso em contato com o mundo alheio ao estabelecimento penitenciário: acesso a jornais, revistas, livros e programas de rádio e televisão. Nestas situações, deve a direção do estabelecimento privilegiar os meios de informação úteis ao processo de reeducação ao qual se submete o sentenciado. Não se trata de uma mera *censura* a programas de rádio e TV ou a periódicos escritos, por capricho da direção do presídio, mas uma medida salutar de seleção dos informes ajustados a quem se encontra preso.

Lembremos que ao condenado são assegurados todos os direitos não atingidos pela decisão condenatória, razão pela qual a sua liberdade de acessar todo e qualquer programa ou informação é, também, limitada. Registremos a existência da *Internet* na vida em sociedade, igualmente levada para os estabelecimentos penais, em face de aulas de informática e outros benefícios de lazer e aprendizado. Alguns *sites* podem ser vedados ao preso (ex.: de conteúdo pornográfico ou alusivo a armas, bombas, atos ilícitos etc.). No mesmo prisma, pode ser válido o impedimento a um filme violento, cuja temática é, v. g., uma rebelião em um presídio. Enfim, a lei está correta ao mencionar que é garantido o acesso ao mundo exterior, porém sem comprometer a moral e os bons costumes. Além disso, em formato privado, existe a correspondência escrita, sempre dirigida (ou recebida) em relação a alguém específico. Nesta hipótese, admitimos a possibilidade de abertura da correspondência, com acompanhamento do seu teor, pois o emitente ou o destinatário está preso, logo, não tem *total e completo* acesso ao mundo exterior.

Não fosse assim e estaríamos privilegiando um direito absoluto, quando todos são relativos, merecendo harmonização com os demais. Maiores detalhes, desenvolvemos na nota 21 ao art. 240, em nosso *Código de Processo Penal comentado*, inclusive mencionando acórdão do STF,

autorizando o conhecimento do conteúdo da correspondência, para que não se transforme em veículo da concretização de atos ilícitos. Aliás, muito alarde hoje se faz em razão do celular, que invadiu as penitenciárias por todo o Brasil. Ora, se a correspondência tornar-se inviolável, em qualquer circunstância, o preso poderá interagir com o(s) comparsa(s) do crime, que está(ão) fora do cárcere, por cartas, independentemente do uso do telefone celular.

Há o direito de receber informação quanto à pena, o que é correto para que o preso tenha, no mínimo uma vez por ano, um panorama da sua condenação. Por isso, cabe ao juiz da execução penal, que controla o cumprimento da pena, informar ao preso, por atestado, o montante a cumprir, a parcela já extinta, os benefícios eventuais auferidos, aqueles que foram indeferidos, enfim, um relatório completo da execução no último ano. Menciona o inciso XVI deste artigo que o atestado de pena envolve a “pena a cumprir”, vale dizer, espelharia o futuro. Entretanto, para atingir, corretamente, o montante *a cumprir*, torna-se necessário, em grande parte das vezes, informar o estágio atual e passado da execução. O preso pode ter mais ou menos pena a cumprir, conforme os benefícios recebidos ou indeferidos. Parece-nos, pois, deva o atestado ser completo.

O preso de mau comportamento e, pior, de atitudes agressivas e rebeldes, pode ficar privado do exercício do trabalho ou da recreação (do descanso não há sentido, pois equivaleria a empreender o trabalho forçado), bem como pode deixar de receber visitas por determinado período. Finalmente, pode ser privado de acesso ao mundo exterior, ao menos em relação àquelas atividades que representam lazer (como assistir TV). São formas de disciplina, sob tutela do diretor do estabelecimento penal, a serem exercidas motivadamente. O formato da medida pode ser total (suspensão) ou parcial (restrição), porém, sempre por tempo determinado. Note-se, ainda, o disposto no art. 53, III, desta Lei, demonstrando que tais ações da direção devem ter por base a aplicação de sanção disciplinar. Lembremos, uma vez mais, que o acesso à correspondência do preso não é sanção, mas medida de cautela e segurança.

## **2.1. Visita íntima**

A visita íntima constitui uma polêmica. O disposto no inciso X do artigo 41 não atinge, por óbvio, tal “direito”. Logo, deve ser considerado um *direito* se a administração do presídio – como tem ocorrido na maior parte deles – permitir tal exercício generalizadamente. Por uma questão de aplicação do princípio constitucional da igualdade, não é cabível permitir que alguns tenham contato sexual com seus parceiros ou parceiras e outros, não. Ainda que institucionalizado pela tradição – há anos, vários presos já usufruem de tal direito nos estabelecimentos penais – como forma salutar de evitar a violência sexual e também para incentivar o contato com a família e com o mundo exterior, não se pode considerá-lo um *direito absoluto*.

Por outro lado, cremos ser necessário democratizar – e legalizar – esse *novo* direito à visita íntima, permitindo que o maior número possível de presos dele possa fazer uso, sem preconceitos,



discriminações de toda ordem e com regras e critérios previamente estabelecidos. O preso casado pode ser beneficiado, pois seu cônjuge cadastra-se e passa à esfera de conhecimento da autoridade. E o solteiro? Como exercer o direito à visita íntima, vale dizer, à relação sexual com pessoa do sexo oposto ou mesmo com pessoa do mesmo sexo, mas que lhe seja próxima ou com quem tenha laços afetivos? Parece-nos que, havendo o cadastro e o registro da pessoa com quem o preso pretende relacionar-se, não deve a administração vetar-lhe o direito somente porque não se trata de cônjuge ou companheiro(a).

Ora, o direito à visita íntima não se encontra previsto em lei, originando-se do costume adotado pelas direções dos presídios, de modo que não pode encontrar barreira justamente em critérios subjetivos e, por vezes, preconceituosos. Se o casado pode manter relação sexual com sua esposa, o mesmo valendo para aquele que mantém união estável, é preciso estender o benefício ao solteiro, que pode eleger a pessoa que desejar para tal fim. Sob tutela estatal, com fiscalização e controle, o ganho para a ressocialização será evidente. Naturalmente, o preso inserido em regime disciplinar diferenciado (RDD), com visitas limitadas (ver o art. 52, III, LEP), não tem como usufruir de visita íntima, em qualquer forma que seja. Prevalece, neste último caso, a segurança pública em detrimento do direito individual. É indiscutível haver pontos negativos, levantados por parcela da doutrina: a) o direito à visita íntima retira o controle integral do Estado em relação aos contatos entre presos e pessoas de fora do estabelecimento penal; b) permite-se, dessa forma, o ingresso de instrumentos e aparelhos celulares, pois não se consegue fazer a revista pessoal no visitante de maneira completa, até por ser uma questão de invasão de privacidade; c) pode-se incentivar a prostituição, uma vez que o preso solteiro, pretendendo fazer valer o direito, tende a servir-se desse tipo de atendimento; d) se a prisão não deixa de ser um castigo, a possibilidade de acesso ao relacionamento sexual periódico torna a vida no estabelecimento prisional muito próxima do cotidiano de quem está solto; e) o ambiente prisional não é adequado, nem há instalações próprias para tal ato de intimidade, podendo gerar promiscuidade; f) há presos que são obrigados a *vender* suas mulheres a outros, para que prestem favores sexuais em virtude de dívidas ou outros aspectos. Como mencionamos linhas atrás, não comungamos dessas objeções. O direito à visita íntima é, em nosso ponto de vista, um mal menor. Não somente incentiva a ressocialização como inibe a violência sexual entre presos, aspectos de maior relevo, a merecer a consideração do legislador, regulamentando-o na Lei de Execução Penal.

Por derradeiro, vale lembrar que o Decreto Federal 6.049/2007 ingressou no contexto da visita íntima e, pior (a matéria deve ser tratada em *lei*), delegou a disciplina do assunto ao Ministério da Justiça. Conferir: “Art. 95. A visita íntima tem por finalidade fortalecer as relações familiares do preso e será regulamentada pelo Ministério da Justiça. Parágrafo único. É proibida a visita íntima nas celas de convivência dos presos”. No Brasil, o princípio da legalidade é, de fato, relegado a plano secundário em muitos setores e planos da administração pública.

Na esteira das regulamentações de direitos por meio de atos administrativos, em vez de lei,

segue-se a Portaria 718, de 28 de agosto de 2017, disciplinando a *visita íntima*, no âmbito dos presídios federais. Esta portaria não tem validade para o cenário estadual. O que se espera, em verdade, é a edição de uma lei federal para impor as normas em relação ao importante e delicado tema dos relacionamentos sexuais em presídios brasileiros.

Aprovados ou rejeitados os artigos da Portaria 718/2017, o principal fato é que não é esse o veículo correto para disciplinar um *novo* direito do preso, surgido após a edição da Lei de Execução Penal, que data de 1984. A lei federal deveria disciplinar o tema. À sua falta, ao menos, cada Estado-membro deveria editar lei estadual sobre o assunto. Estão se lançando para o berço da Administração alguns pontos relevantes pertinentes à execução da pena.

## **2.2. Direitos dos presos provisórios**

Segundo dispõe o art. 42 da LEP, “aplica-se ao preso provisório e ao submetido à medida de segurança, no que couber, o disposto nesta Seção”. São compatíveis os previstos nos incisos I, II (o trabalho é facultativo, mas, se exercido, deve ser remunerado), III, IV (o pecúlio é, tipicamente, voltado ao condenado, mas o preso provisório pode levar muito tempo até ser definitivamente julgado, motivo pelo qual, se trabalhou, pode também ter formado uma reserva em dinheiro), V, VI (depende, neste caso, do lugar onde se encontra recolhido), VII, VIII, IX, X, XI, XII (hoje, admite-se a execução provisória da pena, de forma que tem aplicação este inciso), XIII, XIV, XV. O único direito que não lhe diz respeito é o atestado de pena (inciso XVI), até pelo fato de não haver pena definitiva a cumprir.

## **2.3. Direitos dos internos**

Quanto aos direitos dos internos, podem ser aplicados todos os direitos dos presos provisórios, a depender do seu estado de saúde. Afinal, a meta principal da medida de segurança é a cura e não a reeducação, motivo pelo qual é possível que se tenha um interno recebendo somente medicação, sem a menor condição de trabalhar. Assim ocorrendo, não se fala, por exemplo, em “atribuição de trabalho e remuneração”. Depende, portanto, de cada caso concreto. O ideal seria que, melhorando em seu quadro clínico, pudesse tanto trabalhar, como formar pecúlio, gozar de atividades de recreação e até mesmo estudar, dentre outros direitos.

O art. 43 da LEP preceitua ser “garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento”. No parágrafo único: “as divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo juiz de execução”.

Embora, aparentemente, consista num direito sem maiores consequências, na realidade, transmuda-se para uma forma de discriminação em face do poder aquisitivo do interno. Pessoas provenientes de famílias de posses poderão obter a assistência e o acompanhamento de médico

particular, muitas vezes com maior conhecimento e/ou titulação que o médico do Estado, permitindo que sejam liberadas de maneira mais célere. Por outro lado, uma gama imensa de internos, sem poder aquisitivo à altura desse “direito”, fica circunscrita a médicos oficiais, podendo haver descuido do Estado em manter um número razoável de profissionais, levando à maior lentidão nas suas avaliações periódicas. Pensamos que, nesse aspecto, o ideal seria a igualdade de todos perante a lei.

Em outras palavras, a orientação e acompanhamento se fazem pelo médico oficial, para ricos ou pobres. Qualquer conturbação ou lentidão, durante a execução da medida de segurança, necessitaria ser resolvida de igual maneira para todos os internos, inclusive com a interferência do juiz da execução penal. A permissão para o acompanhamento do médico particular, permitindo, inclusive, que este divirja do perito oficial, levando o caso à resolução do juiz, cria um privilégio, em nosso entendimento, inadmissível. Seria o mesmo que o preso de posses exigir o acompanhamento dos trabalhos de individualização executória da pena, realizado pela Comissão Técnica de Classificação, por profissionais particulares por ele contratados, emitindo um laudo divergente. Se tal situação não é permitida, não vemos a razão de se autorizar a intervenção do médico particular no cumprimento da medida de segurança.

Quanto a eventual divergência entre o médico particular e o oficial, parece-nos que, nessa hipótese, a única solução viável é a aplicação, por analogia, do disposto no art. 180 do Código de Processo Penal: “se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos”.

### **3. DISCIPLINA**

---

O cumprimento às regras gerais de um estabelecimento penal ou de qualquer lugar onde se efetue a execução da pena é fundamental tanto para o condenado como para quem administra o local. Por isso, corretamente, estabelece esse artigo que o sentenciado deve colaborar com a ordem, obedecer às determinações emanadas das autoridades e seus agentes, bem como desempenhar algum trabalho. Nota-se, mais uma vez, que o trabalho, especialmente do preso, é um dever (art. 39, V, LEP), um direito (art. 41, V e VI, LEP) e também um corolário da disciplina. É natural deduzir que determinações abusivas constituem desvios de execução, cabendo ao preso representar a quem de direito, podendo ser tanto ao diretor-geral como ao juiz da execução penal (art. 41, XIV, LEP).

No caso de prisão provisória, é mais que natural exigir-se do preso a mesma disciplina que se aguarda do condenado definitivo, seja porque ambos podem conviver no mesmo presídio – embora se espere, ao menos, que estejam em alas separadas – como também pelo fato de o preso provisório contar com a possibilidade de execução provisória da sua pena, o que lhe vai exigir prova de bom comportamento carcerário, logo, disciplina. Por outro lado, há penas restritivas de direitos que

inserir o condenado em contato com outros trabalhadores, além de poder ter acesso a pessoas carentes de um modo geral, o que redobra o cuidado com a observância às regras e normas do estabelecimento. Como exemplo maior, temos a prestação de serviços à comunidade, demandando respeito aos regulamentos dos orfanatos, hospitais, creches, asilos etc., locais onde o sentenciado deverá cumprir sua pena.

### 3.1. Legalidade

A execução penal, como não poderia deixar de ser, constituindo a efetivação do poder punitivo do Estado, exige o respeito à legalidade. Portanto, da mesma forma que inexistente crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine (art. 5.º, XXXIX, CF; art. 1.º, CP), demanda-se que não haverá falta nem sanção disciplinar sem *expressa e anterior* lei ou regra regulamentar. Reserva-se à *lei*, como se pode observar nos arts. 49 e 50 desta Lei, a definição de faltas leves, médias e graves. Estas devem estar previstas na Lei de Execução Penal. As outras duas podem fazer parte da legislação estadual (art. 24, I, CF). Denota-se que o legislador entende ser matéria de menor importância, típica do funcionamento de estabelecimentos penais, a definição das faltas leves e médias, tanto que inseriu no contexto do direito penitenciário.

No mais, quanto às faltas graves, causadoras dos maiores prejuízos ao sentenciado, inclusive com a perda de vários benefícios, necessitam ser prévia e expressamente inseridas no art. 50 desta Lei. Há menção à possibilidade de previsão de falta e/ou sanção em regulamento – não significando “legislação local” (atividade do Estado-membro) –, o que não lhe retira a validade. Parece-nos ser uma disposição geral, de caráter nitidamente suplementar, de menor alcance. Assim, determinado diretor pode baixar uma portaria fixando o horário de funcionamento da biblioteca, por exemplo. Quem infringir a norma, ultrapassando o horário de fechamento, pode ficar privado de retirar livros por algum tempo. São situações não constitutivas de faltas leves ou médias, que possam influir na avaliação do bom ou mau comportamento do preso para efeito de benefícios durante o cumprimento da pena. A sanção fixada esgota-se em si mesma, servindo para impor naturais limites aos presos, sem maiores consequências.

Não fosse assim, estaria aberta a possibilidade de diretores de presídios “legislarem” em matéria de execução penal, com reflexos na individualização da pena, algo inadmissível para o contexto jurisdicionalizado do cumprimento da pena no Brasil. Entretanto, o Presidente da República editou o Decreto 6.049/2007, entendendo viável dispor acerca das faltas leves e médias (arts. 43 e 44), estabelecendo, inclusive, as sanções aplicáveis (art. 46). Parece-nos que, à falta de legislação estadual sobre o assunto e, cuidando-se de presídio federal, deveria ser editada lei federal, disciplinando o tema. Assim não ocorrendo, teremos o direito de execução penal, com reflexos no cumprimento da pena (direito penal), fugindo do princípio da legalidade. Note-se que o atestado de conduta carcerária fará constar *conduta regular* e não *boa conduta*, em caso de prática de faltas

leves ou médias (art. 79 do mencionado Decreto Federal). Ora, ficará o preso privado de progressão. E as tais faltas não têm respaldo legal. Cremos inadmissível a sua aceitação para tais fins.

O disposto no § 1.º do art. 45 é conseqüência lógica do art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”).

A denominada *cela escura*, também conhecida como *solitária*, foi abolida pelo art. 5.º, XLVII, e, da Constituição Federal (vedação às penas cruéis). No entanto, a Lei de Execução Penal reitera essa tendência, até pelo fato de ser sido editada antes da Constituição de 1988. Registre-se que a *cela escura* é completamente diversa da cela individual, prevista para o preso em regime disciplinar diferenciado (art. 52, II, LEP). Neste último caso, o preso deve ficar isolado de outros, mas não se pretende fique relegado a condições sub-humanas.

Um dos mais caros princípios penais é o da responsabilidade pessoal ou da personalidade (art. 5.º, XLV, CF), significando que a “pena não passará da pessoa do condenado”. Ora, da mesma forma e em idêntico prisma, deve-se buscar que a sanção disciplinar não ultrapasse a pessoa do infrator. Logo, é vedada a aplicação de sanção coletiva. Exemplo: encontra-se um estilete em uma cela, habitada por vários presos, o que constitui falta grave (art. 50, III, LEP). Realizada sindicância, não se apura a quem pertence. É justo que não se possa punir todos os condenados ali encontrados, sob pena de se estar aplicando sanção coletiva, exatamente o que é proibido por este dispositivo, em consonância com o disposto na Constituição Federal.

## **3.2. Normas disciplinares**

O conhecimento prévio das normas de disciplina é medida de cautela correta. Presume-se que todo cidadão conheça o universo das leis do seu país. Publicadas no *Diário Oficial*, vencida a *vacatio legis*, entram em vigor, com a presunção de que todos delas tomaram ciência. Porém, ao ingressar no estabelecimento penitenciário, mormente pela primeira vez, ninguém está obrigado a conhecer as regras ali existentes, em muitos aspectos diversas das normas às quais está o preso habituado quando desfrutava da liberdade. Por isso, é mais que justo que as autoridades ou seus agentes deem conhecimento das normas disciplinares. Não se poderá, depois, alegar ignorância ou erro. O dispositivo refere-se tanto ao condenado quanto ao preso provisório (denominado *denunciado*, embora possa ser apenas indiciado, pois há prisão cautelar antes da denúncia).

Quem tem contato direto com o preso é a autoridade administrativa, inclusive pelo fato de ser o Executivo o Poder de Estado encarregado de organizar, sustentar e fazer funcionar um estabelecimento penal. Portanto, torna-se natural que a aplicação da sanção disciplinar se faça por meio do diretor do presídio e seus agentes. Há o regulamento, estipulando regras gerais de funcionamento do estabelecimento, mas também o procedimento pelo qual as faltas são apuradas e como as sanções serão cumpridas, respeitadas, naturalmente, as disposições específicas desta Lei no

contexto punitivo-disciplinar (arts. 53 a 60).

Para a garantia do devido processo legal na execução penal, em qualquer cenário, quando seja viável a aplicação de sanção (da mais leve à mais grave), torna-se fundamental conceder ao condenado o direito de defesa, ainda que seja a autodefesa. Ele precisa ser ouvido sempre, antes de se lhe aplicar qualquer penalidade. Em situações excepcionais, quando entender ter sido cerceado na sua defesa ou ter experimentado sanção excessiva, nada impede que o preso provoque a atuação do juiz da execução penal, dando ensejo ao incidente de desvio de execução. Nesta situação, ingressando em juízo, parece-nos indispensável o suporte do advogado, vale dizer, a atuação da defesa técnica.

Algumas penas restritivas de direitos podem ser cumpridas em lugares públicos, administrados ou fiscalizados por agentes do Estado. Logo, a esses cabe o poder de apurar as faltas e aplicar as sanções, sem prejuízo de outras medidas mais graves, dependentes da intervenção do juiz, como, por exemplo, a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Ilustrando, em uma Casa do Albergado cumpre-se limitação de fim de semana (art. 48, CP). Por isso, desrespeitadas as regras estabelecidas para o desenvolvimento dos cursos de finais de semana, conforme o caso, cabe à autoridade administrativa responsável pelo local a punição.

Após sindicância, onde também teve oportunidade de se defender – muito embora, possa tê-lo feito pessoalmente (autodefesa) –, apurada a falta grave, determina o diretor o registro no prontuário do condenado. Assim ocorrendo, deve a autoridade administrativa representar ao juiz da execução penal, buscando-se atingir as consequências negativas previstas em lei. Pode ocorrer: a) regressão de regime (do aberto para o semiaberto ou deste para o fechado, nos termos do art. 118, I); b) perda do direito de saída temporária (art. 125); c) perda de parte do tempo remido pelo trabalho (art. 127); d) reconversão da restritiva de direitos em privativa de liberdade (art. 181, §§ 1.º, *d*, e 2.º). Repercutirá, ainda, em outros pontos, como, ilustrando, no livramento condicional, na concessão de indulto total ou parcial, na progressão de regime etc.

### **3.3. Faltas disciplinares**

Deve-se entender a lei editada pelo Estado-membro, nos termos do art. 24, I, da Constituição Federal (direito penitenciário). Não se trata, naturalmente, de regulamento interno de presídio, editado pelo diretor, por ato normativo unilateral e sem qualquer consulta a terceiros. Como já dissemos anteriormente, tais regulamentos podem existir (art. 45, *caput*, LEP), mas apenas para estabelecer regras de funcionamento do estabelecimento penal e sanções que se esgotem em si mesmas, sem anotações no prontuário do preso. Consultar a nota 98, *supra*. Lembrar da Súmula 533 do STJ, que dispõe: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído

ou defensor público nomeado”.

Prevê-se a equiparação entre falta consumada e tentada, cremos haver viabilidade para tal previsão, pois existem vários tipos penais que equiparam a figura tentada à consumada, razão pela qual se buscou, no art. 49, parágrafo único, desta Lei, o mesmo propósito. Logo, fugir ou tentar fugir constitui, igualmente, falta grave.

Dispõe o art. 50 da Lei de Execução Penal o seguinte: “comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório”.

O rol previsto neste artigo é taxativo. Não é viável a criação, por meio de Resolução, Portaria ou Decreto, de outras espécies de faltas graves, sob pena de ofensa à legalidade, até porque o registro desse tipo de falta no prontuário do condenado pode inviabilizar a progressão de regime, o reconhecimento da remição, o indulto e outros benefícios.

Quanto à apuração da falta grave e ampla defesa, para considerar e registrar no prontuário do sentenciado uma falta grave, é indispensável haver sindicância administrativa, assegurada ampla defesa. No tocante aos critérios para apurar se houve ampla defesa, há *duas correntes*: a) *é preciso garantir defesa técnica* ao sentenciado, inclusive com a possibilidade de produção de provas; b) *basta assegurar ao condenado que se defenda*, com a possibilidade de ser ouvido, dando suas explicações e propondo meios de prova, não sendo necessária a defesa técnica. Era a posição que adotávamos, justamente para agilizar a execução da pena e considerando que o juiz poderia rever eventual injustiça.

No entanto, mesmo que a execução penal tenha caráter jurisdicional, garantindo ao condenado a ampla defesa e o contraditório, observa-se, atualmente, que a Defensoria Pública foi considerada órgão da execução penal e deve ter um posto permanente nos presídios. Assim sendo, nada mais justo e fácil do que permitir ao condenado uma defesa técnica desde o princípio do processo administrativo.

Ouvir o sentenciado e propiciar-lhe oportunidade de se explicar seria suficiente, nos termos do art. 59 da LEP (“Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o *direito de defesa*. Parágrafo único. A decisão será motivada” – grifamos), se não houvesse viabilidade prática da existência de defensor atuante no estabelecimento penitenciário.

Havendo defesa técnica, o contraditório e a ampla defesa ficam assegurados, sem qualquer prejuízo para o condenado, nem tampouco para a celeridade que os atos administrativos exigem.

Aliás, pode a defesa técnica pleitear junto ao juiz da execução a eliminação da falta grave anotada no prontuário do preso, por falhas formais na sindicância ou mesmo quanto ao mérito. E se o magistrado negar, cabe agravo ao Tribunal. Diante disso, o devido processo legal é perfeitamente assegurado.

Há regimentos internos de estabelecimentos penitenciários que fixam prazos para o início da apuração administrativa após a ocorrência da falta grave (de 30 a 90 dias, em geral); outros preveem o período máximo para ser concluído o processo administrativo. Alguns, invadindo seara alheia, valem-se da expressão *extinção da punibilidade* para justificar a demora em apurar a falta grave. Entretanto, não se pode cuidar de *prescrição* da falta grave, ao menos em relação aos regimentos internos dos presídios, pois tais normas destinam-se, unicamente, aos funcionários do próprio estabelecimento. Se os referidos prazos não forem cumpridos, cometem eles uma falta administrativa, a merecer apuração e eventual punição.

O contorno da falta grave do condenado atinge diretamente a execução penal, cuidando-se, pois, de fato relevante, impossível de ser regulado por regimento de presídio. O caminho correto, partindo-se para a analogia, visto que a Lei de Execução Penal é omissa a respeito, deve voltar-se à prescrição das faltas administrativas em geral. Tomando-se por base o disposto pela Lei 8.112/90, disciplinando o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, tem-se o prazo de 180 dias, quando a penalidade é advertência (a mais branda), nos termos do art. 142, III. O prazo começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido (art. 142, § 1.º). A abertura de sindicância ou processo disciplinar *interrompe* a prescrição até a decisão final ser proferida pela autoridade competente (art. 142, § 2.º).

Portanto, praticada a falta grave, admite-se o menor prazo possível, válido em nível nacional para os servidores federais, de seis meses para o início da apuração. Assim ocorrendo, interrompe-se a prescrição até a decisão ser proferida. Após, retoma o prazo prescricional o seu curso para que se torne efetiva a punição. Mais adequada a analogia com lei federal do que com regimento de estabelecimento penitenciário. A matéria, entretanto, deveria ser regulada pela Lei de Execução Penal.

Conforme preceitua o art. 354 do Código Penal (“amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou a disciplina da prisão”), observa-se que esta falta grave lhe é similar. A incitação (instigação, estímulo) ou a participação ativa no movimento faz emergir, justamente, a figura criminosa do motim. Há diferenças, contudo.

Na infração penal, exige-se um número razoável de presos (temos defendido, pelo menos, quatro presos, conforme a nota 186 ao art. 354 do nosso *Código Penal comentado*), enquanto para a configuração da falta grave basta que um preso comece o processo de instigação para que ela se concretize. No crime, exige-se o dolo. Na falta grave, pouco interessa o objetivo do preso. Em suma, guardadas as proporções devidas, as figuras do crime e da falta grave se aproximam. Por isso, é importante que se diga o seguinte: em caso de absolvição do preso pelo mesmo fato na órbita criminal, conforme o fundamento utilizado pelo magistrado, não tem cabimento subsistir a anotação



de falta grave no prontuário do sentenciado.

Uma falta grave cometida pelo condenado pode ser igualmente figura típica de crime, o que ocasionaria dupla investigação e processo. Exemplo: se o condenado foge, valendo-se de violência contra o carcereiro, responderá pelo delito previsto no art. 352 do Código Penal (haverá a instauração de inquérito e, depois, processo), bem como sofrerá processo administrativo para inscrição de falta grave em seu prontuário. Entretanto, conforme o caso, se for absolvido no processo-crime, já não se pode mais anotar no prontuário a falta grave. Ainda que se possa dizer serem distintas as esferas penal e administrativa, não se aplica essa regra neste contexto. A única razão de existência da falta grave é justamente a sua exata correspondência com figura típica incriminadora. Ora, afastada esta, não pode subsistir aquela, menos importante.

O preso, sem autorização da administração do presídio, não pode manter consigo qualquer tipo de instrumento capaz de ofender a integridade física de outra pessoa, como, por exemplo, uma faca. Há, naturalmente, situações em que tal posse é *devida*, como ocorre, a título de ilustração, para os presos que trabalham na cozinha. No mais, andar pelo presídio carregando consigo estiletes, canivetes e outros instrumentos perigosos à incolumidade alheia constitui falta grave. Parece-nos fundamental, inclusive para se justificar o devido processo legal na execução penal, que a autoridade administrativa, descobrindo a posse indevida, determine a lavratura de auto de apreensão formal, juntando-se na sindicância. Se possível, pode-se providenciar a juntada do próprio instrumento ao procedimento administrativo, o que, no futuro, poderá ser útil ao juiz da execução penal, caso seja questionada a legalidade ou a validade da sanção aplicada.

Sobre o acidente provocado, sabe-se que o trabalho é obrigatório durante o cumprimento da pena. Por isso, o preso que provoca – no sentido de facilitar, dar ensejo a que ocorra, agir de propósito – acidente de trabalho, seja para receber algum tipo de remuneração suplementar, seja para deixar de exercer atividade laborativa, comete falta grave. É o mesmo que não querer trabalhar.

Dentre os deveres previstos no art. 39, deixar de observar o disposto nos incisos II (“obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se”) e V (“execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”) dá ensejo à configuração de falta grave. Nunca é demais observar que a insistência legislativa em fomentar o trabalho do preso é nítida e salutar. Se o fizer, recebe benefícios (ex.: remição); se não quiser desempenhar qualquer atividade, é sancionado e perde benefícios. A medida é positiva, pois o interesse estatal é a reeducação, com o objetivo de ressocializar o preso. Ora, sem o desenvolvimento de trabalho honesto, fora do cárcere, é natural a tendência à reincidência.

Há muitos anos está-se diante do problema de inserção do aparelho telefônico móvel (celular) nos presídios, permitindo a comunicação entre presos e entre estes e pessoas do ambiente externo. Muitas dessas comunicações redundaram em delitos e atos de vandalismo em largas proporções, comandados pelo crime organizado. Essa medida, portanto, de, ao menos, considerar como *falta grave* a posse, uso ou fornecimento do aparelho telefônico, de rádio ou similar era indispensável.

Resta, no entanto, o controle efetivo, pois somente a edição de uma lei não soluciona concretamente problema algum. Checar, ainda, a nota 109 supra, que cuida da taxatividade do rol de faltas graves do art. 50 e tece algumas considerações quanto à posse de celular. Conferir, também, o tipo penal, cuja finalidade é punir o funcionário público que permitir o acesso do preso ao aparelho telefônico, de rádio ou similar (art. 319-A, CP), bem como o tipo penal prevendo punição para qualquer pessoa que introduza celular no presídio (art. 349-A, CP).

Tem-se verificado, na prática, a introdução nos presídios dos aparelhos de telefonia móvel em partes. Quer-se descaracterizar, quando surpreendido o agente, a posse do aparelho completo, que seria o objeto da falta grave. Ora, não se pode acolher tal conduta, pois os componentes do celular, ingressando aos poucos, permitem a sua montagem, com facilidade, e uso do aparelho, exatamente o que se buscou vedar com a norma. Portanto, constitui falta grave a posse de partes do celular, como baterias, chips, teclado, antena etc.

Acolhendo-se a possibilidade de posse de componentes fracionados do aparelho telefônico (rádio ou similar), por óbvio, é inútil determinar-se a realização de perícia para checar o funcionamento do objeto. Assim sendo, também é inócua a realização de exame pericial para atestar as condições de qualquer aparelho telefônico, rádio ou similar, mesmo porque, se permitido fosse manter um desses objetos quebrados, a qualquer instante, poderia haver o conserto e, por via de consequência, a burla à vedação imposta pela norma.

Pode-se, igualmente, anotar no prontuário do preso provisório qualquer falta grave por ele cometida. Em especial, devemos lembrar o seu direito à execução provisória da pena, motivo pelo qual o bom comportamento é não somente desejado como requisito para tanto. Atualmente, cremos aplicável ao preso provisório – ao menos àquele que pretenda obter algum benefício típico de execução da pena, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória – todos os incisos do art. 50 desta Lei. É certo que o art. 31, parágrafo único, desta Lei *faculta* ao preso provisório o exercício de atividade laborativa. Entretanto, foi o dispositivo redigido quando nem mesmo se falava em execução provisória da pena. Logo, alterado o entendimento dos tribunais e sumulada a questão pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 716), permitindo-se a referida execução provisória, é evidente que, para obter a progressão de regime, passando do fechado para o semiaberto, aguarda-se que o preso provisório esteja trabalhando, do mesmo modo que o condenado definitivo.

Dispõe o art. 51 da LEP: “comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que: I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei.

O disposto no art. 51 desta Lei chega a ser tautológico, sob certos aspectos, pois, pretendendo definir o que seria *falta grave* no contexto das penas restritivas de direitos, acaba repetindo, com outras palavras, o disposto no art. 181 da mesma Lei. Exemplificando: “descumprir, injustificadamente, a restrição imposta” (art. 51, I, LEP) é o mesmo que “não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço” ou “recusar-se,

injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto” (art. 181, § 1.º, *b* e *c*, LEP). Entretanto, deve-se entender como um princípio geral o preceituado no art. 51: é *falta grave* não cumprir (ou retardar) a restrição de direitos imposta pela decisão condenatória definitiva, sem justificativa plausível.

No mais, também o é qualquer ato de insubordinação e não executar as tarefas tal como determinado por quem de direito. Porém, o mais importante nesse contexto não é definir *falta grave*, mas ter a noção de que o descumprimento injustificado da restrição imposta implica em conversão da restrição de direitos em pena privativa de liberdade (art. 44, § 4.º, primeira parte, CP).

Quanto ao descumprimento de restrição imposta, qualquer condicionamento imposto pelo juiz, na sentença condenatória, em substituição à pena privativa de liberdade, deve ser cumprido pelo condenado fielmente. Do contrário, aplica-se a conversão em pena de prisão, nos termos do art. 44, § 4.º, do Código Penal.

O retardamento da obrigação imposta cuida de uma forma anômala de *descumprimento* da restrição estabelecida, pois *retardar* o adimplemento da obrigação é o mesmo que não a cumprir, a tempo e a hora. A consequência é a mesma já mencionada: conversão em pena privativa de liberdade.

A inobservância de deveres é regra geral, válida para todos os condenados a penas restritivas de direitos, pretende evitar atos de insubordinação e desatendimento às tarefas que forem impostas aos condenados. É evidente que, conforme a pena restritiva de direitos, não tem aplicação o disposto neste inciso. Exemplos: a) não se pode falar em insubordinação pelo não pagamento de prestação pecuniária; b) não se pode levar em consideração a não execução de tarefas para o condenado à pena de proibição de frequentar lugares.

### **3.4. Regime disciplinar diferenciado (RDD)**

Disciplina o art. 52 da LEP, “a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I – duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada; II – recolhimento em cela individual; III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de 2 (duas) horas; IV – o preso terá direito à saída da cela<sup>130</sup> por duas horas diárias para banho de sol. § 1.º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2.º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Quanto ao fato descrito como crime doloso, não é preciso que a prática de fato definido como delito doloso seja, efetivamente, julgado em definitivo. Fosse assim, prejudicaria – e muito – o curso da execução. Portanto, basta o cometimento do ato, que poderá ser avaliado pelo juiz das execuções para *fins de eventual regressão* ou para *cortar um benefício*.

O *regime disciplinar diferenciado*, introduzido pela Lei 10.792/2003, o regime disciplinar diferenciado é, em síntese, caracterizado pelo seguinte: *a)* duração máxima de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; *b)* recolhimento em cela individual; *c)* visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas; *d)* direito de saída da cela para banho de sol por duas horas diárias, conforme previsto nos incisos do art. 52 desta Lei.

A esse regime serão encaminhados os presos que praticarem *fato previsto como crime doloso* (note-se bem: *fato* previsto como crime e não *crime*, pois se esta fosse a previsão dever-se-ia aguardar o julgamento definitivo do Poder Judiciário, em razão da presunção de inocência, o que inviabilizaria a rapidez e a segurança que o regime exige), considerado *falta grave*, desde que ocasione a subversão da ordem ou disciplina internas, *sem prejuízo da sanção penal cabível*.

O regime é válido para condenados ou presos provisórios. Podem ser incluídos no mesmo regime os presos, nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, § 1.º), bem como aqueles que (provisórios ou condenados) estiverem envolvidos ou participarem – com fundadas suspeitas –, a qualquer título, de organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, § 2.º).

Enfim, três são as hipóteses para a inclusão no RDD: *a)* quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontre; *b)* quando o preso provisório ou condenado representar alto risco à ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; *c)* quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando fundada suspeita. Observa-se a severidade incontestada do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à prática de atos delituosos graves de todos os tipos. Por isso, é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o cargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso no RDD, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente.

### 3.4.1. Constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado

Não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução

Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não precisaríamos de regimes como o estabelecido pelo art. 52 desta Lei.

A realidade distanciou-se da lei, dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis. Mas, pior, organizou-se a marginalidade *dentro* do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado. Dado o fato, não se pode voltar as costas à realidade. Por isso, o regime disciplinar diferenciado tornou-se um *mal necessário*, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não. Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos.

Há presídios brasileiros onde não existe o RDD, mas presos matam outros, rebeliões são uma atividade constante, fugas ocorrem a todo o momento, a violência sexual não é contida e condenados contraem doenças gravíssimas. Pensamos ser essa situação mais séria e penosa do que o regime disciplinar diferenciado. Obviamente, poder-se-ia argumentar que *um erro não justifica outro*, mas é fundamental lembrar que o *erro essencial* provém, primordialmente, do descaso de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando o crescimento do crime organizado dentro dos presídios. Ora, essa situação necessita de controle imediato, sem falsa utopia. Ademais, não há direito absoluto, como vimos defendendo em todos os nossos estudos, razão pela qual a harmonia entre direitos e garantias é fundamental. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei – e não o possui no plano real –, a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira. Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, cremos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal, buscando implementar, *na prática*, os regimes fechado, semiaberto e aberto, que, em muitos lugares, constituem meras quimeras.

O regime disciplinar diferenciado é apenas uma subdivisão do regime fechado, mais rigoroso e exigente. Não se trata, pois, de um quarto regime de cumprimento de pena. Continuamos a ter somente três: fechado, semiaberto e aberto. O primeiro, entretanto, possui uma alternativa, conforme descrita no art. 52 desta Lei.

Para a inclusão no regime disciplinar diferenciado, na hipótese prevista no *caput*, demandam-se dois pressupostos cumulativos: a) a prática de fato previsto como crime doloso + b) ocasionar

subversão da ordem ou disciplina internas. Muito embora se possa defender que a simples prática de fato previsto como crime doloso já teria o condão de acarretar a desordem ou a indisciplina no interior do presídio, cremos ser possível o cometimento de uma falta menos importante, de modo a não dar ensejo à inclusão no RDD. Ex.: não teria cabimento que uma lesão corporal dolosa simples cometida por um preso contra outro, por motivos tolos, pudesse levar o agressor ao regime disciplinar diferenciado. Diversa situação seria a prática de um homicídio.

Estabeleceu-se um teto para a inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, ou seja, 360 dias. Por outro lado, há a possibilidade de repetição da sanção desde que ocorra *nova falta grave da mesma espécie*, respeitado o limite de um sexto da pena aplicada. Em primeiro lugar, deve-se criticar a fixação de um máximo a ser cumprido no RDD, pois se a finalidade é garantir a segurança pública e dos estabelecimentos penais não se pode mensurar, exatamente, qual será o tempo necessário para que o preso demonstre menor periculosidade, de modo a ser transferido ao regime fechado comum. Pensamos que o prazo indeterminado é a melhor solução, sempre sob o crivo prudente do juiz da execução penal. Pode-se, por exemplo, fixar um teto para o RDD com base no total da pena aplicada (ex.: não mais que um sexto, um terço ou metade), mas não em dias, como foi feito. Porém, ainda que se estipule um prazo máximo – mesmo que renovável – não nos parece lógica a limitação estabelecida quanto à renovação do período. Para que tal medida renovatória se dê é preciso que o condenado torne a cometer falta grave da mesma espécie, vale dizer, deve voltar a praticar *fato previsto como crime doloso*.

Os demais presos, ainda que envolvidos em organizações criminosas ou que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do presídio e da sociedade (§§ 1.º e 2.º do art. 52) não estão abrangidos pela repetição. Essas hipóteses não estão definidas como *faltas graves* no *caput* do art. 52. Eis o contrassenso. A lei foi editada justamente para atingir os líderes do crime organizado, mas eles somente podem ser inseridos no RDD uma vez, até o máximo de 360 dias, salvo se cometerem outra *falta grave*, o que é raro de ocorrer. Os chefes do crime organizado mandam fazer, lideram apenas, mas não “suja” as mãos, de forma que seus prontuários podem ser exemplares em matéria de bom comportamento. O Estado permanece parcialmente impotente diante do crime organizado infiltrado no sistema penitenciário. Quanto ao limite de um sexto da pena, há dois ângulos de análise: a) positivo: se a pena é muito longa, o teto de um sexto é razoável (ex.: condenado a 60 anos de reclusão, não poderia ficar mais que 10 anos no RDD); b) negativo: se a pena é curta, o Estado pode ficar impotente em face de determinados sentenciados (ex.: um condenado a 6 anos, embora perigoso e líder de crime organizado, ainda que cometa várias faltas graves, não pode ultrapassar 1 ano no RDD). No geral, temos o seguinte: imaginemos alguém, condenado a 9 anos de reclusão, inserido inicialmente no regime fechado. Dando causa à transferência para o RDD, ficará por um período máximo de 360 dias nesse regime. Após, se novamente cometer falta grave, nos termos do *caput* do art. 52, não poderá retornar por outros 360 dias, pois ultrapassaria o limite máximo fixado, vale dizer, um sexto do total da sua pena (1 ano e 6 meses). O juiz da execução penal deve atentar para

isso e fixar um período menor no RDD, quando da decretação da repetição.

Quanto ao recolhimento em cela individual, nunca é demais ressaltar que a inserção em cela individual é direito de todo e qualquer preso (art. 88, *caput*, LEP). Entretanto, como a realidade desmente a lei, novamente viu-se o legislador obrigado a repetir o óbvio para quem está em cumprimento de pena no regime fechado. Desta vez, no entanto, o Estado (Poder Executivo) tem interesse e, por via de consequência, fornece recursos para a construção de presídios onde o RDD se viabiliza em celas individuais.

Aliás, seria o ápice do desprestígio estatal se o regime disciplinar diferenciado permitisse o mesmo caos de convivência desordenada entre presos, muitos deles lotando celas que deveriam conter um número muito menor de detentos. Deveria o Poder Público fazer o mesmo em relação a todos os demais condenados em regime fechado. Sem esse investimento, continuar-se-á criticando a pena de prisão, mas nada se faz para cumprir o que já está disposto em lei.

A limitação do direito de receber visitas – nem se considere nesse regime, por total incompatibilidade com seus fins, a visita íntima – diz respeito ao maior controle estatal sobre o preso. Duas horas por semana seriam suficientes para que duas pessoas – familiares ou amigos – pudessem conviver com o sentenciado inserido no RDD, mesmo assim, tomadas as devidas providências para que não tenham contato pessoal, o que se faz por meio de sala própria. É um sistema rigoroso, sem dúvida, mas indispensável, mormente se voltarmos os olhos ao crime organizado, que busca transmitir informações aos seus comandados, muitas vezes situados fora dos presídios.

Tratando da saída da cela para trabalho, verifica-se não haver essa possibilidade legal. Entretanto, legislando um pouco, afinal, a legalidade não é o princípio mais respeitado no Brasil, dispõe o Decreto 6.049/2007 que o preso, em regime disciplinar diferenciado, deverá trabalhar. Porém, como o art. 52 da Lei de Execução Penal prevê que ele somente sairá da sua cela duas horas por dia, para banhos de sol, o art. 98, § 2.º, do mencionado Decreto dispôs: “O trabalho aos presos em regime disciplinar diferenciado terá caráter remuneratório e laborterápico, sendo desenvolvido na própria cela ou em local adequado, desde que não haja contato com outros presos”. Se a criatividade e aparato material forem suficientes, o Estado pode proporcionar trabalho ao preso em RDD no interior da sua cela, mas, desta, ele não pode sair para dirigir-se a “outro local adequado”. Foge ao disposto na Lei 7.210/84.

Estabelece o inciso IV do art. 52 a saída por duas horas diárias para banho de sol. Pensamos ser tímida essa previsão. O preso deve permanecer 22 horas do dia na cela individual. Por isso, essas duas horas de saída precisariam ser, sempre, garantidas, haja sol ou não. Na realidade, o fator maior a ser considerado é a possibilidade de deixar a cela por alguns momentos, sendo levado para outro ambiente, seja qual for. Havendo sol, pode ir para o pátio. Se não houver, parece-nos razoável que saia da cela para ser levado a outro lugar qualquer no interior do presídio (ex.: uma sala de leitura ou um local de lazer controlado).

A segunda possibilidade de inclusão no RDD diz respeito aos presos provisórios ou condenados, de nacionalidade brasileira ou estrangeiros, que podem seguir para o regime disciplinar diferenciado se representarem *alto risco* para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. Esta norma merece críticas, pois apresenta preceito exageradamente aberto. O que seria *alto risco* para a segurança da sociedade? Se o indivíduo está preso, em tese, encontra-se sob tutela estatal e nenhum risco correria a sociedade. Logo, se for aplicada a esmo, dará ensejo ao abuso estatal, pois qualquer preso poderia ser inserido no RDD, mesmo sem necessidade. O critério é muito subjetivo e não fornece contornos e limites para ser analisado devidamente. Em nossa visão, a única forma de acolher o disposto no § 1.º deste artigo é associá-lo ao § 2.º, que faz expressa remissão às organizações criminosas. Portanto, presos de alta periculosidade para o presídio ou para a sociedade são aqueles que integram o crime organizado ou, pior, lideram tais agrupamentos. Essa é, na essência, a autêntica legitimidade do RDD: o isolamento dos líderes de organizações criminosas.

A terceira hipótese de inclusão no RDD é estabelecida pelo § 2.º do artigo 52: se sobre ele recaírem *fundadas suspeitas* (apurável pela própria administração do presídio, por sindicância interna, ou com base em inquérito ou processo já instaurado, neste último caso, sem necessidade do trânsito em julgado de decisão condenatória) de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Em nosso ponto de vista, bastaria ter sido mencionada a expressão *organizações criminosas*, que, por uma questão lógica, já que não definida em nenhuma lei, envolveria a quadrilha ou bando. O legislador, temendo pecar pela omissão, no entanto, fez a inclusão do crime previsto no art. 288 do Código Penal. Logo, mesmo que a quadrilha seja de âmbito local (sem expansão regional ou nacional), limitada a quatro pessoas, de pouca periculosidade, haveria condições de ser o preso inserido no RDD. Não deixa, no entanto, de ser um abuso. Por isso, voltamos ao já mencionado anteriormente. A união dos §§ 1.º e 2.º do art. 52 daria o melhor cenário para a decisão judicial de transferência do preso para o regime disciplinar diferenciado. Um ou outro, isoladamente considerados, não nos parece suficiente.

## 4. SANÇÕES E RECOMPENSAS

---

Conforme preceitua o art. 53 da Lei de Execução Penal, “constituem sanções disciplinares: I – advertência verbal; II – repreensão; III – suspensão ou restrição de direitos (art. 41, parágrafo único); IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no art. 88 desta Lei; V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

As sanções disciplinares são instrumentos importantes para a avaliação do condenado, em especial no tocante ao seu mérito, vale dizer, o progresso que vem auferindo durante seu processo de



reeducação. Logicamente, quanto maior o número de sanções anotadas em seu prontuário, pior o seu comportamento. Por outro lado, um prontuário sem qualquer sanção registrada permite supor um bom comportamento, embora este deva ser avaliado por outros fatores também.

Há inúmeros líderes de facções criminosas dentro de estabelecimentos penais, cujo prontuário não registra nenhuma sanção, porém são conhecidos por suas atividades ilícitas camufladas, valendo-se de terceiros para chegarem aos seus propósitos. Eis a razão de ser primordial da Comissão Técnica de Classificação, cujos componentes devem manter contato direto com os condenados e conhecer o que se passa no presídio, motivo pelo qual tem condições de emitir um parecer que vai além do simples prontuário.

A advertência verbal e repreensão são as sanções *chamadas* ou *alertas* formais, feitos pela autoridade administrativa do presídio ao condenado, inscrevendo-se em seu prontuário, quando praticar faltas médias ou leves. Estas devem ser descritas pela legislação estadual. Há uma gradação entre ambas: a advertência, segundo pensamos, deve circunscrever-se a faltas leves; a repreensão, a faltas médias ou à reincidência em faltas leves. Logicamente, o acúmulo de faltas leves ou médias pode dar ensejo à aplicação de sanções mais rigorosas, como as previstas nos incisos III e IV deste artigo.

A suspensão ou restrição de direitos são os apontados no art. 41, parágrafo único: a) redução da recreação e manutenção do trabalho, com o mínimo de descanso (art. 41, V, LEP); b) restrição ou suspensão das visitas, até o máximo de 30 dias (art. 58, LEP). É preciso ressaltar que o *direito* à visita íntima, que terminou consagrado pelo costume, tornou-se valiosa *moeda de troca* entre a administração do presídio e o condenado, pois este, quando tem possibilidade de usufruir da *visita íntima*, obviamente, faz o possível para mantê-la. Por tal motivo, tem-se obtido, em variados estabelecimentos penais, a redução da frequência do cometimento de faltas pelos sentenciados; c) redução do contato com o mundo exterior, seja por envio e recebimento de correspondência, seja pela restrição a outros meios de comunicação, como, por exemplo, a televisão. Para faltas graves, somente cabe a aplicação desta sanção (inciso III) ou a prevista no inciso IV (art. 57, parágrafo único, LEP).

O isolamento na cela ou em local adequado menciona que o preso, em regime fechado, como punição, será mantido *isolado* em sua *própria* cela. Não fosse trágico, seria risível. Na imensa maioria dos presídios brasileiros, não há cela individual, como determina esta Lei (art. 88, *caput*). Os presos são mantidos em celas coletivas e, pior, em muitos locais, superlotadas. Como se pode isolar *na própria cela*, quem nunca teve *cela individual*? A *cela escura* é vedada (art. 45, § 2.º, LEP), logo, a única solução seria o presídio manter uma cela comum individual para inserir presos sancionados com base no inciso IV deste artigo. É outra solução rara, justamente pela superlotação dos presídios que abrigam o regime fechado.

Entretanto, havendo cela individual, ficará o preso isolado dos demais e de outras pessoas (visitas, por exemplo) durante um período máximo de 30 dias. Não trabalha e não tem lazer fora

desse local. Sob outro aspecto, quando a lei menciona *local adequado*, nos estabelecimentos de alojamento coletivo, faz referência ao regime semiaberto. Nas colônias penais, os presos não mais devem ser mantidos em celas individuais, mas em alojamentos coletivos. Por isso, para sofrer a sanção do isolamento, torna-se necessário assegurar-se a existência de um local para tanto. A observância ao disposto no art. 88 desta Lei diz respeito a dever o local respeitar os requisitos previstos em lei (área mínima de 6 m<sup>2</sup>, salubridade etc.). Esta é outra sanção disciplinar que se destina, basicamente, a quem comete faltas graves (art. 57, parágrafo único, LEP). Nada impede, entretanto, que possa ser aplicada ao reincidente em faltas leves ou médias, conforme o caso concreto.

Segundo o art. 54, não poderia ser diferente para se assegurar o devido processo legal durante a execução penal. As sanções de natureza administrativa, aplicadas pelo diretor-geral do estabelecimento penal, devem ser fundamentadas, até pelo fato de haver sindicância para apurar a falta cometida e ampla defesa garantida ao preso. Logo, a conclusão merece a devida exposição dos motivos que levaram à punição. A sanção de natureza jurisdicional (inclusão no RDD), aplicada pelo juiz da execução penal, como não poderia deixar de ser, necessita de fundamentação (art. 93, IX, CF).

Observa-se, desde logo, não ser cabível ao juiz da execução penal tomar a medida de ofício. Deve haver participação ativa da administração do presídio, provocando a atuação judicial e demonstrando a necessidade da aplicação desse tipo de sanção. Não poderia, de fato, o magistrado decretá-la de ofício, não somente por fugir à sua posição de imparcialidade, mas, sobretudo, por desconhecer a realidade do presídio. Portanto, ainda que o juiz da execução penal tome conhecimento, por algum dado que lhe chegue às mãos, acerca da atividade de determinado preso, conectado ao crime organizado, por exemplo, deve provocar a autoridade administrativa para que esta represente pela inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Nos termos previstos no § 1.º do art. 54, nota-se, ainda, não ser da atribuição do membro do Ministério Público esta iniciativa. Limita-se ele a emitir parecer a respeito, quando houver a provocação do diretor do estabelecimento penal (ou outra autoridade do Executivo, como, por exemplo, o Secretário de Estado, cuja pasta tem sob responsabilidade o sistema carcerário). Temos sustentado a necessidade de união dos §§ 1.º e 2.º do art. 52 desta Lei para que tenha sentido e utilidade a aplicação do regime disciplinar diferenciado. O preso, embora condenado pelo crime de quadrilha ou bando, pode não representar alto risco para a ordem ou segurança do presídio ou da sociedade, razão pela qual não será inserido no RDD. Em suma, a iniciativa atribuída à autoridade administrativa cria uma forma mista de executar a pena, em que a responsabilidade pela inclusão em regime tão gravoso não se situa em um dos polos apenas (Executivo ou Judiciário). Agem ambos no mesmo sentido, o que demonstra a *real* necessidade de afastar o preso do convívio com os demais.

Embora a lei tenha utilizado o termo *requerimento*, pensamos que o adequado seria *representação*. O diretor do estabelecimento penal não é parte na execução penal e não tem qualquer

interesse pessoal no cumprimento da pena, logo, cabe-lhe expor um fato e solicitar providências, o que é típico do termo *representação*. Assim como o delegado de polícia *representa* pela prisão temporária ou preventiva (não *requer* a prisão cautelar, pois não é parte interessada), deveria a autoridade administrativa *representar* pela inclusão no RDD, demonstrando, de modo detalhado, os fatos que lhe servem de base.

Cuidando-se de sanção disciplinar de natureza mista (provocada pela administração, mas decretada pelo juiz), com reflexo nítido na execução da pena, que possui essência jurisdicional, torna-se fundamental ouvir, previamente, as partes. Por isso, garante-se a manifestação do membro do Ministério Público, representando o Estado-acusação, bem como da defesa técnica do condenado (advogado constituído ou defensor público ou dativo). Nessa situação, não há possibilidade de haver somente a autodefesa por parte do sentenciado. Há uma previsão legal expressa de oitiva da defesa e a medida extravasa o âmbito de uma mera correção disciplinar dentro do próprio presídio. Na realidade, imposto o regime disciplinar diferenciado, será o preso transferido para estabelecimento apropriado e terá um regime carcerário totalmente diverso daquele que vinha experimentando.

Menciona a lei ser de 15 dias o prazo para a decisão judicial. Entretanto, permite-se, por medida de cautela, o isolamento preventivo do condenado, ordenado pela autoridade administrativa pelo prazo de 10 dias (art. 60, LEP). Ora, se o juiz levar 15 dias para dar a decisão, sem contar o prazo dado ao Ministério Público e à defesa para suas manifestações, é evidente que haverá um período superior aos mencionados 10 dias de isolamento preventivo. Decorrido este período, sem ter havido a decisão judicial, o que fará a autoridade administrativa? Retorna o preso ao convívio com os demais? Portanto, o ideal seria compatibilizar o período de isolamento preventivo com o prazo para o juiz decidir e também para a manifestação das partes. Enquanto tal reforma não se verifica, parece-nos deva o magistrado decidir em menor prazo, assim como as manifestações das partes devem ser colhidas brevemente, tudo para não ultrapassar os 10 dias de isolamento cautelar.

A recompensa é o método natural e usual de estímulo a qualquer pessoa para que produza mais ou apresente melhores resultados em variados setores da vida profissional, estudantil ou em outro cenário. *Recompensar* significa premiar, dar uma compensação pelo esforço, empenho ou sofrimento demonstrado por alguém para atingir um objetivo positivo. É evidente que, pretendendo-se a reeducação do condenado, o estímulo da recompensa pode e deve surtir efeito promissor. Estabelece o art. 55 desta Lei que as recompensas advirão do *bom comportamento*, da *colaboração com a disciplina* e em razão da *dedicação ao trabalho*. Nota-se, pois, não fugir do âmbito geral ideal da execução da pena: comportamento, disciplina e trabalho.

Segundo dispõe o art. 56 da LEP, constituem recompensas: “I – o elogio; II – a concessão de regalias. Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias”.

Do mesmo modo que, no caso da sanção, a advertência verbal se faz da autoridade administrativa ao preso, o *elogio* (ato de louvor ou de aprovação) também deve ser verbal, embora

anotado no prontuário, como forma de auxiliar a análise futura do comportamento do condenado.

A regalia é um privilégio ou uma vantagem que alguns auferem em detrimento de outros. Quando é feita de modo discricionário, sem qualquer critério, torna-se forma de expressão de abuso de autoridade e desprezo ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Porém, se uma permissão especial é concedida a determinado preso, de maneira justificada, com critérios preestabelecidos, de maneira transparente, em lugar de causar revolta nos demais, torna-se uma maneira útil de se incentivar o bom comportamento, a disciplina e o empenho no trabalho. É a aplicação da isonomia: tratar desigualmente os desiguais. Quem tem bom comportamento tem privilégios em relação a quem ostenta mau comportamento.

Não se deve permitir que a administração *invente* regalias, critérios e demais formas para privilegiar determinados presos em detrimento de outros. Exige-se respeito ao princípio da legalidade. É fundamental que a legislação estadual forneça o regramento básico, permitindo que, conforme as peculiaridades de cada presídio, a direção edite regulamentos internos, complementando a atividade do legislador. Na ausência de lei estadual, observa-se, muitas vezes, a estranha mania do Poder Executivo de *legislar* em matéria de execução penal, impondo regras e critérios sem qualquer amparo na voz do Poder Legislativo.

O Judiciário se omite, em várias situações, permitindo a lesão à legalidade. Registremos que o RDD foi criado, originalmente, por *resolução* de uma Secretaria de Estado, em São Paulo, sem passar pelo Congresso Nacional ou pela Assembleia Legislativa. Se o *mais* já foi feito (criação de sanção grave), o que se poderá dizer em relação ao *menos* (estabelecimento de regalias)? Porém, não podemos olvidar que, quanto maior poder se conceder ao Executivo para esse mister, menos jurisdicionalizada e menos regrada se tornará a execução penal, o que, em nosso entendimento, é lamentável.

## 5. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

---

A individualização da sanção disciplinar é o princípio constitucional da *individualização da pena*, com reflexos seus para outros cenários, como se pode observar pelo disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal. Para eleger a sanção disciplinar adequada a cada condenado faltoso, deve a direção do presídio analisar a natureza da sua infração (leve, média ou grave), os motivos que o levaram a cometê-la, as circunstâncias e consequências do fato e a pessoa do sentenciado (personalidade), bem como seu tempo de prisão. É uma reprodução minorada do art. 59 do Código Penal. No entanto, merecedora de aplauso. Aliás, esta é outra razão para que a decisão do diretor seja motivada, tanto quanto a do juiz.

O elemento concernente ao *tempo de prisão* é característica especial da execução penal, porém relevante. A personalidade de qualquer pessoa é dinâmica e mutável, variando conforme o ambiente onde se encontra. Se o preso está no cárcere há muitos anos apresenta-se de um modo; se é um

recém-chegado, de outro. A administração do presídio tem perfeita noção disso e pode discernir entre o ainda indisciplinado recém-chegado, que leva um tempo para habituar-se às várias regras do presídio, e o condenado de longa data, já acostumado à rotina do local. Por isso, a insubordinação do recém-chegado pode não ser tão grave quanto a mesma indisciplina demonstrada pelo condenado de vários anos. Daí a variação da sanção disciplinar.

Determina o art. 58 da Lei de Execução Penal que “o isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a 30 (trinta) dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. Parágrafo único. O isolamento será sempre comunicado ao juiz da execução”.

As sanções previstas nos incisos III e IV do art. 53 desta Lei tem o limite máximo de 30 dias, o que não significa devam, sempre, ser aplicadas nesse patamar. Ressalva-se o disposto no inciso V do mesmo artigo, pois o regime disciplinar diferenciado tem prazo totalmente diverso, podendo atingir 360 dias (passível de repetição, conforme o caso).

Embora o isolamento seja imposto pelo diretor do estabelecimento penal, comunica-se ao juiz da execução penal, que é também o corregedor do presídio, permitindo-lhe cumprir suas funções legais de fiscalização (art. 66, VI e VII, LEP).

## **5.1. Procedimento disciplinar**

Define o art. 59 da LEP que “praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa. Parágrafo único. A decisão será motivada”.

A ampla defesa é fundamental para a garantia de existência do devido processo legal na execução penal. Entretanto, temos sustentado ser suficiente a garantia ao preso de apresentação de seus motivos para o cometimento da falta (ou para a negação de ser o autor) pessoalmente.

Não há necessidade de defesa técnica, inclusive para não burocratizar e emperrar o procedimento administrativo, que necessita ser célere para a garantia da ordem e disciplina internas do estabelecimento penal. Se já não há defensor em número suficiente para dar amparo ao condenado no processo de execução penal, imagine-se criar um corpo de advogados, dentro do presídio, somente para cuidar de faltas disciplinares. Não quer isto dizer estar o juiz afastado do caso e impossibilitado de anular a falta indevidamente inscrita no prontuário do preso. Como já mencionamos, o preso se defende pessoalmente e eventual sanção lhe pode ser aplicada. Caso exista abuso ou cerceamento de defesa, invoca-se a atuação do juiz corregedor do presídio. Nesse caso, ingressa a defesa técnica e a falta anotada pode ser revista.

A indispensabilidade do procedimento disciplinar é o estrito cumprimento do devido processo legal, perfeitamente aplicável em sede de execução penal.

Sobre o recurso contra a sanção disciplinar, havendo silêncio desta Lei, a matéria deveria ser abordada por legislação estadual. Inexistindo esta, parece-nos plenamente cabível que a parte

prejudicada, no caso o preso, suscite o incidente de excesso ou desvio de execução, conforme o caso, com pedido liminar de sustação do ato sancionador, se preciso, ao juiz da execução penal. Não vemos o ato do diretor do presídio, ao isolar o preso, por exemplo, por 30 dias, como um simples *ato administrativo*, passível de impugnação por via do mandado de segurança na Vara da Fazenda Pública ou, na falta desta, em Vara Cível.

Cuida-se de situação inexoravelmente ligada à execução da pena e tudo o que concerne a essa matéria é da competência do juiz da execução penal, responsável pela fiscalização do presídio onde se encontra o condenado eventualmente prejudicado pela atitude da administração do estabelecimento penal. Note-se o disposto no art. 185 desta Lei: “Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em *normas legais ou regulamentares*” (grifamos). Ora, a descrição das faltas leves e médias deve ser feita, primordialmente, por legislação estadual e, subsidiariamente, pelos regulamentos internos dos presídios. As faltas graves estão descritas na Lei de Execução Penal, que é federal, de alcance nacional.

O procedimento para apurá-las e as sanções disciplinares estão elencadas nesta Lei. Poderá haver legislação estadual suplementar. Enfim, não se trata de uma matéria tipicamente administrativa e discricionária, sem qualquer ingerência do juízo da execução penal. Registremos, novamente, ser a execução da pena, no Brasil, de natureza mista, envolvendo uma parte administrativa e outra, jurisdicional. Por isso, todas as ocorrências que envolverem a vida do preso no cárcere concernem ao juízo próprio, um dos órgãos da execução penal (art. 61, II, LEP). Não há necessidade de se impetrar mandado de segurança ou *habeas corpus* neste juízo, bastando suscitar o incidente cabível (desvio ou excesso), com pedido liminar, que está dentro do poder geral de cautela de qualquer magistrado.

Exemplificando: uma punição grave – como o isolamento ou a suspensão de direitos – imposta sem sindicância e sem ouvir o preso pode ser por esta forma questionada e o juiz da execução penal tem competência para determinar, de imediato, a suspensão da ordem administrativa até que o incidente seja julgado. Uma sanção disciplinar indevida ou injusta é um patente desvio da execução. Ou, ainda, uma sanção disciplinar que ultrapasse os limites impostos pela lei é um nítido excesso de execução. Não se pode ficar circunscrito, em matéria de desvio ou excesso de execução, à pena em si, pois o referido art. 185 mencionou, além da sentença condenatória, as *normas legais ou regulamentares*. Entretanto, para qualquer solução que se adote, não há viabilidade em excluir qualquer *recurso* do preso contra a sanção disciplinar. Se ele optar pelo mandado de segurança (medida mais acertada que o *habeas corpus*, pois se está questionando a legalidade do ato administrativo), impetrado no juízo da execução penal ou da Fazenda Pública, merece ser conhecido e analisada a necessidade ou não de concessão de liminar. Não se pode, por ausência de previsão legal, deixar desamparado o condenado injustamente sancionado no âmbito administrativo-disciplinar. Para isso existe a ação constitucional para coibir abuso de poder ou ilegalidade

cometida por autoridade pública (art. 5.º, LXIX, CF).

E vamos além. Se, porventura, o preso, à falta de defensor para impetrar mandado de segurança e diante da urgência, optar pelo *habeas corpus*, que ele mesmo pode ajuizar, cuidando-se de matéria criminal, deve fazê-lo ao juiz da execução penal, mas também merece conhecimento e concessão ou denegação. Afinal, houve, na atualidade, um alargamento considerável na utilização do *habeas corpus*, que não mais se limita a coibir violência ou coação à liberdade de ir, vir e ficar, porém, se volta contra atos ilegais que violem indiretamente a liberdade individual.

Em resumo: a) a primeira e melhor opção seria o recurso administrativo previsto em lei, além de haver também a previsão expressa de recurso ao Judiciário, por meio do juiz da execução penal, afinal, nenhuma lesão será excluída da apreciação desse Poder; b) ausentes tanto o recurso na órbita administrativa quanto o meio de impugnação expresso no juízo competente, optamos pela suscitação do incidente de execução previsto no art. 185 desta Lei; c) não sendo a eleição do preso ou de seu defensor, entendemos aceitáveis tanto o *habeas corpus* (no juízo da execução penal, em razão da matéria discutida, que pode ser impetrado pelo condenado, sem advogado) quanto o mandado de segurança (preferencialmente, ao juiz da execução penal, também em função da matéria em debate, mas sem exclusão da opção pelo juiz da Fazenda Pública ou, na sua falta, à Vara Cível). A única opção que reputamos ilegal (e inconstitucional) é não haver recurso (ou meio de impugnação) algum à sanção administrativa disciplinar aplicada.

No caso de suscitação de incidente de excesso ou desvio de execução estão legitimados o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o sentenciado, o defensor e qualquer dos demais órgãos da execução penal, nos termos do art. 186 desta Lei (excetuando-se, obviamente, o juiz). Para o ajuizamento de *habeas corpus*, pode ser qualquer pessoa, inclusive o próprio sentenciado, bem como o Ministério Público. Cuidando-se de mandado de segurança, deve ser o sentenciado, por meio de seu defensor.

A decisão motivada é o reflexo natural do anterior procedimento administrativo de apuração da falta, onde se colhem provas e permite-se ao condenado exercer o direito à ampla defesa. Por isso, é mais que lógico haver fundamentação para a decisão administrativa. Do contrário, seria totalmente inútil produzir prova e ouvir o preso, pois a imposição imotivada de sanção equivaleria a um ato administrativo puramente discricionário, que, na essência, não o é.

Diz o art. 60 da LEP que a “autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até 10 (dez) dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente. Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar”.

A autoridade administrativa pode decretar o isolamento imediato e preventivo do condenado faltoso por até 10 dias. Entretanto, quando houver necessidade de decisão judicial para a inclusão no regime disciplinar diferenciado, como forma de sanção, somente para dar seu veredicto o magistrado

dispõe de 15 dias, sem contar o tempo gasto para ouvir as partes (MP e defesa). Logo, há uma incoerência nesses prazos, o que já apontamos na nota 144 ao art. 54, § 2.º, para a qual remetemos o leitor.

Nos moldes estabelecidos pelo art. 42 do Código Penal, na situação do art. 60 da Lei de Execução Penal, o tempo de isolamento cautelar, até a consolidação da sanção disciplinar, será computado para todos os fins. Exemplificando: se a sanção consistir em 30 dias de isolamento, o condenado cumprirá somente mais 20. Por outro lado, se a sanção consistir em inserção no regime disciplinar diferenciado por 360 dias, cumprirá somente mais 350. É natural que, ultrapassando-se por qualquer razão, o prazo de 10 dias para o isolamento preventivo, o acréscimo também será computado para fins de detração.

## 6. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

---

### Art. 50

STJ: “(...) 2. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça entendimento no sentido de que a desobediência aos agentes penitenciários constitui-se em falta grave, a teor do art. 50, VI, c/c o art. 39, II e V, ambos da Lei de Execuções Penais. 3. Na mesma linha, no caso concreto, pronunciou-se o *Parquet* Federal, *verbis*: ao contrário do alegado pela impetrante, a conduta praticada pelo paciente, ao desobedecer as ordens dos servidores do presídio, para que voltasse ao seu pavilhão habitacional apropriado, amolda-se perfeitamente ao previsto no artigo 50, inciso I e VI, c/c o artigo 39, incisos II e V, da LEP, o que impede o reconhecimento da atipicidade ou a desclassificação da conduta para infração média. De fato, ‘O art. 50, inciso VI, c.c. o art. 39, inciso II e V, da Lei de Execuções Penais, consideram a desobediência às ordens do agente penitenciário falta grave’ (STJ, HC 111.062/PR, Relatora a Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, *DJe* de 29.11.2010). Aliás, importa registrar que essa não é a primeira vez que o paciente, nos mesmos moldes, desobedeceu às ordens dos agentes penitenciários, conforme atesta o seguinte julgado paradigma proferido em seu desfavor: (...). 4. Inexistência, portanto, na espécie, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício. 5. *Habeas corpus* não conhecido” (HC 377551 – SP, 5.ª T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 21.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** a insubordinação, no contexto do sistema prisional, é, sem dúvida, uma falta grave, pois a sua reiteração e ampliação a outros presos pode gerar uma rebelião de severas consequências. Não importa o mérito da ordem dada; é preciso cumpri-la, ressalvado o comando despropositado e configurador de abuso de poder. No entanto, somente o caso concreto poderá delinear tal situação.

### Art. 41



TJTO: “1. O direito dos presos às visitas, notadamente as chamadas ‘visitas íntimas’, tem o condão de preservação da unidade familiar (que, obviamente, deve ser preexistente ao ingresso do reeducando no Sistema Prisional), não o de promover recreação sexual ou afetiva ao condenado. 2. A medida de suspensão ou restrição de caráter individual de direitos referida no art. 41, parágrafo único, da LEP não se confunde com sanção disciplinar, aplicada após procedimento específico, mas decorre de fatores excepcionais. 3. Recurso conhecido e não provido” (AgExPe 0001713-90.2017.827.0000 – TO, 2.<sup>a</sup> Câmara Criminal – 2.<sup>a</sup> Turma, rel. Luiz Gadotti, 21.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** as “visitas íntimas”, envolvendo relacionamento sexual, não constituem um *direito* do preso, pois a previsão feita no art. 41, X, da LEP, concerne às normais visitas de cônjuges, companheiros, parentes e amigos. No entanto, o julgado supra considerou-a um autêntico direito, voltado à preservação da unidade familiar, o que não deixa de ser um ponto de vista relevante. No entanto, o corte nessas visitas (previsto no parágrafo único do art. 41) não tem fundamento em sanção disciplinar, mas conveniência do presídio, calcado em fatores excepcionais.

#### **Art. 45**

TJMS: “I – Ocorrendo falta grave durante o cumprimento de pena, inexistente obrigatoriedade da realização de audiência de justificação se o agente foi ouvido em procedimento administrativo disciplinar instaurado para tal fim, assegurando-lhe o exercício de defesa. II – Inexistindo provas acerca da autoria do agravante na execução de escavação de túnel em cela, e sendo impossível a aplicação de sanção coletiva, nos termos dispostos no artigo 45, § 3º, da LEP, impõe-se desconstituir a decisão que reconheceu prática de falta grave. II – Recurso a que, em parte com o parecer, dá-se provimento.” (AgExec Penal 0047174-36.2016.8.12.0001 – MS, 3.<sup>a</sup> Câmara Criminal, rel. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 23.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado traz à discussão a relevante questão concernente à sanção aplicada de modo coletivo, quando não se sabe exatamente quais foram os autores de determinada falta grave. O art. 45, § 3.º, da LEP, é bem claro ao proibir essa forma de sanção. Por isso, muitas escavações de túneis, quando descobertas antes da fuga, dificilmente dão margem à punição, porque os detentos não assumem nem apontam quem realizou o trabalho. Por outro lado, o acórdão aponta a necessidade de defesa, garantida ao preso, mesmo que seja no procedimento disciplinar instaurado pelo próprio presídio. Esse é o entendimento majoritário atualmente.

#### **Art. 49**

TJDFT: “1. Correto o reconhecimento da falta grave prevista no art. 50, II, a LEP, se os

elementos colhidos no inquérito disciplinar, especialmente as declarações de agentes penitenciários, as quais gozam de fé pública, demonstram que o apenado tentou fugir do estabelecimento prisional. 2. Inviável a classificação da fuga tentada como falta disciplinar de natureza média, porquanto, nos termos do parágrafo único do artigo 49 da LEP, ‘pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada’. Ademais, é extremamente grave a conduta do sentenciado que tentou evadir-se do presídio, tendo quebrado a parede da cela e sendo detido já na área externa do estabelecimento prisional. 3. Recurso de agravo conhecido e não provido” (RAG 20160020159963 – DFT, 3ª Turma Criminal, rel. Jesuino Rissato, 01.09.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado avaliou uma tentativa de fuga e permitiu a punição como falta grave, em virtude do disposto no art. 49, parágrafo único, da LEP, equiparando a tentativa à falta consumada. No caso da tentativa de fuga, especialmente nesse caso concreto, torna-se visível a atividade do preso: quebrou a parede da cela e foi detido já na área externa do estabelecimento prisional. Parece-nos razoável e proporcional a punição como falta grave. Mas nem todas as faltas descritas no art. 50 da LEP comportam uma tentativa tão evidente, perniciosa e perigosa à segurança do presídio. Imagine-se a tentativa de descumprir regra do regime aberto; tentativa de insubordinação; tentativa de retardar uma obrigação etc. São formas quase abstratas de falta, pois impalpáveis no mundo naturalístico, logo, não podem ser punidas como faltas graves.

## **Art. 50**

TJSC: “1. A falta grave definida no art. 50, III, da Lei de Execuções Penais se consuma com a simples detenção de objetos aptos a causar lesão à integridade de alguém, não exigindo resultado ou objetivo específicos. Pode-se dizer, assim, que é equivalente aos crimes de mera conduta, bastando a demonstração da sua posse por parte do reeducando. 2. Assim, se os elementos de prova carregados aos autos – notadamente as declarações do agente penitenciário responsável pela revista na cela – são contundentes em atestar que junto aos pertences do réu foram encontrados objetos perfurocortantes, o reconhecimento da falta grave, nos termos do art. 50, III, da Lei n. 7.210/84, é medida que se impõe (TJSC, Recurso de Agravo n. 2014.013111-9, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 7/8/2014)” (AgExec Penal 0008732-85.2015.8.24.0038 – SC, 3ª Câmara Criminal, rel. Moacyr de Moraes Lima Filho, 18.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado aponta uma precisa descrição da falta grave prevista no art. 50, III, da LEP (“possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem”) relacionando-a aos crimes de atividade (formais e de mera conduta), que independem de resultado naturalístico para se consumar, bastando a prática da conduta. No campo das infrações penais, seria o equivalente a ter consigo arma de fogo sem registro ou autorização

legal.

## Art. 60

TJRJ: “1. Trata-se de Recurso Defensivo de Agravo de Execução Penal, no qual o Agravante busca a desconstituição de decisão proferida pelo Juiz da Execução no sentido da sua transferência para presídio federal pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias e de sua inclusão em RDD. Em síntese, aduz: a decisão proferida cautelarmente em 21/6/2016, sem a oitiva da Defesa, afronta os princípios do contraditório e da ampla defesa; não há comprovação de motivos que justifiquem a remoção do apenado, sendo que os argumentos deduzidos pelo Secretário de Segurança são os mesmos que já eram descritos em 2010; inexistente o *periculum in mora*, pois o pleito da SESEG foi deduzido em abril/2016 e a decisão foi proferida em junho/2016; na decisão foi ainda autorizada a inclusão preventiva do reeducando no Regime Disciplinar Diferenciado, com base no art. 60 da LEP, a qual foi convertida em definitiva, sendo que não houve pedido para tal e, por outro lado, os motivos para o RDD não subsistem, eis que deferido o pleito da SESEG de transferência do Agravante para Presídio Federal; a publicação para manifestação defensiva em nome de patrona que não é a do Agravante, ocorrida em 13 de julho de 2016, também torna nula a decisão proferida em 15 de julho de 2016 que converteu em definitiva a decisão cautelar de inclusão do Agravante em RDD. 2. Compulsando os autos, constata-se o seguinte: 2.a. No primeiro *decisum* atacado, da lavra no MM. Juiz de Direito Dr. Eduardo Perez Oberg, datado de 21/06/2016 (Indexador 000056/57), foi determinada a remoção cautelar e emergencial do Agravante para um dos Presídios Federais situado em outro Estado da Federação, pelo prazo de 360 dias, enquanto permanecerem íntegros os motivos de interesse de segurança pública, destacados em Relatório de Inteligência, deferindo-se, assim, pedido deduzido pelo Secretário de Estado de Segurança, bem como foi autorizada, ainda, a inclusão preventiva do Agravante no Regime Disciplinar Diferenciado, com base no art. 60 da Lei nº 7210/84: ‘Diante da presença do *periculum in mora* e do narrado no extrato de inteligência que aponta o grau de periculosidade do apenado acolho, aqui, de forma cautelar, a fundamentação da SESEG para inclusão do reeducando em epígrafe no Sistema Penitenciário Federal, com base no art. 5º, § 6º da Lei nº 11.671/2008, bem como no art. 9º do Decreto nº 6877/2008 e ainda no art. 3º, do CPP c/c art. 297 do CPC/2015, a fim de resguardar a efetividade da tutela pleiteada por conta da segurança pública, principalmente observando que neste estado serão realizados os Jogos Olímpicos de 2016 em agosto. Assim, com base no art. 86 e seu par. 1º, da LEP, guardião do interesse da segurança pública, e no pregão do artigo 3º, inciso I, III, IV do Decreto nº 6877/2009, AUTORIZO A REMOÇÃO CAUTELAR E EMERGENCIAL do preso M. G. M. R., vulgo ‘Marcinho do Turano’, para um dos presídios federais da União, noutro Estado da Federação, estabelecendo o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, *si et in quantum* permanecerem íntegros os fundamentos de deslocamento da

competência, ou seja, os motivos de interesse de segurança pública. (...) Autorizo, ainda, a inclusão preventiva do reeducando no Regime Disciplinar Diferenciado, com base no art. 60 da Lei nº 7210/84.’ 2.b. Como se vê do indexador 0000065, o Magistrado *a quo* determinou a intimação da Defesa do Agravante para manifestação em 05 dias, o que foi feito através de Diário Oficial, porém na pessoa da Advogada de nome Cristina, antes também constituída pelo Agravante, como se vê dos documentos constantes dos indexadores 000067 a 69. Na data de 15/7/2016, foi juntada aos autos Procuração outorgada pelo Agravante à i. Advogada que aqui o patrocina, Dra. Geisa Ferreira de Santana, como se vê dos indexadores 000070 a 71. E a nobre Patrona se manifestou sobre a remoção cautelar e emergencial do Agravante para o Presídio Federal e sobre sua inclusão preventiva no RDD, como se vê da petição constante do indexador 000072, sendo certo que, no entanto, registre-se, tal petição foi juntada de forma incompleta aqui nestes autos, ou seja, foi trazida a este feito apenas a primeira folha da referida manifestação. Registro, ainda, que, observando o protocolo que consta da referida decisão, não consigo identificar o dia de julho/2016 em que tal petição foi apresentada, ou seja, se em ‘15’ ou se em ‘19’, e, de acordo com a inicial deste HC, a decisão abaixo foi proferida antes de decorrido o prazo legal para a manifestação defensiva. Na data de 15/7/2016, foi proferida a segunda decisão atacada, também de lavra do mesmo Magistrado. Em tal oportunidade o Magistrado tornou definitiva parte da decisão acima destacada, ou seja, apenas quanto à inclusão do Agravante em RDD, sendo determinada a intimação do MP e da Defesa (indexador 000075): ‘DEFIRO o requerimento de submissão do apenado em epigrafe ao regime disciplinar diferenciado, na forma do disposto no artigo 52, parágrafo segundo, da Lei de Execuções Penais, estabelecendo o prazo limite de 360 (trezentos e sessenta dias), a contar da ciência da decisão de fls. 36/37 pela autoridade custodiante, convertendo em definitiva a decisão de fls. 36/37, quanto ao pedido de inclusão em RDD’. 2.c. Por fim, em 29/7/2016, o Magistrado *a quo* proferiu a terceira decisão atacada, qual seja, aquela em que tornou definitiva a determinação, antes dada em sede cautelar, de transferência do Agravante para um dos Presídios Federais fora do Estado do Rio de Janeiro (indexadores 0000076 a 82). 3. Análise do mérito deste Recurso. Como se vê dos autos, o Secretário de Estado de Segurança Pública requereu a transferência do Agravante M. G. M. R., vulgo ‘Marcinho do Turano’, para presídio federal de segurança máxima noutro Estado da Federação, ao argumento de que o mesmo seria uma das principais lideranças da facção criminosa denominada CV (Comando Vermelho), chefiando o tráfico de drogas em diversas comunidades dentre as quais, Morro do Turano, Morro da Mineira e Morro da Paula Ramos. Os autos dão conta, ainda, de que as razões elencadas pelo Senhor Secretário baseiam-se em Relatório de Inteligência, segundo o qual o Agravante: mesmo preso, ainda seria líder da facção supracitada; quando solto, seria um dos principais responsáveis por determinar e comandar grande parte das ações violentas praticadas por integrante do Comando Vermelho neste estado; foi transferido para o Sistema Penitenciário Federal em 2010, onde permaneceu

custodiado até abril de 2015; no entanto, já estaria praticando atos semelhantes aos que ensejaram a sua transferência para penitenciária federal, participando de decisões de ‘comissão’, composta por lideranças da facção criminosa Comando Vermelho reclusas no Sistema Penitenciário Estadual, com a incumbência de coordenar ações criminosas a serem executadas por pessoas em liberdade; tais ações teriam o objetivo de atender aos interesses da referida facção, como expansão de domínio, invasão de áreas dominadas por facções rivais, ataques às bases de Unidade de Polícia Pacificadora, entre outros delitos; de dentro das unidades prisionais, os líderes das facções criminosas conseguiram controlar a parte financeira do crime; o agravante teria passado a administrar os recursos da facção após a transferência de Carlos Henrique dos Santos Gravini para o Sistema Penitenciário Federal; tais recursos seriam utilizados para pagamento de diversas despesas de presos. Destaca o Extrato de Inteligência, ainda, a apreensão de drogas, diversos celulares e um roteador de sinal de internet dentro da Penitenciária Gabriel Ferreira Castilho, unidade onde o agravante esteve preso, havendo determinação do juízo da Execução no sentido de serem removidas as antenas de TV de presídios estaduais com o objetivo de obstar a comunicação dos internos com os comparsas em liberdade. Assim, conclui o Senhor Secretário que ‘a transferência de M. G. de M. R. para presídio de segurança máxima do Sistema Penitenciário Federal é fundamental, visando o interesse da Segurança Pública, e com o fim de se evitar novas associações e articulações para a Inteligência, o mesmo ainda seria um dos líderes da facção criminosa Comando Vermelho’, tendo o Magistrado a quo destacado que ‘este é o motivo de interesse da segurança pública, a integração do apenado com a facção criminosa e a facilidade de comunicação com a sua organização responsável por uma série de ações delituosas, como descrito nos extratos de inteligência da Secretaria de Segurança’ e que ‘a permanência do apenado fora dos limites do Estado do Rio de Janeiro é um importante obstáculo ao fluxo de comunicações entre tais líderes e seus comandados, no que tange à transmissão de ordens ilícitas, o que viabiliza a continuidade da austera política de segurança pública implementada pelas autoridades fluminenses’ e, por fim, que ‘daí o inelutável interesse da segurança pública em manter a atual política de segurança, e dar fim à *guerra do tráfico*, objetivo que pode estar comprometido com a manutenção do apenado em local próximo à atuação da sua organização criminosa, facilitando a comunicação entre seus pares’. Com a devida vênia da nobre Defesa, os fatos destacados pela Secretaria de Segurança, constantes de Relatório de Inteligência, impunham urgência na apreciação e deferimento de seu requerimento que, segundo o Agravante, foi deduzido em 10 de junho de 2016. Neste contexto, o deferimento imediato do pleito deduzido, após ciência e manifestação do Ministério Público, com a determinação, em caráter emergencial e cautelar, da transferência do Agravante para Presídio Federal e de sua inclusão em RDD, antes mesmo de ouvir a Defesa deu-se em atendimento ao interesse público, que prevalece sobre qualquer outro, como já destacado. Finalmente, registre-se, ainda, que a decisão cautelar foi proferida às

vésperas dos Jogos Olímpicos 2016, sediados no Estado do Rio de Janeiro. No contexto destacado, as providências adotadas cautelarmente sem a prévia e completa instrução, encontram, inclusive, previsão legal, como se vê do art. 5º, §6º da Lei nº 11.671/2008 e art. 9º do Decreto nº 6.877/2009, bem como dos arts. 50 a 60 da Lei de Execução Penal. Desta forma, não há qualquer nulidade na decisão cautelar proferida.

4. Posteriormente, as decisões cautelares de inclusão do Agravante em RDD e de sua transferência para Presídio Federal foram tornadas definitivas, como já destacado.

4.a. No que tange à inclusão do Agravante em RDD, a mesma foi determinada com fulcro no art. 52, § 2º da Lei nº 7.210/1984, o qual dispõe: Art. 52. (...) § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. E, como dito, no caso em questão, o teor do Relatório, já aqui destacado, evidencia tratar-se da hipótese legalmente prevista no dispositivo em que se fundamentou o Juiz *a quo*, acima transcrito. E a Defesa, também como já aqui registrado, manifestou-se nos autos a respeito. Ainda que, nos termos também antes destacados, não se tenha identificado aqui se a decisão de conversão da inclusão preventiva em definitiva se deu antes ou depois da manifestação defensiva, fato é que o legislador autoriza que a providência seja determinada pelo Magistrado e fato é, também, que, posteriormente, o Juiz *a quo* se manifestou, em Juízo de retratação, sobre os mesmos argumentos defensivos deduzidos a respeito. Assim, com a devida vênia, não há que se falar em nulidade.

4.b. No que se refere à transferência do Agravante para Presídio Federal, a providência cautelar foi tornada definitiva em decisão proferida na data de 29/7/2016, portanto, após expressa manifestação defensiva, como antes detalhado, de modo que não há que se falar em nulidade.

5. Por fim, no que tange à necessidade das medidas adotadas pelo Juiz da Execução, a mesma, como se viu, está clara nos autos. O Relatório de Inteligência, cujo teor vem apontado na Decisão impugnada, é detalhado. A corroborar seu teor, também como destacado na Decisão vergastada, houve apreensão de drogas, diversos celulares e um roteador de sinal de internet dentro da Penitenciária Gabriel Ferreira Castilho, unidade onde o agravante esteve preso. Argumenta o Agravante, ainda, que os argumentos deduzidos pelo Secretário de Segurança são os mesmos que já eram descritos em 2010. Ora, o fato de os argumentos serem os mesmos há mais de cinco anos não favorece o Agravante, ao contrário, apenas corrobora a conclusão de que, a despeito das cautelas que vem sendo adotadas pelo Juiz da Execução para o resguardo da ordem pública, as mesmas não vem sendo suficientes, e, por via de consequência, corrobora, também, que o retorno do Agravante a Presídio Federal de segurança máxima e fora do Estado do Rio de Janeiro era medida que se impunha e que deve ser mantida. Aliás, repita-se o seguinte trecho da decisão proferida pelo Magistrado da Execução em 29/7/2016: ‘(...) foi transferido para o Sistema Penitenciário Federal em 2010, onde permaneceu custodiado até abril de 2015; no entanto, já estaria praticando atos semelhantes aos que ensejaram a sua transferência para

penitenciária federal, (...)'. Conclusão: a decisão vergastada mostra-se devidamente fundamentada expondo claramente os motivos ensejadores da necessidade de transferência do apenado para um dos Presídios Federais e de sua inclusão em RDD, estando, pois, devidamente amparada na Lei de Execuções Penais e na Lei nº 11.671/08, regulamentada pelo Decreto 6.877/09, que dispõe sobre a transferência de presos para Estabelecimentos Penais Federais. Neste sentido é a Jurisprudência desta Oitava Câmara Criminal em casos semelhantes. 6. Negado provimento ao recurso, mantendo-se, na íntegra, as Decisões vergastadas” (AgExec Penal 0064037-75.2016.8.19.0000 – RJ, 8ª Câmara Criminal, rel. Adriana Lopes Moutinho, 26.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado supracitado é um modelo claro de exposição dos motivos pelos quais se insere um preso no Regime Disciplinar Diferenciado. Há os argumentos defensivos e os contra-argumentos da ilustre relatora, demonstrativos do fundamento de existência do referido regime.

## 7. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Deveres do condenado:** trata-se de uma consequência natural do explicitado no art. 38 do Código Penal (“O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”). Afora a liberdade, direito restringido por força de pena privativa, há que se considerar o que pode – e o que não pode – fazer o condenado em estabelecimentos penais. Desatendendo as regras, pode praticar faltas leves, médias ou graves (estas últimas estabelecidas claramente em lei), impedindo a percepção de benefícios durante a execução penal.

**Direitos do condenado:** encontrando-se em estabelecimento penal administrado pelo Estado, o preso tem os seus direitos específicos, tratados no art. 41 da Lei de Execução Penal. É preciso que existam, expostos em lei, para evitar a não aplicação. O fato de estar preso não torna o sujeito completamente despojado de interesses.

**Visita íntima:** diversamente do direito de visita, assegurado a todos os presos, pelos familiares e amigos, criou-se, sem respaldo em lei, o direito à *visita íntima*, significando que os sentenciados podem ter contato sexual com parceiros(as). A reiteração da prática gerou um direito costumeiro que precisa ser respeitado, salvo quando colocar em risco a segurança do presídio.

**Faltas disciplinares:** as faltas graves estão previstas, expressamente, no art. 50 da Lei de Execução Penal. As faltas leves e médias, segundo entendemos, devem originar-se de leis estaduais. Infelizmente, atos administrativos têm fixado o conteúdo das faltas leves e médias e os juízos de execução acabam aceitando.

**Regime disciplinar diferenciado:** cuida-se de uma forma de cumprimento da pena, no regime fechado

quando o preso apresenta particular periculosidade ao presídio ou à sociedade. Por decisão judicial, o condenado é inserido em cela individual, sem contato com outros presos, podendo sair da cela duas horas por dia e receber visitas. Não tem o direito de contatar outros condenados.

**Deveres  
do condenado  
(art. 39)**

- comportamento disciplinado e fiel cumprimento da sentença
- obediência ao servidor e respeito com quem deva relacionar-se
- urbanidade e respeito no trato com outros condenados
- não aderência a movimentos de fuga ou subversão à ordem
- execução do trabalho e das tarefas ordenadas
- submissão à sanção imposta
- indenização à vítima ou seus sucessores
- indenização ao Estado
- higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento
- conservação de objetos de uso pessoal

Obs.: aplica-se ao preso provisório o disposto neste artigo



**Direitos do  
preso (art. 41)**

- alimentação e vestuário
- atribuição de trabalho e remuneração
- previdência social
- constituição de pecúlio
- distribuição paritária entre trabalho e descanso ou recreação
- exercício de atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas
- assistência material à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa
- proteção contra qualquer forma de sensacionalismo
- entrevista pessoal e reservada com o advogado
- visita do cônjuge, companheira, parentes e amigos
- chamamento nominal
- igualdade de tratamento
- audiência especial com o diretor do estabelecimento
- direito de representação e petição a qualquer autoridade
- contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita e outros meios de informação
- atestado de pena a cumprir

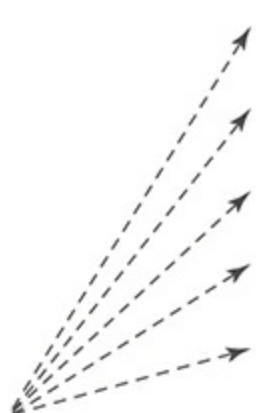
**Falta grave do  
condenado (art. 50)**

- incitar ou participar de movimento para submeter a ordem ou a disciplina
- fugir
- possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem
- provocar acidente de trabalho
- descumprir as condições do regime aberto
- deixar de obedecer ao servidor e não trabalhar
- ter aparelho telefônico, rádio ou similar, que permita comunicação com outros presos ou ambiente externo

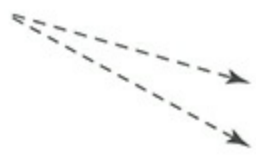
**RDD – Regime  
Disciplinar Diferenciado  
(art. 52)**

- prática de fato previsto como crime doloso
- subversão da ordem do presídio
- sujeição a duração máxima de 360 dias, como regra
- recolhimento em cela individual
- visitas semanais de duas pessoas, por duas horas (sem contar crianças)
- direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol
- há possibilidade de abrigar presos provisórios

**Sanção**

- 
- advertência verbal
  - repreensão
  - suspensão ou restrição de direitos
  - isolamento na própria cela
  - Inclusão no RDD

**Recompensas  
do preso**

- 
- elogio
  - concessão de regalias



## Capítulo VII

# Dos órgãos da execução penal

## 1. ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO PENAL

---

Dispõe o art. 61 da Lei de Execução Penal serem órgãos da execução penal: “I – o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II – o Juízo da Execução; III – o Ministério Público; IV – o Conselho Penitenciário; V – os Departamentos Penitenciários; VI – o Patronato; VII – o Conselho da Comunidade; VIII – a Defensoria Pública”.

Os órgãos da execução penal: são os que, de alguma forma, interferem no cumprimento da pena de todos os condenados, fiscalizado, orientando, decidindo, propondo modificações, auxiliando o preso e o egresso, denunciando irregularidades etc. Cada qual na sua função, os órgãos da execução penal tutelam o fiel cumprimento da pena, de acordo com a sentença condenatória e com os parâmetros legais. Parece-nos, entretanto, que, dentre esses órgãos, deveria ter sido incluída a defesa do condenado, parte indispensável no processo de execução penal. Nessa ótica, conferir as lições de Ada Pellegrini Grinover<sup>1</sup> e de Antonio Magalhães Gomes Filho.<sup>2</sup>

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é um colegiado com sede em Brasília e subordinado ao Ministério da Justiça, composto por treze membros designados pelo Ministro da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, além de membros da comunidade e dos Ministérios da área social (arts. 62 e 63, LEP). Suas atribuições estão descritas no art. 64 desta Lei. Olvidaram-se os profissionais vinculados estreitamente ao ramo autônomo do Direito de Execução Penal (aliás, denominação dada na Exposição de Motivos desta Lei), que, conforme já expusemos na nota 4 ao art. 1.º, é independente do Direito Penal, do Processo Penal e do Direito Penitenciário. Constitui, certamente,

uma junção desses ramos, mas ganha força e liberdade intelectual cada vez maior.

A organização judiciária (estadual e federal) nacional está estruturada para a criação e autonomia das Varas de Execução Penal, juízos especializados, que, diversamente da área cível, executam as sentenças condenatórias definitivas, provenientes das Varas Criminais e do Júri. Temos sustentado a necessidade de preparo igualmente especializado – e por que não dizer *vocacional*? – dos magistrados atuantes nessas Varas. Parece-nos incompatível, na atualidade, admitir-se a promoção e remoção de juízes para qualquer Vara, sem apurar o seu grau de especialização, conhecimento, preparo e afeição ao trabalho que irá desempenhar. Se, em qualquer profissão, cresce, cada vez mais, o nível de especialização pormenorizado de cada agente (ex.: há médicos singularizados em cada uma das áreas da sua profissão, de modo que a antiga figura do *clínico geral* praticamente desapareceu nos grandes centros urbanos, remanescendo somente em regiões do interior), a magistratura carece do mesmo enfoque. Juízes sem paciência em ouvir as partes, por exemplo, não irão desempenhar a contento sua função em Varas de Família.

Do mesmo modo, magistrados que não se dediquem à causa da regeneração de pessoas humanas, bem como não tenham um domínio mínimo das matérias com as quais lidará no seu dia a dia (Penal, Processo Penal, Execução Penal), provavelmente, serão copartícipes de desarranjos no sistema carcerário e não contribuirão para a ressocialização do egresso, até pelo fato de se distanciarem da comunidade. Ao contrário, juízes vocacionados para a execução penal facilitam a comunicação entre o Poder Executivo e seus agentes, administradores dos presídios, e os presos e seus familiares, bem como conseguem penetração na comunidade onde atuam, fazendo proliferar os Patronatos e os Conselhos da Comunidade. É tempo de repensar esse ponto.

Da mesma forma que a organização judiciária, o Ministério Público (estadual e federal) vem criando cada vez mais cargos exclusivos de promotores e procuradores da República para atuar junto a Varas especializadas de Execução Penal. As mesmas observações que fizemos em relação à magistratura, no tocante à exigência de especialização e aptidão para o desempenho das funções em matéria de execução penal, estendemos ao Ministério Público. Se o representante da Instituição trabalhar em harmonia não somente com o juiz, mas também com os demais órgãos da execução penal, certamente, melhor e mais firme será a fiscalização em relação ao cumprimento da pena. Não significa que o promotor ideal é o que persegue implacavelmente o condenado, sempre buscado mantê-lo no cárcere e posicionando-se contrariamente, quase com automatismo, pela concessão de benefícios.

Tampouco deve ser um promotor-advogado, aquele que pretende agir como se defensor do condenado fosse, concordando com todos os benefícios e apressando a libertação do sentenciado, seja para esvaziar presídios, seja pelo fato de não acreditar na pena de prisão. Em execução penal, segundo cremos, tem preferência a legalidade, em lugar da ideologia pessoal de cada profissional (membro do Ministério Público ou juiz), excetuando-se, naturalmente, o advogado, que deve sempre pleitear em favor do condenado. Portanto, o promotor vocacionado fará, em sua Comarca, imensa

diferença, constituindo autêntico fiscal da execução penal, mas também coautor da regeneração do condenado.

O Conselho Penitenciário é o órgão colegiado estadual, cuja finalidade é fiscalizar a execução e emitir pareceres em certas matérias. É composto, nos termos do art. 69, § 1.º, desta Lei, por membros nomeados pelo Governador dentre professores e profissionais da área de Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, além de representantes da comunidade. Faltou, como já mencionamos na nota 159 ao art. 61, I, supra, menção expressa ao Direito de Execução Penal.

Os Departamentos Penitenciários, subordinados ao Ministério da Justiça, nos termos do art. 71 desta Lei, são os órgãos executivos da Política Penitenciária Nacional, constituindo o apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Cada um é o executor das metas traçadas pelo CNPCP. Pode ser de âmbito nacional (Departamento Penitenciário Nacional), como também estadual (Departamento Penitenciário Estadual). Suas atribuições estão elencadas no art. 72 desta Lei.

O patronato é órgão público ou privado de assistência ao albergado (condenado em regime aberto) e ao egresso (aquele que deixa o presídio, pelo prazo de um ano, bem como o que se encontra em livramento condicional), composto por membros da comunidade. Suas atribuições estão enumeradas no art. 79 desta Lei.

O Conselho da Comunidade é órgão colegiado local, situado em cada Comarca onde haja presídio, composto, nos termos do art. 80 desta Lei, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela OAB, um defensor público, indicado pelo Defensor Público Geral, e um assistente social, escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Podem existir outros membros (ex.: um psicólogo, um especialista em psiquiatria forense etc.). O juiz da execução penal deve cuidar de sua instalação e composição (art. 66, IX, LEP). Como faculta o art. 80, parágrafo único, desta Lei, não havendo, na Comarca, os representantes elencados no *caput* do referido art. 80, pode o magistrado escolher outros profissionais para compô-lo. Note-se que, em várias Comarcas, por falta de interesse do juiz da execução penal, não há Conselho da Comunidade instalado, nem tampouco Patronatos. Eis aí mais uma razão para se demandar do magistrado aptidão para o exercício da jurisdição especializada em Vara de Execução Penal. As atribuições do Conselho estão enumeradas no art. 81 desta Lei.

Há muito, aguardava-se a instituição da Defensoria Pública como um dos órgãos da execução penal, com o fim de dar assistência jurídica gratuita aos presos em geral, particularmente aos hipossuficientes. A Lei 12.313/2010 inseriu o inciso V do art. 61, ao mesmo tempo em que o Poder Executivo deve implementar, na prática, a instalação desse organismo junto aos presídios para dar eficiência à lei. Com isso, conseguir-se-á assegurar o respeito ao contraditório e à ampla defesa no processo de execução penal.

## **2. CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA/**

Trata-se de órgão de natureza política, vinculando-se à política nacional, o Conselho é formado pelo Ministro da Justiça, razão pela qual há um forte conteúdo político nessas designações. Dificilmente, vê-se, nos meios de comunicação em geral, a atuação crítica desse Conselho em face da atividade governamental quanto à administração penitenciária. A explicação é lógica: a sua composição é *amistosa*. Na prática, portanto, o Conselho acaba propondo diretrizes harmônicas com o Governo, seja de que partido for, deixando de exercer a importante função crítica e a devida fiscalização dos presídios. Em lugar de se dirigir à sociedade, como órgão público que é, criticando, por exemplo, a falta de Casas do Albergado em vários Estados ou a superlotação de inúmeros estabelecimentos penais, termina por agir de maneira imperceptível aos meios de comunicação. Por isso, os critérios de composição de tão importante Conselho deveriam ser alterados, dando-lhe maior autonomia e independência do Poder Executivo. A sua *subordinação* ao Ministério da Justiça, como determina o art. 62 desta Lei, acaba por transformá-lo em mais um apêndice do Governo. Para agir de modo *controlado* e *pacato*, não haveria necessidade de existir. Bastaria o Ministério da Justiça dispor de assessores para tanto, recrutados, inclusive, dentre profissionais das áreas do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário etc.

Quanto à política criminal, trata-se de “um modo de raciocinar e estudar o Direito Penal, fazendo-o de modo crítico, voltando ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como com vistas à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento. A política criminal se dá tanto antes da criação da norma penal como também por ocasião de sua aplicação”. Logicamente, neste último contexto (aplicação da lei penal), encontra-se a execução penal. Por isso, cabe ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária “propor diretrizes da política criminal”, vale dizer, como o Poder Público deve combater a criminalidade e preveni-la. Dentre suas atribuições, encontra-se avaliar periodicamente o sistema criminal brasileiro para a sua adequação às necessidades do País (art. 64, III, LEP).

Na Lei de Execução Penal, dispõem os artigos 62, 63 e 64, respectivamente, o seguinte: “O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com sede na Capital da República, é subordinado ao Ministério da Justiça”; “O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária será integrado por 13 (treze) membros designados através de ato do Ministério da Justiça, dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social. Parágrafo único. O mandato dos membros do Conselho terá duração de dois anos, renovado 1/3 (um terço) em cada ano”; “Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe: I – propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança; II – contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; III – promover a avaliação periódica do sistema

criminal para a sua adequação às necessidades do País; IV – estimular e promover a pesquisa criminológica; V – elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; VI – estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados; VII – estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; VIII – inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatório do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbidas as medidas necessárias ao seu aprimoramento; IX – representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; X – representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal”.

### **3. JUÍZO DA EXECUÇÃO**

---

Cabe à organização judiciária atual, que possui o propósito nítido de criar e instalar Varas especializadas em execução penal por todo o Brasil. Por isso, ao menos nos grandes centros urbanos, a execução da pena não ficará a cargo do juiz da sentença, como mencionado no art. 65, parte final. Entretanto, em Comarcas menores, especialmente as de entrância inicial, onde pode existir apenas uma Vara, é natural que o mesmo juiz que condena seja, igualmente, o responsável pela execução da pena.

Compete ao juiz da execução (art. 66, LEP) o seguinte: “I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II – declarar extinta a punibilidade; III – decidir sobre: *a)* soma ou unificação de penas; *b)* progressão ou regressão nos regimes; *c)* detração e remição da pena; *d)* suspensão condicional da pena; *e)* livramento condicional; *f)* incidentes da execução; IV – autorizar saídas temporárias; V – determinar: *a)* a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; *b)* a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; *c)* a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; *d)* a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; *e)* a revogação da medida de segurança; *f)* a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; *g)* o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; *h)* a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1.º do art. 86 desta Lei; VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade; X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir”.

A execução penal, no Brasil, é, basicamente, atividade jurisdicional. Cabe ao magistrado

conduzi-la e fiscalizar o cumprimento da pena, bem como os estabelecimentos penais. Secundariamente, porém não menos importante, está a atuação do Poder Executivo, encarregado de criar, sustentar, controlar e organizar a estrutura dos presídios.

A aplicação da lei penal mais favorável é uma das principais atividades do juiz da execução penal, que, aliás, já deu margem a muita discussão – e continua gerando – no campo acadêmico e mesmo no âmbito dos tribunais quanto à amplitude da competência de *reforma* de decisões condenatórias definitivas.

Primeiramente, cabe lembrar ser preceito constitucional a *retroatividade da lei penal benéfica* (art. 5.º, XL, CF). No mesmo sentido, dispõe o art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Tem o juiz da execução penal, portanto, competência para *modificar* qualquer decisão condenatória definitiva, adaptando-a à nova lei penal benigna. As críticas feitas a essa atribuição podem advir de parcela da doutrina, inconformada, por exemplo, com o fato de o juiz de primeiro grau poder alterar uma decisão proveniente de tribunal superior.

Pensamos ser acertada a posição consagrada majoritariamente na jurisprudência e reconhecida em lei no inciso I deste artigo, bem como pela Súmula 611 do STF (“Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”). Não há que se considerar o juiz da execução um *superjuiz*; ao contrário, tomemos como parâmetro o interesse do condenado e a celeridade do processo, hoje preceito constitucionalmente previsto (art. 5.º, LXXVIII, CF). Se um acórdão proferir decisão condenatória, fixando a pena ao réu, advindo lei posterior benéfica, cabe ao juiz da execução penal aplicá-la, revendo a pena aplicada à luz da nova legislação. Não nos esqueçamos de que há possibilidade de a parte inconformada com a nova decisão recorrer à superior instância, até o limite previsto pelo sistema recursal pátrio. Portanto, embora o magistrado de primeiro grau faça a adaptação da pena ou dos benefícios penais à novel realidade jurídica, não estará proferindo decisão final e definitiva. Sujeita à reavaliação dos tribunais superiores, respeita-se a celeridade e revê-se a pena com maior facilidade.

É lógico que, não havendo recurso nem do condenado, nem do Ministério Público, consolida-se a nova pena aplicada pelo juiz da execução penal, como se fosse uma autêntica *revisão criminal* do julgado anterior. Mas tal sistemática não nos parece estranha, até pelo fato de que a *coisa julgada* no âmbito criminal é maleável, ao menos no que toca à fase de execução da pena. O preso inicia, por exemplo, o cumprimento da pena no regime fechado, pois assim determinou o tribunal, mas, algum tempo depois, por avaliação do juiz da execução penal, pode passar ao semiaberto e, na sequência, ao aberto. Pode, ainda, regredir do regime semiaberto ou aberto ao fechado. Sob outro aspecto, tem a possibilidade de reduzir o montante da pena por meio da remição, ao mesmo tempo em que pode receber de volta os dias remidos caso cometa falta grave. Em suma, a pena é cumprida de modo *individualizado*, não havendo um título consolidado para ser executado. Não teria sentido o



condenado se dirigir ao Supremo Tribunal Federal, solicitando a aplicação da lei penal mais favorável recém-editada somente porque esta Corte conheceu recurso extraordinário de uma das partes e alterou algum ponto referente à pena aplicada.

Seria esta, sem dúvida, a decisão em execução, mas a sua modificação pelo juiz de primeiro grau é somente consequência natural do sistema legal, não implicando em subversão da hierarquia jurisdicional. Não se está ingressando no mérito da decisão do STF, proferindo outra, simplesmente porque o magistrado da execução penal formou convicção em sentido contrário. O que há, na realidade, é a mutação legislativa, surgindo, pois, *fato integralmente novo*, proporcionando ao juiz de primeiro grau reformular, à luz da lei, o julgado em relação à pena. Naturalmente, poderá invadir a seara de avaliação dos fatos, quando a nova lei impuser tal medida. Exemplo: cria-se nova atenuante ou causa de diminuição da pena. O juiz da execução penal poderá aplicá-la, caso entenda presente ao caso concreto. Se o fizer, modificará a pena imposta pelo juízo ou tribunal. Acaso entenda impertinente, negará a aplicação e dará margem a recurso. Sintetizando, cremos perfeitamente adequado ao sistema criminal brasileiro o disposto no art. 66, I, desta Lei. Ilustrando: a Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas – eliminou, completamente, a pena de prisão ao usuário de drogas (art. 28). Ora, é natural que os condenados com base no antigo art. 16 da Lei 6.368/76 que estejam cumprindo pena privativa de liberdade, em qualquer regime, irão receber, por parte do juiz da execução penal, a adaptação imediata aos critérios da nova lei. Com certeza, deixarão o cárcere. Podem ser submetidos, conforme a situação concreta, a outras medidas (advertência, prestação de serviços à comunidade ou frequência a cursos), mas também podem ter sua punibilidade extinta.

Imaginemos duas hipóteses: a) o condenado, com base no art. 16, iria iniciar o cumprimento da pena de um ano de detenção, em regime aberto. Não mais o fará. O juiz da execução penal promoverá a substituição da pena privativa de liberdade por uma das previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006. E pouco importa se aquela pena de um ano de detenção adveio de juízo de primeiro grau ou do Supremo Tribunal Federal; b) o condenado, com base no art. 16, foi apenado a dois anos de detenção, em regime aberto, já tendo cumprido um ano. O advento da nova lei fará com que haja a imediata extinção da punibilidade, pois nenhuma das penas do art. 28 atinge o patamar de um ano (a prestação de serviços à comunidade e a frequência a cursos, no máximo, atingem 10 meses) e ele já cumpriu um ano.

Uma das principais atribuições do juiz da execução penal é a aplicação da lei penal benéfica, assim que editada. Evidentemente, se uma nova lei penal entra em vigor durante o processo de conhecimento, cabe ao juiz, por ocasião da sentença, em caso de condenação, aplicar a norma mais benéfica. Entretanto, havendo o trânsito em julgado, como já expusemos na nota anterior, é competente o juiz da execução penal. Porém, para que o faça, torna-se imperioso o início da execução, o que se faz com a expedição da guia de recolhimento (art. 105, LEP), em virtude da prisão.

Quanto à extinção da punibilidade, tanto o juiz do processo de conhecimento pode chegar a essa

decisão (ex.: prescrição da pretensão punitiva), como o magistrado da execução penal (ex.: prescrição da pretensão executória). Aliás, vale ressaltar que as causas de extinção da punibilidade são variadas (art. 107, CP, e outras previstas na Parte Especial do Código Penal, bem como em leis especiais), motivo pelo qual a sua ocorrência pode dar-se somente na fase de execução da pena ou apenas se consegue detectá-la nesse estágio. Outro ponto interessante é a *abolitio criminis*. Se uma lei posterior deixa de considerar crime determinada conduta, a aplicação da nova lei pelo juiz da execução penal (art. 66, inciso I) termina por levar à imediata extinção da punibilidade. Ex.: a Lei 11.106/2005 descriminalizou a sedução (art. 217, CP). Dessa forma, se algum condenado por tal crime, à época da sua entrada em vigor, estivesse preso ou cumprindo pena em liberdade, seria imediatamente liberado, julgando-se extinta sua punibilidade (art. 107, III, CP).

Outra competência destinada ao juízo da execução penal é a soma ou unificação de penas. Cuida-se de uma atividade primordial, embora o magistrado da condenação também possa fazê-lo. A soma das penas decorre do disposto no art. 69 do Código Penal: quando o agente comete vários delitos, decorrentes de variadas ações ou omissões, deve haver a somatória das penas aplicadas, resultando num montante global a cumprir. Em outras palavras, no sistema criminal brasileiro, o agente não cumpre duas penas de cinco anos de reclusão, mas, sim, dez anos de reclusão (resultado da soma das duas penas). O juiz da condenação, quando julga em conjunto os dois delitos, fará essa soma. Entretanto, se cada uma delas advier de um juiz diferente, cabe ao magistrado da execução penal providenciar a soma (na prática, faz-se essa soma automaticamente, ou seja, cada nova pena recebida na Vara de Execução Penal é acrescida no total, pois há procedimento informatizado para o cálculo, na maioria das Comarcas).

A unificação diz respeito aos artigos 70, 71 e 75. *Unificar* significa transformar várias coisas em uma só. Em matéria de execução penal, deve o juiz transformar vários títulos executivos (várias penas) em um só. Assim procederá quando constatar ter havido *concurso formal* (art. 70, CP), *crime continuado* (art. 71) ou *superação do limite de 30 anos* (art. 75, CP). O concurso formal é, normalmente, constatado pelo juiz da condenação. Dificilmente, caberá ao magistrado da execução penal essa avaliação. O crime continuado, no entanto, é muito mais comum. Ex.: o autor de vários furtos é condenado a 15 anos de reclusão, como derivação de penas aplicadas por juízos diferentes. Durante a execução, constata-se que os furtos cometidos, na verdade, constituem exatamente a hipótese prevista no art. 71 do Código Penal. Cabe ao juiz da execução penal a unificação, podendo transformar a anterior pena de 15 anos em apenas 2 anos, por exemplo. Quanto ao art. 75, § 1.º, do Código Penal, a unificação se faz somente para efeito de impedir que o condenado cumpra mais de 30 anos, mas não se relaciona aos benefícios penais.

A progressão e a regressão, no cenário dos regimes de cumprimento da pena, são aspectos intimamente ligados ao princípio constitucional da individualização executória da pena. Da mesma forma que a pena sofre alterações ao longo do seu cumprimento, podendo diminuir (ex.: indulto, remição), também pode voltar ao patamar anterior (ex.: em caso da prática de falta grave, os dias

remidos serão desconsiderados). Nessa ótica, devemos lembrar que o regime de cumprimento também faz parte da individualização da pena. A opção pelo regime fechado, semiaberto ou aberto é legalmente regrada (art. 33, § 2.º, CP). Após a escolha, cuidando-se de regime mais gravoso (fechado ou semiaberto), tem o condenado o direito à progressão, após cumprir um sexto e desde que tenha merecimento.

Por outro lado, ainda que consiga atingir o regime mais brando (aberto), poderá o condenado *regredir*, isto é, ser conduzido a regime mais severo. Tal situação ocorrerá se as condições do regime atual não forem corretamente cumpridas ou outra incompatibilidade advier (ver o art. 118 da LEP). A regressão se fará, conforme o prudente critério do magistrado, para o regime imediatamente anterior (aberto ao semiaberto) ou *por salto* (aberto ao fechado), dependendo do caso concreto.

A detração é a contagem no tempo da pena privativa de liberdade e da medida de segurança (neste último caso, em relação ao prazo mínimo, pois não há máximo) do período em que o condenado ficou detido em prisão provisória, no Brasil ou no exterior, bem como do tempo de prisão administrativa e o de internação em hospital de custódia e tratamento (art. 42, CP). O cálculo da detração se dá automaticamente. Assim que o processo de execução é cadastrado pelo setor competente do cartório, há programas específicos de *software* que promovem o desconto na pena do tempo de prisão cautelar. Algumas questões mais polêmicas sobre detração podem ser levadas ao conhecimento do juiz, como, por exemplo, se deve haver ligação entre a prisão provisória e a pena aplicada.

A remição consiste no desconto de dias de pena em função do trabalho desenvolvido pelo condenado, instituto que será estudado em capítulo próprio.

Quanto à suspensão condicional da pena, normalmente, cabe ao juiz da condenação deliberar sobre a sua concessão. Em caso de deferimento, devem ser estabelecidas as condições às quais ficará sujeito o condenado (não há mais *sursis* incondicionado). Excepcionalmente, entretanto, pode o juiz da execução penal cuidar da suspensão condicional da pena. Uma dessas situações está descrita no art. 159, § 2.º, desta Lei, quando Tribunal concede o *sursis* e confere ao juiz da execução penal a incumbência de estabelecer as condições. Outro exemplo advém da ausência do condenado na audiência admonitória, que acarrete a perda de efeito do *sursis*. Posteriormente, verificando-se que ele não compareceu, pois não foi corretamente intimado, quem restabelece o benefício é o juiz da execução penal. É viável, ainda, a modificação das condições anteriormente fixadas (art. 158, § 2.º, LEP).

O livramento condicional é uma medida de política criminal, cuja finalidade é antecipar a libertação do condenado, mediante o preenchimento de certos requisitos e o cumprimento de determinadas condições. Ver os artigos 131 a 146 da LEP, bem como os artigos 83 a 90 do Código Penal.

Os incidentes da execução penal podem ser nominados ou inominados. Os nominados pela LEP são os seguintes: a) conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (art. 180,

LEP) ou o contrário (art. 181, LEP), bem como da pena em medida de segurança (art. 183, LEP). Pode-se, ainda, converter o tratamento ambulatorial em internação (art. 184, LEP). Cremos existirem, ainda, os incidentes inominados. Como exemplos, citamos a reconversão da medida de segurança em pena, quando o condenado estiver curado, bem como a desinternação progressiva, que significa a transferência da pessoa sujeita a medida de segurança de internação ao tratamento ambulatorial.

A *saída temporária* é um benefício destinado aos presos em regime semiaberto, conforme previsão feita pelos artigos 122 a 125 da Lei de Execução Penal. Entretanto, embora não tenha constado no art. 66, IV, da Lei de Execução Penal, a competência do juiz para conceder, igualmente, a *permissão* de saída (arts. 120 e 121, LEP), é natural que também seja de sua atribuição tal medida.

Cabe ao juiz da execução penal alterar, quando for conveniente, nos termos do art. 148 desta Lei, a *forma* de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade e da limitação de fim de semana, dependendo das condições pessoais de cada sentenciado. O método de fiscalização também pode ser, livremente, modificado.

No tocante à conversão de penas em prisão, somente se admite a conversão da pena restritiva de direitos quando não cumprida satisfatoriamente ou se houver o advento de fato novo (consultar o art. 181 desta Lei). A multa não mais pode ser convertida em prisão, em face da modificação do art. 51 do Código Penal, realizada pela Lei 9.268/96. Passou a pena pecuniária, quando transitada em julgado, a ser considerada dívida de valor, sujeita à execução como se fosse *dívida ativa da Fazenda Pública*. Logo, inexistente possibilidade jurídica de convertê-la em pena privativa de liberdade, mesmo que não seja propositadamente paga pelo condenado. O máximo que o Estado pode fazer é providenciar a execução forçada, buscando a penhora e venda de bens em hasta pública.

Há o caminho inverso, significando a conversão da prisão em restrição de direitos, nos termos do art. 180 da LEP.

É natural que o juiz da execução penal seja o encarregado de fazer cumprir a medida de segurança aplicada pelo juiz do processo de conhecimento. Afinal, cuida-se de uma modalidade de sanção penal da alçada da Justiça Criminal. Por outro lado, cabe-lhe, também, providenciar, quando for o caso, preenchidos os requisitos legais, a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança. Mais adiante, comentaremos esse tema.

Compete ao juiz da execução penal revogar a medida de segurança. *Revogar* significa invalidar, tornar sem efeito. O termo foi utilizado em relação à medida de segurança por se tratar de sanção penal de natureza diversa da pena. Esta, quando cumprida, dá margem à extinção da punibilidade, ou seja, o Estado vê cessado o seu direito de punir em relação ao condenado. A medida de segurança, por seu turno, tem finalidade precípua de *curar* o interno ou paciente em tratamento ambulatorial. Conseguindo o intento, o magistrado libera o indivíduo, para, decorrido o prazo de um ano (art. 97, § 3.º, CP), sem novas intercorrências, *revogar* em definitivo a medida imposta.

Cessada a periculosidade, deve a pessoa submetida ao regime de internação ser liberada condicionalmente (art. 97, § 3.º, CP, c.c. art. 178, LEP). Caso não cumpra satisfatoriamente as

condições impostas para manter-se em liberdade, cabe ao juiz da execução penal determinar a sua recondução ao hospital de custódia e tratamento.

Sob outro aspecto, a lei é clara ao preceituar ser da competência do juiz da execução penal do lugar onde se encontra o condenado *autorizar* a sua transferência para outra Comarca ou outro presídio, a fim de cumprir sua pena ou medida de segurança. No entanto, muitas vezes, o Poder Executivo *atropela* esse dispositivo, transfere o preso, alegando razões de segurança e apenas comunicando ao juízo; praticamente, requer a *homologação* do que já se consolidou. Lembremos que a execução da pena é um procedimento misto, mas precipuamente jurisdicional, logo, não tem cabimento que o Judiciário tolere esse tipo de método.

Da mesma forma, para que um sentenciado seja transferido para um presídio federal, distante, pois, do local da condenação, é fundamental haver determinação judicial a respeito. Reiteramos as observações feitas no parágrafo anterior, já que não são raras as vezes em que o Poder Público, antes de ouvir o juiz da execução penal, transfere o preso para outro estabelecimento penal, o que se afigura conduta ilegal.

O juiz da execução penal é, também, o corregedor do presídio, vale dizer, o fiscal da correta execução da pena e da medida de segurança. Aliás, justamente por isso, tem a obrigação de inspecionar, periodicamente, os estabelecimentos penais – incluídos nesse contexto os hospitais de custódia e tratamento – como vem disposto no inciso VII do art. 66. Deve exercer a função fiscalizadora valendo-se do seu bom senso e prudente critério, até mesmo para avaliar a lotação (ou superlotação) do estabelecimento penal. Se encontrar excesso, o caminho é promover a interdição do referido estabelecimento, como estipulado no inciso VIII do mesmo art. 66.

A inspeção é atribuição do juiz da execução penal, com a função de corregedoria do presídio, visitar, mensalmente – em casos excepcionais (rebeliões, motins, fugas, interdições etc.), em períodos mais dilatados – os estabelecimentos penais da sua região. Verificando alguma incorreção, cabe-lhe tomar as providências para sanar o erro ou defeito, oficiando, se for o caso, para a autoridade do Poder Executivo competente. O disposto neste inciso expõe, ainda, a obrigação de se tomar providência para a *apuração de responsabilidade*. Tal medida se daria em caso de se verificar a prática de crime (ex.: corrupção, tortura, maus-tratos etc.), quando teria competência para requisitar a instauração de inquérito policial. No mais, se a falta se concentrar no âmbito funcional, não cabe ao magistrado *promover* a apuração, mas, sim, oficial a quem de direito, na órbita do Poder Executivo, para que tal via se concretize.

Quanto à interdição do estabelecimento penal, trata-se de uma atribuição do juiz da execução penal, mormente quando for, também, o corregedor do presídio. Parece-nos ser uma medida de ordem jurisdicional e não de caráter administrativo, até pelo fato de não ter o magistrado atuação nesse campo. Sua atividade, como integrante do Poder Judiciário, é jurisdicional. Por isso, soa-nos incompreensível que, em certos Estados, haja a obrigação de o juiz da execução penal, quando promover a interdição de um estabelecimento penal que estiver funcionando em precárias condições,

aguardar a consolidação da sua decisão por órgão superior do Tribunal ao qual está vinculado, como, por exemplo, do Corregedor-Geral da Justiça ou do Presidente do Tribunal.

Ora, determinada a interdição, se com ela não estiver de acordo o Executivo ou qualquer outro interessado (Ministério Público ou presos do local), o mecanismo correto é o agravo. Este, por sua vez, deve ser julgado por Câmara ou Turma do Tribunal, mas não nos parece adequado que um dirigente do Tribunal assuma a tarefa de verificar se está certo ou errado o magistrado. Se esta é uma decisão de cunho jurisdicional, não cabe a interferência da cúpula do Tribunal. E insistimos: não se pode considerá-la uma decisão meramente administrativa, pois o juiz não tem, no exercício da sua função, nenhum liame com o Executivo, de modo a servir de *fiscal* do Governador para saber se as unidades prisionais atuam a contento. É o magistrado um *fiscal da execução da pena* e defensor da lei e dos condenados, pouco interessando a eventual conveniência do Poder Público em manter em funcionamento um lugar totalmente inapropriado aos fins aos quais se destina.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal definiu, em 16 de fevereiro de 2017, que o preso submetido a condições degradantes e a superpopulação carcerária tem direito a indenização do Estado por danos morais (RE 580.252-MS). Os ministros fixaram a indenização de R\$ 2.000,00 para cada condenado. O Plenário aprovou, ainda, a seguinte tese: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

Compete ao juiz instalar o Conselho da Comunidade, que é o colegiado descrito como órgão da execução penal, no art. 61, VII. Sua composição e suas atribuições constam nos arts. 80 e 81. Cabe ao juiz organizá-lo, indicando seus membros, valendo-se dos critérios legais (art. 80), bem como promovendo o seu funcionamento. Não nos parece deva integrá-lo, pois uma das atribuições do Conselho é apresentar relatórios mensais ao juiz da execução (equidistante, pois) sobre suas atividades. Logo, o magistrado apenas organizaria o Conselho da Comunidade, deixando-o livre para atuar.

Finalmente, cabe ao juiz determinar ao cartório que providencie o cálculo total da pena do condenado, ao menos uma vez por ano, emitindo, depois, um atestado que será enviado ao interessado. Este, por sua vez, manter-se-á informado acerca do cumprimento da sua pena, podendo, inclusive, fazer requerimentos de benefícios em geral.

## **4. MINISTÉRIO PÚBLICO**

---

Cabe, fundamentalmente, ao representante do Ministério Público fiscalizar todo o andamento da execução penal até que seja declarada extinta a punibilidade do condenado (art. 67, LEP). Normalmente, a execução inicia-se por determinação judicial, sem necessidade de provocação de

qualquer interessado, muito embora o art. 195 legitime, para esse fim, tanto o órgão do Ministério Público quanto o condenado ou quem o represente (cônjuge, parente ou descendente), além do Conselho Penitenciário e da autoridade administrativa (entenda-se a que for responsável pela administração penitenciária). É evidente que, se há de fiscalizar e officiar no processo executivo, além de fazê-lo nos incidentes, torna-se dispensável enumerar, ponto por ponto, das suas atribuições, como se vê no art. 68 desta Lei.

Incumbe ao Ministério Público, nos termos do art. 68 da LEP: “I – fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento; II – requerer: *a)* todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; *b)* a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; *c)* a aplicação de medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; *d)* a revogação da medida de segurança; *e)* a conversão de pena, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional; *f)* a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; III – interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução”. Além disso, dispõe o parágrafo único: “o órgão do Ministério Público visitará mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio”.

## **5. CONSELHO PENITENCIÁRIO**

---

Nos termos do art. 69, *caput*, da Lei de Execução Penal, o “Conselho Penitenciário é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena”. Segundo o § 1.º, “o Conselho será integrado por membros nomeados pelo governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da área de Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade. A legislação federal e estadual regulará o seu funcionamento”. No § 2.º, “o mandato dos membros do Conselho Penitenciário terá a duração de quatro anos”.

Somente para exemplificar, no Estado de São Paulo, compõe-se de vinte membros efetivos, designados pelo Governador do Estado: *a)* seis médicos psiquiatras, indicados pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; *b)* quatro Procuradores de Justiça, indicados pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado; *c)* dois Procuradores da República, indicados pelo Procurador-Geral da República; *d)* quatro Advogados, indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção São Paulo, sendo 2 (dois) deles na qualidade de representantes da comunidade; *e)* dois Procuradores do Estado, da Procuradoria de Assistência Judiciária, indicados pelo Procurador-Geral do Estado; *f)* dois Psicólogos, indicados pelo Conselho Regional de Psicologia do Estado de São Paulo (art. 71, Decreto 46.623/2002, com as alterações do Decreto 51.074/2006).

Incumbe a esse colegiado o seguinte (art. 79, LEP): “I – emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do

preso; II – inspecionar os estabelecimentos e serviços penais; III – apresentar, no primeiro trimestre de cada ano, ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, relatório dos trabalhos efetuados no exercício anterior; IV – supervisionar os patronatos, bem como a assistência aos egressos”.

Cabe ao Conselho Penitenciário emitir parecer nos pedidos de livramento condicional (art. 131, LEP), embora neste artigo 70 nada se mencione a esse respeito. A Lei 10.792/2003 reformulou a redação do inciso I, retirando a anterior previsão para emissão de parecer acerca de livramento condicional, mas se esqueceu o legislador de modificar todo o contexto da Lei de Execução Penal. Por isso, tem-se entendido, nos termos do disposto no art. 131 e seguintes desta Lei, continuar o Conselho Penitenciário vinculado à concessão do livramento condicional (apresentando parecer) e à sua fiscalização. Esse é mais um exemplo de que *reformas pontuais* introduzidas em Códigos ou Leis Especiais, de modo açodado e sem estudo aprofundado, causam perplexidade ao operador do Direito no momento de aplicação do instituto.

O indulto é o perdão concedido pelo Presidente da República, por decreto (art. 84, XII, CF), provocando a extinção da punibilidade do condenado (art. 107, II, CP); a comutação (indulto parcial) é a redução da pena ou sua substituição por outra, mais branda, sem acarretar a extinção da punibilidade. Na realidade, quando o Conselho Penitenciário é chamado a opinar, o Presidente da República já editou o Decreto de Indulto, cabendo ao referido Conselho avaliar se o condenado preenche os seus requisitos. O parecer do Conselho não vincula o juiz da execução penal. Pensamos, com a devida vênia, ser um entrave burocrático desnecessário ao processo de análise do indulto.

## **6. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO**

---

Segundo o art. 71 da Lei de Execução Penal, o “Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária”.

Suas atribuições são as seguintes (art. 72, LEP): “I – acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal em todo o território nacional; II – inspecionar e fiscalizar periodicamente os estabelecimentos e serviços penais; III – assistir tecnicamente as unidades federativas na implementação dos princípios e regras estabelecidos nesta Lei; IV – colaborar com as unidades federativas, mediante convênios, na implantação de estabelecimentos e serviços penais; V – colaborar com as unidades federativas para a realização de cursos de formação de pessoal penitenciário e de ensino profissionalizante do condenado e do internado; VI – estabelecer, mediante convênios com as unidades federativas, o cadastro nacional das vagas existentes em estabelecimentos locais destinadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de outra unidade federativa, em especial para presos sujeitos a regime disciplinar”. Ao Departamento cabe ainda a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e internamento



federais (art. 72, parágrafo único).

Prevê o art. 73 da Lei de Execução Penal que “a legislação local poderá criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer”. “O Departamento Penitenciário local, ou órgão similar, tem por finalidade supervisionar e coordenar os estabelecimentos penais da unidade da Federação a que pertencer” (art. 74).

## **7. DIREÇÃO E PESSOAL DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS**

---

Quanto à formação do diretor do estabelecimento penal, deve ser portador de diploma de nível superior em área logicamente ligada aos aspectos essenciais à individualização executória da pena: Direito, Psicologia, Sociologia, Pedagogia ou Serviços Sociais. Lembremos, inclusive, ser ele integrante da Comissão Técnica de Classificação, que emite pareceres sobre a forma de cumprimento da pena e a respeito do merecimento do condenado (ver os arts. 7.º e 9.º desta Lei). Exige-se, por certo, experiência administrativa na área de estabelecimentos penais, bem como idoneidade moral e aptidão para desempenhar suas funções (art. 75, LEP).

Dispõe o art. 76, que o “quadro do Pessoal Penitenciário será organizado em diferentes categorias funcionais, segundo as necessidades do serviço, com especificação de atribuições relativas às funções de direção, chefia e assessoramento do estabelecimento e às demais funções”. Na sequência, o art. 77 menciona que “a escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderá a vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato”. Seguindo, o § 1.º estabelece que “o ingresso do pessoal penitenciário, bem como a progressão ou a ascensão funcional dependerão de cursos específicos de formação, procedendo-se à reciclagem periódica dos servidores em exercício”. Finalmente, o § 2.º fixa que “no estabelecimento para mulheres somente se permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado”.

Muito se fala, hoje em dia, a respeito da *privatização* dos presídios, entregando-se à iniciativa privada a construção e o controle dos estabelecimentos penais. Seria uma economia para o Estado e possibilitaria o incremento do número de presídios para atender à crescente demanda. Entretanto, é preciso modificar a Lei de Execução Penal. Nota-se, no art. 77, *caput* e § 1.º, desta Lei, haver regras para a escolha do pessoal administrativo, de instrução técnica e de vigilância, assim como para a progressão e ascensão funcionais. Logo, se o presídio for vigiado e administrado por pessoas estranhas aos quadros da Administração Pública, torna-se imprescindível haver leis específicas e expressas em relação a tais métodos.

## **8. PATRONATO**

---

“O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos

egressos (art. 26)”, conforme prevê o art. 78 da LEP. Entre suas incumbências, estão: “I – orientar os condenados à pena restritiva de direitos; II – fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana; III – colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional” (art. 79).

A sua função é fiscalizadora e social. Não lida com presos, mas com condenados soltos. Pode orientar o sentenciado a bem desempenhar a pena restritiva de direitos que lhe foi imposta, em especial a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana, sobre as quais possui, igualmente, a tarefa de fiscalização. Pode colaborar na fiscalização do cumprimento das condições impostas para o gozo de *sursis* (muitas vezes, é a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana) e do livramento condicional. Não deixa de ser a participação ativa da sociedade no cumprimento da pena do condenado.

## **9. CONSELHO DA COMUNIDADE**

---

Segundo o art. 80 da LEP, “haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais”. E o parágrafo único estabelece que “na falta da representação prevista neste artigo, ficará a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho”.

Registre-se que, após a edição da Lei 12.313/2010, inseriu-se no Conselho da Comunidade a figura do Defensor Público, o que merece aplauso, pois, como órgão da execução penal, deve estar engajado na melhoria do sistema carcerário, independentemente da atividade individual de defesa dos presos.

São suas atribuições: “I – visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca; II – entrevistar presos; III – apresentar relatórios mensais ao juiz da execução e ao Conselho Penitenciário; IV – diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento” (art. 81).

Observa-se que, além de ser uma forma de engajar membros da sociedade no processo de ressocialização do preso, as atividades do Conselho diferem do Patronato, porque, enquanto este órgão cuida de condenados soltos, aquele se volta aos presos. Por isso, impõe a lei que os membros do Conselho visitem, mensalmente, os estabelecimentos penais da sua Comarca, entrevistem presos – quando poderão apurar os bons ou maus tratos por eles vivenciados –, além de apresentar relatórios ao juiz da execução penal e ao Conselho Penitenciário, demonstrando problemas, propondo soluções e registrando desvios da execução. Deve, ainda, diligenciar para a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistir ao preso, desde que o faça em harmonia com a direção do presídio. Cuida-se de missão relevante, pois são membros da comunidade demandando melhores condições de

sustentação para determinado presídio. Certamente, podem dirigir-se aos órgãos governamentais em geral (Poderes Executivo e Legislativo).

## 10. DEFENSORIA PÚBLICA

---

Estabelece o art. 81-A que “a Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva”.

São suas incumbências (art. 81-B): “I – requerer: a) todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo; b) a aplicação aos casos julgados de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; c) a declaração de extinção da punibilidade; d) a unificação de penas; e) a detração e remição da pena; f) a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução; g) a aplicação de medida de segurança e sua revogação, bem como a substituição da pena por medida de segurança; h) a conversão de penas, a progressão nos regimes, a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto; i) a autorização de saídas temporárias; j) a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; k) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; l) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1.º do art. 86 desta Lei; II – requerer a emissão anual do atestado de pena a cumprir; III – interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária ou administrativa durante a execução; IV – representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; V – visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VI – requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal”.

O parágrafo único fixa que “o órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio”.

Equiparou-se a Defensoria Pública ao Ministério Público nas atividades relativas à fiscalização da execução penal e no tocante ao individual acompanhamento dos interesses dos presos hipossuficientes. Os pleitos formulados podem ser dirigidos ao Judiciário de modo individual ou coletivo, abrangendo vários detidos ao mesmo tempo, facilitando o pleito (ex.: garantir o direito de saída temporária, em determinada data, para todos os presos de certo estabelecimento penitenciário). Observe-se que *todos* os presos têm direito ao contraditório e à ampla defesa, embora a lei tenha estipulado o atendimento da Defensoria Pública somente aos necessitados. Diante disso, cabe ao juiz da execução nomear defensor dativo para cumprir as funções constitucionais para os condenados que tenham condições financeiras, mas, na realidade, não possuam assistência jurídica. Depois, poderá o defensor cobrar seus honorários na Justiça.

Embora extenso, cuida-se de rol meramente exemplificativo, pois a Defensoria Pública deve

engajar-se em todos os casos pertinentes aos direitos e garantias dos presos, na ótica individual ou coletiva. De todo modo, tais atribuições são mais numerosas do que as previstas para o Ministério Público; o fundamento disso reside na particular missão de defesa dos interesses dos sentenciados, enquanto o órgão ministerial deve, primordialmente, zelar pela regularidade da execução, mas não necessariamente requerer benefícios em favor dos condenados.

## 11. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

---

STF: “1. Inexistência de competência originária do Supremo Tribunal Federal, no caso, dada a inocorrência de atuação positiva do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de determinar, invalidar ou substituir ato imputável a tribunal de jurisdição inferior. Precedentes. 2. A interdição de estabelecimento prisional (art. 66, VIII, LEP), embora exarado por autoridade judiciária, encerra medida de natureza administrativa passível de controle hierárquico pelos órgãos competentes. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento” (MS 27397 AgR – DF, 2ª.T., rel. Teori Zavascki, 18.10.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** com a devida vênia, esse tem sido o grande problema do controle *jurisdicional* da execução penal. Se o estabelecimento penitenciário não cumpre a lei, cabe ao juiz, no exercício do seu poder jurisdicional, promover a sua interdição. Não tem absolutamente nada a ver com decisão administrativa. Aliás, justamente por isso a execução tem natureza mista (jurídico-administrativa), vale dizer, a parte administrativa cabe ao Poder Executivo e a parte jurisdicional ao Poder Judiciário. Desse modo, não tem cabimento algum permitir que a interdição de um presídio seja revista por um órgão administrativo do Tribunal, como a Corregedoria Geral ou a Presidência do Tribunal. Mas assim tem sido há muito tempo, com o beneplácito do STF. Por isso, as coisas não mudam e os presídios são verdadeiros depósitos de condenados, sem o menor seguimento aos termos da LEP.

STJ: “1. Os efeitos da decisão proferida pelo STF, em repercussão geral, atingem somente as demandas em andamento, de modo que não têm o condão de desconstituir condenação já transitada em julgado. 2. Nos termos do art. 66 da Lei 7.210/84, não se mostra cabível a modificação, pelo Juízo das Execuções, do capítulo da sentença condenatória, referente à aplicação da pena, por não se tratar do meio adequado para reformar decisão transitada em julgado, ainda que se encontre em dissonância com o posicionamento paradigma da Suprema Corte, não obstante a possibilidade da propositura dos meios processuais admissíveis a modificar a condenação. 3. Incabível a aplicação da Súmula 611 do STF, tendo em vista que o caso versa a respeito de uniformização de jurisprudência e não de aplicação de lei penal mais benigna. 4. Ordem denegada.” (HC 371399 – SC, 6.ª T., rel. Nefi Cordeiro, 16.02.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado tem relevância na exata medida em que aponta os limites do

juízo da execução penal, que não pode modificar o julgado do magistrado da condenação. O juiz da execução não é um *superjuiz*, que pode modificar toda e qualquer sentença. Ele somente pode alterar decisão com trânsito em julgado, quando houver o advento de lei penal benéfica. No mais, seja qual for a decisão tomada pelo juízo da condenação, transitada em julgado, assim deve ser cumprida.

TJMA: “1. Nos termos do art. 65 da Lei de Execução Penal e art. 15, inciso IV do Código de Divisão e Organização Judiciária do Maranhão é o Juízo do local em que o executando se encontra preso, a autoridade responsável pelo processo de Execução e análise dos pedidos a ele concernentes. 2. Os pedidos de livramento condicional, progressão de regime e prisão domiciliar devem ser apreciados primeiramente perante a autoridade responsável pela execução penal, que deverá analisar os requisitos subjetivos e objetivos do agente, sob risco de se incorrer em Supressão de instância. 3. Ordem denegada.” (HC 0514532016 – MA, 2ª Câmara Criminal, rel. José Bernardo Silva Rodrigues, 19.12.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** o juízo das execuções penais chama a si todas as execuções concernentes ao condenado, como um autêntico *juízo universal* do cumprimento de todas as penas de um indivíduo. É correto, pois os cálculos são globais e os benefícios devem orientar-se em relação à visão geral do montante das penas a cumprir. Por outro lado, o pedido de benefício deve ser feito ao juízo de primeiro grau e, somente em caso de negativa, segue o condenado, por recurso, ao Tribunal. Do contrário, haveria indevida supressão de instância, caso a Corte concedesse benefício sem o pronunciamento do juízo de primeiro grau.

TJES: “1. A unificação de penas, por se tratar de incidente da execução de competência do Juízo da Execução Penal (artigo 66 da LEP), não exige a abertura de prazo para a prévia manifestação da defesa técnica, uma vez que o seu conhecimento independe de demanda, já que não há margem para avaliação ou subjetivismo, sendo, por isso, prescindível de sujeição ao contraditório. 2. Para unificação de penas em razão da superveniência de nova condenação no curso da execução, é despiciendo o trânsito em julgado da sentença, devendo, contudo, tal data ser considerada como termo *a quo* para a contagem do prazo aquisitivo. 3. Não configura violação aos princípios constitucionais da legalidade e individualização da pena a utilização da última condenação como marco inicial para concessão de novos benefícios penais, orientação esta que há muito tem sido adotada pelos Tribunais Superiores. Recurso desprovido” (AgExec Penal 0017112-19.2016.8.08.0035 – ES, 1ª Câmara Criminal, rel. Willian Silva, 15.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** cabe ao juiz da execução penal promover a soma ou unificação das penas do sentenciado. Não há necessidade de ouvir previamente as partes (MP e defesa), pois a decisão tomada não se sujeita ao trânsito em julgado. Embora se cuide de decisão

interlocutória, quando as partes tomarem conhecimento, devem (querendo) questionar o juízo. A partir daí, mantendo ou reformando a decisão, profere outro veredicto, agora sujeito a recurso de agravo. Somente após a ciência dos interessados pode-se falar em preclusão.

## 12. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Órgãos de execução penal:** são os que, de alguma forma, interferem no cumprimento da pena de todos os condenados, fiscalizando, orientando, decidindo, propondo modificações, auxiliando o preso e o egresso, denunciando irregularidades etc. Dispõe o art. 61 da Lei de Execução Penal serem órgãos da execução penal: “I – o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; II – o Juízo da Execução; III – o Ministério Público; IV – o Conselho Penitenciário; V – os Departamentos Penitenciários; VI – o Patronato; VII – o Conselho da Comunidade; VIII – a Defensoria Pública”.

**Juízo da Execução Penal:** compete ao juiz da execução (art. 66, LEP) o seguinte: “I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; II – declarar extinta a punibilidade; III – decidir sobre: *a)* soma ou unificação de penas; *b)* progressão ou regressão nos regimes; *c)* detração e remição da pena; *d)* suspensão condicional da pena; *e)* livramento condicional; *f)* incidentes da execução; IV – autorizar saídas temporárias; V – determinar: *a)* a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; *b)* a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; *c)* a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos; *d)* a aplicação da medida de segurança, bem como a substituição da pena por medida de segurança; *e)* a revogação da medida de segurança; *f)* a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; *g)* o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; *h)* a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1.º do art. 86 desta Lei; VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei; IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade; X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir”.



---

<sup>1</sup> *Anotações sobre os aspectos processuais da Lei de Execução Penal*, p. 17.

<sup>2</sup> *A defesa do condenado na execução penal*, p. 41.



## Capítulo VIII

# Dos estabelecimentos penais

### 1. PRECEITOS GERAIS

---

O art. 82 da Lei de Execução Penal preceitua que “os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso”. No § 1.º: “a mulher e o maior de 60 anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”. No § 2.º: “o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados”.

Ao condenado (regimes fechado, semiaberto e aberto), ao submetido a medida de segurança (internado em hospital de custódia de tratamento), ao preso provisório (decorrência da prisão cautelar) e ao egresso (neste caso, nos termos do art. 26 desta Lei, seria a pessoa que foi liberada definitivamente do estabelecimento onde se encontrava, pelo período de um ano, bem como aquele que for colocado em liberdade condicional). Quanto ao egresso, não se pode pressupor que os estabelecimentos penais em geral a ele se destinem, pois está em liberdade. Entretanto, se considerarmos o período de assistência de dois meses em *estabelecimento adequado* (art. 25, II, LEP), seria este o lugar mencionado no art. 82 compatível com o egresso.

Quanto à proteção à mulher e ao idoso, cumpre-se o disposto no art. 5.º, XLVIII, da Constituição Federal: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. A separação de homens e mulheres evita a promiscuidade e as violências sexuais. Quanto ao idoso, por sua situação mais frágil, no cenário físico e psicológico, é justo ter um estabelecimento apropriado para cumprir sua pena, seja ela no regime fechado, semiaberto ou aberto. Aliás, quando estiver em regime aberto, possuindo mais de 70



anos, está livre da Casa do Albergado, podendo recolher-se em sua própria residência (é a prisão albergue domiciliar).

A lei não impõe que o Poder Público mantenha um prédio isolado para mulheres e outro, em lugar totalmente distinto, para idosos. É viável que, no mesmo complexo de prédios, volteado por uma só muralha, existam diversos pavilhões ou alas, devidamente isoladas, que possam abrigar mulheres e pessoas idosas. A tendência, entretanto, é a separação completa, pois imensos presídios, como ocorreu com a Casa de Detenção de São Paulo, que abrigava cerca de 7.000 presos, demonstraram a inviabilidade no controle e também quanto ao progresso para a ressocialização. Tornam-se autênticas *ciudades*, que podem fugir ao controle da administração geral. Foi completamente desativada.

O art. 83 fixa que “o estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva”. Na sequência, dispõe o § 1.º: “haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários”. O § 2.º preceitua: “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”. O § 3.º menciona: “os estabelecimentos de que trata o § 2.º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas”. No § 4.º, prevê-se que “serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante”. Finalmente, no § 5.º, afirma-se que “haverá instalação destinada à Defensoria Pública”.

Os presídios não devem ser construídos, organizados e administrados para *dar lucro* ao Estado. Infelizmente, lida-se com o lado cruel da sociedade, que é a criminalidade. Se várias pessoas erraram, muitas delas pelas carências impostas pela própria política estatal, que lhes retirou a chance do emprego lícito e os demais benefícios em função disso, tornando-se condenadas, necessitam de reeducação. Esse é um processo caro e complexo, motivo pelo qual não vemos com bons olhos nenhuma administração que se proclama *econômica* no patrocínio do cumprimento das penas dos presos.

Surge, nesse cenário, como já abordamos anteriormente, o processo de *terceirização* de serviços e até mesmo o pensamento de se *privatizar* presídios. Na realidade, o estabelecimento penal deve funcionar de acordo com o disposto em lei. No regime fechado, é imperioso existir vaga de trabalho para cada um dos presos, por exemplo. Não compreendemos e não podemos aceitar que a direção do presídio, em conjunto com outros organismos estatais, promova a desativação de vários setores do estabelecimento (ex.: cozinha, lavanderia) com o fito de terceirizar o serviço, a pretexto de *sair mais barato* aos cofres públicos. Pode até ser verdade, mas os postos de trabalho desperdiçados são inúmeros. Muitos presos podem deixar de exercer qualquer atividade justamente por isso.

O art. 83 da LEP é claro ao determinar que o estabelecimento, conforme sua natureza, deve

contar com serviços de assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva ao condenado. É inconcebível que um presídio desative a lavanderia, somente para ilustrar, contratando empresas particulares para cuidar das roupas dos presos, enquanto vários deles ficam o dia todo em plena ociosidade, por total falta de ocupação. O dinheiro que o Estado diz poupar nessa fase do cumprimento da pena, com certeza, vai gastar no futuro, comprando mais armas para a polícia, aumentando o número de vagas nos cárceres e elevando o contingente de policiais.

Afinal, se o preso for ilusoriamente reeducado, poderá tornar à liberdade em situação piorada e a criminalidade somente experimentará incremento. Se o preso não aprender a trabalhar e a gostar de viver da força da sua atividade laborativa, não terá como sobreviver, fora do cárcere, de maneira honesta. Logo, retirar os serviços descritos no art. 83 desta Lei dos estabelecimentos penais somente merece crítica. Lembremos, ainda, que a autorização para trabalho externo é excepcional e não a regra. Se se tornar a regra, é possível que o alto preço seja pago pela sociedade, pois condenados despreparados voltam às ruas para continuar cometendo crimes, sob o pretexto de estarem trabalhando fora do presídio, pois neste não há oferta de labor. O círculo vicioso da economia-terceirização de serviços-falha no processo de reeducação precisa ser rompido.

Segundo o § 2.º do art. 83 desta Lei, modificado pela Lei 11.942/2009, também é uma decorrência do disposto no art. 5.º, L, da Constituição Federal: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Em igual sentido, o art. 10 da Lei 8.069/90 preceitua que os “hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados: (...) V – manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe”. Na realidade, a novidade concentrou-se em dois pontos: a) a mãe pode *cuidar* de seu filho – e não somente amamentá-lo, como constava da anterior redação; b) o período para esse trato, inclusive amamentação, foi fixado em seis meses, o que inexistia anteriormente.

Quanto à segurança interna, deve ser realizada, exclusivamente, por agentes do sexo feminino, buscando-se assegurar a integridade moral das presas, evitando-se qualquer assédio ou invasão de privacidade, motivada por questões sexuais. Cumpre-se, pois, o disposto nos incisos XLVIII (“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”) e XLIX (“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”) da Constituição Federal. A preocupação em estabelecer divisão por sexos nas atividades que envolvem contato direto, físico e moral, também encontra previsão na legislação ordinária, v.g., no art. 249 do Código de Processo Penal, tratando da revista pessoal: “A busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência”. Sabe-se, por certo, que eventual assédio pode dar-se de uma mulher (agente de segurança) em relação a outra (presa), mas, nessa hipótese, cuida-se de exceção.

Mais conveniente, para a harmonia interna do estabelecimento prisional, seja a segurança conduzida por mulheres, uma vez que se trata de local destinado a pessoas presas do sexo feminino.

A previsão feita no § 3.º não envolve a guarda externa, em particular nos estabelecimentos de regime fechado, onde existem as muralhas, com policiais ou agentes de segurança armados, podendo ser de ambos os sexos.

Constitui o ensino básico, nos termos do art. 21, I, da Lei 9.394/96, a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Nos termos dos arts. 32 e 35 da referida Lei, no campo do ensino fundamental, busca-se abranger toda a formação necessária à completa alfabetização, com o domínio da leitura, da escrita e do cálculo, bem como se agregando a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, das artes, da tecnologia e dos demais valores da sociedade. Desenvolve-se, ainda, a capacidade de aprendizagem, com o objetivo de adquirir novos conhecimentos e habilidades. No cenário do ensino médio, tem-se por fim consolidar o conhecimento auferido no ensino fundamental, aprofundando-o e preparando a pessoa para o trabalho e para o exercício da cidadania. Almeja-se atingir o desenvolvimento intelectual e a compreensão de fundamentos científicos e tecnológicos dos processos produtivos em geral.

A inserção do § 4.º ao art. 83, fruto da Lei 12.245/2010, complementa o determinado pelo *caput*, no sentido de que o estabelecimento penal deve contar com dependências voltadas à educação. Esmiúça-se o âmbito do ensino objetivado para o preso, fixando a meta de formá-lo nos níveis fundamental e médio, sendo que, neste último caso, associa-se o programa profissionalizante, perfeitamente compatível com essa fase do estudo. Por isso, nos termos do art. 36-B, I, da Lei 9.394/96, deve-se conduzir o programa do ensino médio em harmonia com o ensino profissionalizante. Idealiza-se cumprir, na prática, o horizonte do art. 208, I, da Constituição Federal, garantindo-se a todos a “educação básica obrigatória e gratuita (...)”. Certamente, colocando-se em funcionamento as aulas de ensino básico e profissionalizante, pode-se mais adequadamente seguir o disposto no art. 126 desta Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 12.433/2011, regularizando o estudo como forma de remição da pena dos sentenciados. Assim, os presos terão condições de auferir melhores condições intelectuais e profissionais para enfrentar o mercado de trabalho, quando deixarem o cárcere.

Se a Defensoria Pública passa a ser considerada órgão da execução penal e deve visitar os estabelecimentos penais com regularidade, além da incumbência de cuidar dos interesses dos presos hipossuficientes, é mais que natural e lógico possuir instalações condignas nos presídios. Poderá manter arquivos, computadores e outros instrumentos de apoio para facilitar o exercício das suas funções.

Nos termos do art. 83-A, “poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente: I – serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos; II – serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso”. No § 1º, “a execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público.” O § 2º estipula

que “os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais”.

O Estado consagra, nessa modificação legal, justamente o contrário do que se esperava. Todos os serviços narrados nos incisos I e II deveriam ser atribuídos ao preso, para que ele pudesse gozar do benefício da remição. Terceirizar tudo significa, simplesmente, exterminar o trabalho lícito do preso. É mais uma lei eliminatória dos fundamentos e finalidades da pena, em nome de interesses administrativos do Poder Executivo.

O art. 83-B da LEP preceitua serem “indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente: I – classificação de condenados; II – aplicação de sanções disciplinares; III – controle de rebeliões; IV – transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais”.

Nem era preciso este artigo, pois consta nesta Lei quem exerce a função de direção no sistema carcerário. A sua fixação legal serve apenas para ratificar o artigo anterior (das atividades delegáveis). Fica, então, claro que a direção geral, chefia e coordenação, no estabelecimento penal, é uma atividade designada pelo Executivo. E, nesse prisma, cabe a esses postos a classificação dos condenados (em verdade, uma tarefa da Comissão Técnica de Classificação), a aplicação das sanções disciplinares (após o devido processo legal, no âmbito administrativo), o controle das rebeliões (que somente teria cabimento se feito por alguém designado diretamente pelo Estado) e o transporte de presos (terceirizar seria como fazer o mesmo com a polícia). Enfim, nada de novo neste artigo; apenas ratifica-se o óbvio, sob pena de, prevendo em sentido contrário, ser considerado ilegal ou inconstitucional.

Quanto ao art. 84, “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”. No § 1.º, preceitua-se que “os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I – acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II – acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III – acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II”.

O § 2.º estipula que o “preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada”. Por derradeiro, o § 3.º menciona que “os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: I – condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; II – reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; III – primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; IV – demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III”. O § 4.º prevê que “o preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio”.

Sempre defendemos que o disposto no art. 84 desta Lei é não somente sensato como

imprescindível para a devida ressocialização de cada preso, tornando o processo de individualização executória da pena uma realidade. Não se pode conceber que condenados definitivos compartilhem espaços conjuntos com presos provisórios. Estes estão detidos por medida de cautela, sem apuração de culpa formada, podendo deixar o cárcere a qualquer momento, inclusive em decorrência de absolvição. Se forem mantidos juntamente com sentenciados, mormente os perigosos, tendem a absorver defeitos e lições errôneas, passíveis de lhes transformar a vida, especialmente quando deixarem o cárcere. Além disso, estão sujeitos a violências de toda ordem, tornando a prisão cautelar uma medida extremamente amarga e, até mesmo, cruel. Sob outra ótica, também não tem o menor cabimento a mistura, na mesma cela, ou nas mesmas atividades, do condenado primário com o reincidente. Este apresenta, sem dúvida, maior tendência à criminalidade, tanto que já possui condenações variadas. O outro é *estreante*, podendo nunca mais tornar a delinquir, desde que consiga ser convenientemente reeducado.

Para isso, o Estado deve assumir a responsabilidade de não prejudicar o seu aprendizado, não permitindo que conviva com delinquentes habituais, muito mais distantes de qualquer chance de ressocialização efetiva. Se um ou outro preso, reincidente e perigoso, é recalcitrante ao processo educacional que a pena lhe visa impor, não pode contaminar a maioria da população carcerária, que apresenta condições de melhora, *desde que o Estado cumpra a sua parte* no método imposto por lei. Antes de se defender, com certa ingenuidade, que a pena de prisão está *falida*, deve-se voltar os olhos às verdadeiras condições dos cárceres brasileiros, constatando não se cumprir, na sua imensa maioria, o disposto na Lei de Execução Penal, tampouco no Código Penal. Portanto, não se pode ter por *falido* o que nunca teve crédito, nem foi concretizado. A terceira etapa de separação tem viabilidade e não afeta o princípio da igualdade: deve-se separar dos demais presos os condenados que eram funcionários da Justiça criminal. É evidente que há forte probabilidade de represália de presos comuns contra condenados, que, antes, trabalhavam como servidores da Justiça (policiais, oficiais de justiça, juízes, promotores etc.).

Quanto aos específicos critérios introduzidos pela Lei 13.167, de 6 de outubro de 2015, em primeiro plano, merece aplauso a referida lei, pois torna ainda mais detalhado o critério de separação de presos, tal como sustentamos na nota anterior. Porém, em segundo momento, quais as chances de o Poder Executivo implantar, com efetividade, tais critérios? Arriscaríamos dizer que são mínimas. Se não for implementada a lei, cujo vigor é imediato, pode-se cuidar de desvio (para o condenado) ou excesso (para o provisório) de execução. Entendemos deva o Judiciário zelar por isso. Não se faz lei à toa. Leis são o espelho fiel do princípio da legalidade, razão pela qual o seu deliberado descumprimento pode acarretar os referidos incidentes.

Conforme a gravidade da situação – um preso provisório primário, por furto simples, com um reincidente violento, por crime hediondo, como o latrocínio – deve-se admitir o *habeas corpus* para imediatamente corrigir a situação de constrangimento ilegal patente. No entanto, se o Judiciário, contentando o Executivo, fechar as vistas para essa mescla ilegal, será mais uma lei (promissora) a

cair no vazio. Quanto aos critérios legais, cremos razoáveis. Em ordem de relevância: autores de delitos hediondos; agentes de crimes violentos; os demais (para os provisórios). No quadro dos condenados: a) hediondos; b) reincidentes em crimes violentos; c) autores de delitos violentos; d) os demais. Naturalmente, pode-se discutir, com base na criminologia, tais vetores. O autor de uma falsificação de remédio, embora crime hediondo, não é, como regra, tão perigoso quanto um homicida ou latrocida, embora possam ficar juntos na mesma cela. E assim outras críticas podem ser tecidas. A mais importante, entretanto, é o potencial desprezo à novel legislação pelo Poder encarregado de aplicá-la nos presídios do Brasil: o Executivo (União, nos presídios federais; Estados, nos estaduais).

Crimes hediondos e equiparados são os previstos no art. 1.º da Lei 8.072/90: “I – homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII; I-A – lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (art. 129, § 2.º) e lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º), quando praticadas contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição; II – latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*); III – extorsão qualificada pela morte (art. 158, § 2.º); IV – extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1.º, 2.º e 3.º); V – estupro (art. 213, *caput*, §§ 1.º e 2.º); VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput*, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º; VII – epidemia com resultado morte (art. 267, § 1.º); VII-A – (VETADO); VII-B – falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, *caput* e § 1.º, §§ 1.º-A e 1.º-B, com a redação dada pela Lei 9.677, de 2 de julho de 1998); VIII – favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável (art. 218-B, *caput*, §§ 1.º e 2.º)”. Ainda, no parágrafo único: “considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 1.º de outubro de 1956, tentado ou consumado”. São delitos equiparados a hediondos, conforme previsão do art. 2.º, *caput*, da mesma Lei: “a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo”.

Quanto aos crimes violentos contra a pessoa, há muito, por força da tradição, habituou-se o legislador a separar a violência física da violência moral (ameaça grave). De toda forma, são variados os crimes inseridos nesse perfil, mas de longe, em número, encontra-se o roubo. Autores desse delito devem ficar separados de outros delitos, mesmo patrimoniais, como o furto, o estelionato etc. Porém, há um desacerto nesse critério, quando se colocar na mesma cela o agente de uma ameaça, no lar, com um assaltante de banco. É preciso prudência para localizar o cerne dessa divisão.

Todos os demais delitos, que não se encaixarem nos incisos anteriores, possibilitarão aos seus autores permanecer juntos, na mesma cela. Entretanto, esta nos parece uma norma verdadeiramente

difícil de ser aplicada. Não por má vontade do Poder Executivo, mas por falta de *candidatos*. Quem consegue, atualmente, depois do advento da Lei 9.099/95, ser preso pela prática de contravenção? Com a transação e o *sursis* processual, o processo nem termina para as infrações de menor potencial ofensivo. Se houver julgamento, há as penas alternativas, o *sursis*, o regime aberto (cumprido em casa – Prisão Albergue Domiciliar). Enfim, um inciso de pouca utilidade prática.

No tocante aos reincidentes em crimes violentos, eis um dos equívocos desta Lei, ao indicar (repetindo o disposto no antigo § 1.º, deste artigo) a mera separação entre reincidentes e primários. Ora, existem os condenados não reincidentes, mas com inúmeros antecedentes criminais dos mais graves. Segundo o art. 63 do Código Penal, é reincidente quem comete um crime após ter sido condenado anteriormente por outro crime, com trânsito em julgado da decisão. Porém, o art. 64, II, estabelece um período de caducidade da condenação anterior (que alguns denominam de *período depurador*). Assim, caso o agente cometa um roubo após seis anos de sua última condenação com trânsito em julgado, é considerado primário. Mas ele pode ter, por exemplo, dez outras condenações por crimes gravíssimos, que antecedem os cinco anos do período de caducidade. Não nos parece correto colocá-lo na mesma cela que um autor de roubo primário *sem nenhum outro antecedente*. Se é para separar o condenado *professor* do sentenciado *aprendiz*, a regra deste inciso não irá atender o desejado.

Como já mencionado, há vários presos primários (atingidos pelo período depurador, previsto no art. 64, II, do CP) que, no entanto, possuem vários antecedentes criminais graves. O legislador deveria ter cuidado dos maus *antecedentes* nesta revisão ao art. 84, o que não fez. Problemas ainda continuarão a ocorrer na indevida mistura entre o delinquente habitual e o de primeira viagem.

A redação do § 2.º é a seguinte: “o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça criminal ficará em dependência separada”. Trata-se de uma garantia, por presunção, de que policiais, juízes, carcereiros, promotores e outros agentes da segurança e administração criminal podem tornar-se vítimas *em potencial* dos demais presos, que, no passado, prenderam. É uma norma correta, pois não se deseja o extermínio de pessoas no cárcere. Aliás, qualquer preso ameaçado de morte (como o estuprador) deve ser imediatamente separado dos demais. E, se possível, nem devem ser mantidos juntos, como o “justiceiro” e o “assaltante”.

A nova redação do § 4.º ratificou esse entendimento, ampliando a qualquer condenado: “o preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio”. Essa referência vale tanto para os funcionários da administração da Justiça criminal quanto para os demais presos que, por divergências variadas, encontrarem-se jurados de morte. Ressalte-se, a bem da verdade, a existência de certas *presunções absolutas* nesse meio: a) funcionários, como policiais, não podem ser colocados com presos comuns; b) estupradores devem conviver com outros autores de delitos sexuais; c) *matadores de aluguel* precisam ficar afastados de criminosos comuns; d) devedores de traficantes não podem ficar em contato com o credor. E assim sucessivamente.

Cabe ao Estado e não ao preso a eleição do local mais adequado em que deve o funcionário da administração da Justiça cumprir sua pena ou aguardar o julgamento.

Dispõe o art. 85 da LEP que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”. No parágrafo único, menciona-se que “o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades”.

Não há dúvida de ser ideal haver estabelecimentos penais com lotação compatível com o número de vagas oferecidas. Somente desse modo se pode falar em cumprimento satisfatório da pena, com um processo de reeducação minimamente eficiente. O contrário, infelizmente, constitui o cenário da maioria dos estabelecimentos nacionais. Muitos dos referidos estabelecimentos penais, até mesmo os recém-construídos, atingem a superlotação assim que são inaugurados. E pode-se observar que inúmeros presídios já são erguidos em desacordo com os preceitos desta Lei, que prevê isolamento noturno do preso, quando, na realidade, as celas são moldadas para receber vários condenados. Há, até mesmo, decisão do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária autorizando a construção em molde incompatível com o previsto nesta Lei (consultar a nota 169 ao art. 64, VI, desta Lei).

A principal fiscalização é de responsabilidade do juiz da execução penal, que deverá, inclusive, sendo o caso, providenciar a interdição do estabelecimento que ultrapasse a sua capacidade, tornando insalubre a vida dos condenados (art. 66, VI, VII e VIII, LEP).

## **2. MOBILIDADE DO PRESO**

---

Estabelece o art. 86 da LEP que “as penas privativas de liberdade aplicadas pela justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União”. Na sequência, estipulam os §§ 1.º a 3.º o seguinte: “§ 1.º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado”; “§ 2.º Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas”; “§ 3.º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos”.

O ideal e a regra é que a pena seja cumprida no lugar onde o crime foi cometido e o réu, julgado. Afinal, uma das finalidades da pena é a legitimação do Direito Penal associada à intimidação coletiva, motivo pelo qual se torna preciso que a sociedade conheça o teor da condenação e acompanhe o cumprimento da pena. Mas não é rígida essa regra. Fundamentos calcados no interesse público podem alterá-la. Aliás, também com base no interesse do preso, voltando-se o enfoque ao processo de ressocialização, é possível modificar a sua base de



cumprimento da pena (ex.: o preso pretende cumprir pena próximo aos seus familiares em cidade diversa daquela em que foi condenado; havendo vaga, a transferência pode ser autorizada).

Os motivos mais comuns, no entanto, dizem respeito à segurança pública. Presídios superlotados precisam ser esvaziados; locais onde estão acumulados líderes de facções criminosas precisam de filtragem; presos ameaçados de morte necessitam de transferência; lugares onde houve rebelião precisam ser reconstruídos, dentre outras causas. Atualmente, uma das principais, é a desmobilização do crime organizado, removendo-se muitos líderes para presídios de segurança máxima, em regime disciplinar diferenciado, que começam a surgir, inclusive no plano federal. Lembremos, no entanto, que a transferência precisa do aval judicial (art. 66, V, *g* e *h*, LEP).

Quanto ao presídio federal, há muitos anos se aguarda que a União participe ativamente da segurança pública, ao menos no que se refere à construção, à manutenção e à fiscalização de estabelecimentos penais, destinados a criminosos perigosos, que são incapazes de conviver com outros presos em cárceres comuns. Por isso, o ideal é que tais estabelecimentos situem-se bem distantes do lugar do crime ou do local onde o preso possui alguma influência, neste caso quando vinculado ao crime organizado.

Dispõe o art. 3.º da Lei 8.072/90: “A União manterá estabelecimentos penais de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública”. Não é preciso dizer que vários anos se passaram e esse artigo foi completamente ignorado por inúmeros governos, de diversos partidos políticos. Como já mencionamos, *preso não dá voto* e o descaso nessa área é imenso. Em 2006, inaugurou-se o primeiro presídio federal, em Catanduvas, Estado do Paraná, mas é preciso ressaltar que, antes disso, o crime se organizou, tornou-se forte, incendiou ônibus em cidades, depredou e metralhou estabelecimentos comerciais, matou policiais e agentes penitenciários e comandou o crime de dentro para fora do cárcere, promovendo líderes que se tornaram nacionalmente conhecidos, pois nenhum Estado da Federação pretendia mantê-los em seus cárceres. A situação era de total descalabro, o que empurrou a União para um *beco sem saída*, motivo pelo qual, associada à criação legal do regime disciplinar diferenciado (Lei 10.792/2003), com a introdução do art. 86, § 1.º, nesta Lei, outra alternativa não houve. Muitos outros presídios federais precisam surgir para atender à demanda estrangulada de criminosos perigosos a serem futuramente transferidos. Esperemos que haja esperança para tanto, uma vez que foi dado o primeiro passo.

Os liberados de medida de segurança (art. 178 c.c. art. 132, § 1.º, *a*, LEP) e os egressos (art. 26, LEP) devem trabalhar lícitamente. Por isso, buscando proporcionar-lhes oportunidades, permite-se que desenvolvam alguma atividade em estabelecimentos penais compatíveis, como as colônias penais e as Casas do Albergado. Excepcionalmente, podem exercer algum labor em presídios de regime fechado, mas é mais raro e mais complexo, justamente para evitar a mistura com os presos.

Quanto à definição jurisdicional do presídio, tende a não ser cumprido o dispositivo, pois o

magistrado raramente tem condições de saber em qual estabelecimento penal deve inserir o preso, por falta de dados e de condições de avaliar a segurança e as necessidades do momento. Termina por seguir a orientação dada pelas autoridades administrativas.

### 3. PENITENCIÁRIA

---

A penitenciária é o estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, quando se tratar de reclusão (art. 87). Busca-se a segurança máxima, com muralhas ou grades de proteção, bem como a atuação de policiais ou agentes penitenciários em constante vigilância. Olvidou-se, por completo, o preso condenado a pena de detenção. Muito embora o art. 33, *caput*, do Código Penal, preceitue que os detentos serão inseridos, inicialmente, nos regimes semiaberto ou aberto, é possível a sua transferência para o fechado, por regressão. Nesse caso, é óbvio que haverão de cumprir a pena em lugares destinados aos reclusos, como as penitenciárias, pois inexistente estabelecimento exclusivo para apenados a detenção, quando estiverem, porventura, em regime fechado. Espera-se, então, que haja a conveniente separação entre os condenados por reclusão e os apenados por detenção.

A leitura do parágrafo único do art. 87 desta lei dá a entender que a União, os Estados e o Distrito Federal (não há Territórios) poderão (faculdade) construir penitenciárias destinadas a abrigar os presos inseridos no regime disciplinar diferenciado. Ora, parece-nos uma necessidade, logo, uma obrigação. Aliás, no tocante à União, como já foi destacado, o art. 3.º da Lei 8.072/90 impõe o dever de manter presídios para presos de alta periculosidade, que, normalmente, são os mesmos inseridos no RDD. Quanto aos Estados ou DF, é possível que eles construam os presídios ou destinem alas especiais de penitenciárias já existentes para isso (esta última opção seria o caráter facultativo da norma). O fato é que todos os Estados e o Distrito Federal precisam ter lugares apropriados para o regime disciplinar diferenciado.

Sobre o regime fechado, estabelece o art. 88 da LEP o seguinte: “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: *a)* salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; *b)* área mínima de 6 m<sup>2</sup>”.

Não importa o crime e sua gravidade, como também não importa a pessoa do delinquente. Acima de tudo, o Estado deve dar o exemplo, por se constituir em ente abstrato e perfeito, diverso, pois, das pessoas que ocupam cargos públicos e podem agir de maneira equivocada. Por isso, busca-se que a lei privilegie o respeito aos direitos e garantias fundamentais do preso, constituindo parâmetro para a reverência à dignidade da pessoa humana. Logicamente, para um país pobre como o Brasil, ao menos em matéria de justa distribuição de renda, prever-se o alojamento em cela individual, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, em ambiente salubre, com área mínima de

seis metros quadrados, pode soar falacioso ou, infelizmente, até jocoso para aquele que vive em barracos menores que isso, ainda que honestamente. No entanto, deve-se manter o princípio de que um erro não pode justificar outro, devendo o Estado investir na área social tanto quanto o fará na área da segurança pública, respeitadas as condições legais.

O que se observa, na prática, é a pena de prisão ser cumprida ao arrepio do disposto no art. 88 desta Lei, sem que o Judiciário tome medidas drásticas para impedir tal situação, interditando, por exemplo, o local. Acostumado a contar com a *compreensão* judicial, o Executivo deixa de cumprir sua obrigação e as celas não adquirem a forma prevista em lei. O vício perpetua-se, portanto, enquanto, de outra banda, critica-se a pena privativa de liberdade, como se ela tivesse substituto civilizado para destinar aos autores de crimes graves. Em nosso entendimento, é pura ilusão. Qualquer outra medida, se for realmente séria, poderia implicar em crueldade, o que a Constituição Federal veda (ex.: trocar o cárcere por castigo corporal ou banimento).

Por outro lado, ironicamente, aos presos considerados perigosos, abrigados em presídios federais, destina-se justamente a necessária cela individual. Confira-se o disposto no Decreto Federal 6.049/2007: “Art. 6.º O estabelecimento penal federal tem as seguintes características: I – destinação a presos provisórios e condenados em regime fechado; II – capacidade para até duzentos e oito presos; III – segurança externa e guaritas de responsabilidade dos Agentes Penitenciários Federais; IV – segurança interna que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina; V – *acomodação do preso em cela individual*; e VI – existência de locais de trabalho, de atividades socioeducativas e culturais, de esporte, de prática religiosa e de visitas, dentro das possibilidades do estabelecimento penal” (grifamos).

O art. 89 estipula que “além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável”.

A modificação introduzida pela Lei 11.942/2009 transformou em norma cogente o que, anteriormente, era apenas facultativo. Portanto, os presídios femininos *devem* ter seção específica para abrigar a gestante ou parturiente, conforme os padrões de cuidados médicos necessários, previstos no art. 14, § 3.º, da LEP. Outra imposição legal diz respeito à manutenção de creche, no âmbito do estabelecimento penal, para acolher as crianças entre seis meses e seis anos, possibilitando-as permanecer sob os cuidados maternos, em fase tão delicada e importante de sua vida. Não há, pois, necessidade de se retirar a criança da mãe, colocando-a para adoção, quando não existirem familiares próximos, aptos a cuidar do recém-nascido. Após os sete anos, quando será incluída, obrigatoriamente, no ensino básico, continuando a mãe detida, outro encaminhamento social

deverá ser feito. Espera-se, entretanto, ter havido o cuidado indispensável da mãe, com relação ao seu filho, no período mais relevante. Estabeleceu-se a idade mínima de seis meses para ingressar na creche, visto que, até esse patamar, deverá ser amamentada (art. 83, § 2.º, LEP), logo, ficará em outro setor, à disposição da mãe.

A seção destinada às gestantes e às parturientes constitui o local apropriado para o acompanhamento médico pré-natal e para a assistência pós-parto, onde se realizam, também, as amamentações. Portanto, deve ser aparelhado tanto para a assistência médica quanto para a existência de berçário. A creche é o lugar destinado à manutenção das crianças entre seis meses e seis anos. Prevê-se estrutura de atendimento similar à exigida para as escolas em geral, sem qualquer distinção ou discriminação.

Dispõe o art. 90 que “a penitenciária de homens será construída em local afastado do centro urbano a distância que não restrinja a visitação”. Em grande parte das Comarcas, quando a penitenciária é nova, busca-se respeitar a regra, que envolve fatores de segurança. Porém, há inúmeros lugares que convivem com penitenciárias praticamente dentro do centro urbano, sem que haja a perspectiva breve de solução do problema.

## **4. COLÔNIA PENAL**

---

A colônia penal, destinada ao cumprimento da pena em regime semiaberto, é um estabelecimento penal de segurança média, onde já não existem muralhas e guardas armados, de modo que a permanência dos presos se dá, em grande parte, por sua própria disciplina e senso de responsabilidade. É o regime intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência. Enquanto o regime fechado encontra-se superlotado (em várias Comarcas) e o aberto é sinônimo de impunidade, nos lugares onde não existe a Casa do Albergado, o regime semiaberto pode representar um alento, ao menos quando a colônia efetivamente funciona dentro dos parâmetros legais.

Quanto à ausência de vagas no semiaberto, trata-se de responsabilidade estatal providenciar as referidas vagas em número suficiente para atender a demanda de presos em regime semiaberto, tanto os que obtêm como regime inicial quanto os que recebem tal regime por progressão. A falta de vagas não pode acarretar prejuízo ao condenado, inserindo-o no regime fechado, enquanto aguarda a transferência ao semiaberto. Em realidade, se assim ocorrer, deve-se transferir o preso ao regime aberto, onde aguardará tal vaga e, quando surgir, verificar-se-á a necessidade da transferência.

Por conta dessa situação, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 56: “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”. Sobre o recurso extraordinário mencionado: “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no

regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto, vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso. Em seguida, o Tribunal, apreciando o tema 423 da repercussão geral, fixou tese nos seguintes termos: a) a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; b) os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); c) havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 11.05.2016”.

Nos termos do art. 92 da LEP, caracteriza-se desse modo o regime semiaberto: “o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra *a* do parágrafo único do art. 88 desta Lei. Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas: *a*) a seleção adequada dos presos; *b*) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena”.

Dispõe-se *alojamento coletivo* em virtude do maior preparo do preso, advindo com bom comportamento do regime fechado, quando ocorre a progressão de regime, ou do seu reduzido grau de periculosidade, quando inicia diretamente no regime semiaberto, já se pode introduzi-lo em alojamento coletivo, onde poderá partilhar espaço comum com outros condenados. Não haverá, pois, o isolamento noturno previsto no regime fechado e, durante o dia, o trabalho será comum, com a viabilidade de o preso circular pela colônia sem as mesmas cautelas tomadas na penitenciária. Embora o art. 92, *caput*, mencione que o condenado *poderá* ser alojado em compartimento coletivo, é óbvio que assim deve ser. Do contrário, se for instalado em cela individual, isolado durante a noite, estará em regime fechado e não no semiaberto. Somente se for punido, poderá ser colocado em local próprio devidamente isolado (art. 53, IV, LEP). Esse alojamento coletivo deve respeitar a salubridade do ambiente, em face dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado (art. 88, parágrafo único, *a*, LEP).

Respeita-se, como requisito básico, dentre outros, a seleção adequada dos presos, colocando cada um próximo a outro com o qual não irá manter desavenças ou trazer litígios ou disputas de outros presídios ou da criminalidade exterior, além de se buscar separar os condenados, conforme a sua aptidão para o trabalho, estado civil e outros pontos comuns de interesse. Naturalmente, como em

tudo estabelecimento penal, deve-se respeitar a capacidade máxima do local, pois, do contrário, a individualização executória da pena sofrerá abalos imponderáveis. A superlotação de qualquer presídio ou estabelecimento similar torna inócua a tarefa do Estado de buscar a reeducação do condenado.

## 5. REGIME ABERTO

---

A Casa do Albergado é destinada ao cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, bem como à pena restritiva de direito, consistente na limitação de fim de semana (art. 93, LEP).

Cuida-se, no entanto, de ilustre desconhecida da maioria das Comarcas, como, por exemplo, da cidade de São Paulo, onde há um número elevado de presos inseridos no regime aberto, cuida-se do estabelecimento adequado ao cumprimento da pena no mencionado regime aberto. Além disso, serve também a abrigar aqueles que devem cumprir a pena de limitação de fim de semana (restritiva de direitos). A sua inexistência levou a gravíssimos fatores ligados à impunidade e ao descrédito do Direito Penal. Há décadas, muitos governantes simplesmente ignoram a sua necessidade. Por isso, o Judiciário foi obrigado a promover a inadequada analogia, porém inafastável, com o art. 117 desta Lei.

Passou-se a inserir o condenado em regime aberto na denominada *prisão albergue domiciliar* (P.A.D.). O que era para se tornar uma exceção, destinada a sentenciados maiores de 70 anos, pessoas acometidas de doenças graves, condenadas com filhos menores ou deficientes físicos ou mentais, bem como a mulheres gestantes, passou a ser regra. Nem é preciso salientar que não há a menor chance de fiscalização adequada, de modo que é impossível saber se o condenado recolhe-se, em sua casa particular, nos horários determinados pelo juiz, bem como o que faz durante o seu dia inteiro. Se não há interesse político nesse regime, é preciso extirpá-lo da lei, substituindo-o por outra medida, possivelmente o regime semiaberto, com dois estágios, mas não se pode conviver com a lei sem implementá-la.

Cuida-se de autêntica afronta à legalidade. A maioria da jurisprudência, no entanto, acolhe a possibilidade de se empregar a analogia *in bonam partem*, admitindo a inserção de qualquer condenado em regime aberto na modalidade de prisão albergue domiciliar, por não haver outra alternativa.

O art. 94 da LEP preceitua que “o prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga”. Na sequência, estabelece o art. 36, *caput*, do Código Penal, ser o regime aberto baseado na “autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado”. Por isso, o estabelecimento onde se encontra não pode ter vigilância armada, nem grades ou obstáculos contra a fuga. Porém, não se trata de uma *pensão*, onde os sentenciados entram e saem à vontade, sem qualquer controle. Casas do

Albergado como essas, muitas vezes custeadas pela Prefeitura de algumas cidades, a pedido do juiz da execução penal, já tivemos a oportunidade de visitar. É um arremedo de regime aberto, pois os presos ficariam encarregados de “controlar” as entradas, saídas e ocorrências internas. Palestras não existem, nem orientação alguma. Ora, é sabido que preso não controla preso, ao menos no que se refere à delação, vale dizer, se tiver que narrar ao juiz eventuais faltas cometidas por outro. Portanto, o mínimo que se espera da Casa do Albergado é haver fiscalização e controle de entradas e saídas, além de um espaço próprio para palestras, eventos, cursos etc. Aliás, nada do que já não está previsto expressamente em lei (art. 95 desta Lei).

Além de aposentos, a Casa do Albergado, por se destinar a condenados à pena de limitação de fim de semana, onde se busca ministrar palestras, promover cursos e atividades educativas (art. 48, parágrafo único, CP), deve ter, como ponto indispensável, um local apropriado para tanto, bem como um corpo de profissionais apto a desenvolver tais tarefas. Não se trata de elevado investimento por parte do Estado, mas que, se fosse realizado, traria imenso avanço ao cumprimento da pena no Brasil, reativando uma proposta de regime de prisão amena, sem os traumas do regime fechado e com possibilidade de êxito para criminosos de baixa periculosidade.

## **6. CENTRO DE OBSERVAÇÃO**

---

Conforme disciplinado pelo art. 96 da LEP, “no Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação. Parágrafo único. No Centro poderão ser realizadas pesquisas criminológicas”. Em sequência, dispõem os arts. 97 e 98, respectivamente: “o Centro de Observação será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal”; “os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação”.

Os referidos Centros de Observação são importantes locais situados em prédios anexos aos estabelecimentos penais, onde atuam os profissionais ligados à Comissão Técnica de Classificação e outros, que possam contribuir para o aperfeiçoamento dos dados estatísticos e da pesquisa criminológica. Os pareceres elaborados por tais Centros, em sua grande maioria, possuem elevado nível e permitem ao juiz conhecer, realmente, a personalidade do condenado, auxiliando-o no processo de convencimento para a concessão – ou não – dos benefícios penais.

Lamentavelmente, sob o argumento vetusto da falta de recursos, vários Estados estão abandonando esses Centros, interrompendo suas atividades e desativando-os. A meta parece ser a construção de presídios em regime fechado, para que a população veja o resultado da administração penitenciária, sem qualquer substrato ou fundamento em um correto processo de individualização executória da pena. Lida-se, em matéria de execução penal, no Brasil, em grande parte, com a *aparência* de um cumprimento de pena, sem qualquer apego científico ou mesmo produtivo e promissor. Há penitenciárias *ocas* espalhadas pelo País, aquelas que se limitam a manter o preso em

seu interior, dando-lhe alimentação e vestuário. Não há trabalho, nem orientação psicossocial, muito menos uma atuante Comissão Técnica de Classificação. A ociosidade impera e a promiscuidade entre os presos torna-se a regra. Nessa ótica, defender-se que a pena de prisão está falida é extremamente fácil; complexo e difícil é desvendar as razões verdadeiras por meio das quais se chegou a esse caos no sistema carcerário brasileiro.

## **7. HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO**

---

“O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do Código Penal” (art. 99, LEP). No parágrafo único: “aplica-se ao Hospital, no que couber, o disposto no parágrafo único do art. 88 desta Lei”.

Trata-se do lugar adequado para receber e tratar os indivíduos sujeitos ao cumprimento de medida de segurança de internação. Naturalmente, equipara-se, em matéria de cuidados e cautelas contra a fuga, ao regime fechado. Suas dependências, além dos indispensáveis equipamentos e medicamentos, devem possuir salas próprias para segurar os internos, mormente os de periculosidade elevada.

Por tal motivo, estipula o parágrafo único deste artigo que se deve aplicar, no que couber, o disposto no parágrafo único do art. 88 desta Lei, vale dizer, unidade celular com salubridade e área mínima de 6 metros quadrados. Não se admite o recolhimento de enfermo mental em estabelecimento prisional, mesmo que se alegue a falta de vagas em hospitais apropriados, pois a falha estatal não pode representar prejuízo ao doente.

“O exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados” (art. 100, LEP). O psiquiátrico é o exame realizado para controle da doença, visando alternativas para a cura. Deve ser realizado com a periodicidade que o médico entender necessária. Por outro lado, há o exame de cessação de periculosidade, envolvendo a avaliação anual, exigida pela lei (art. 175 e seguintes da LEP), para transmitir ao magistrado da execução penal se é viável a liberação do internado ou se deve ele continuar em tratamento por outro período.

O art. 101 aponta que “o tratamento ambulatorial, previsto no art. 97, segunda parte, do Código Penal, será realizado no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou em outro local com dependência médica adequada”.

É o equivalente a uma pena restritiva de direitos, há o inimputável ou semi-imputável que necessita apenas de tratamento ambulatorial, ou seja, precisa frequentar determinado posto de saúde ou hospital para entrevistas e acompanhamento médico, porém sem a necessidade de permanecer internado. Esse tratamento pode dar-se, como prevê o art. 101 desta Lei, no próprio Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, em dependência apropriada, ou em outro local distinto.

## **8. CADEIA PÚBLICA**



Trata-se do estabelecimento destinado a abrigar presos provisórios, em *sistema* fechado, porém sem as características do *regime* fechado. Em outras palavras, a cadeia, normalmente encontrada na maioria das cidades brasileiras, é um prédio (muitas vezes anexo à delegacia de polícia) que abriga celas – o ideal é que fossem individuais ou, pelo menos, sem superlotação –, contendo um pátio para banho de sol. Não há trabalho disponível, nem outras dependências de lazer, cursos etc., justamente por ser lugar de passagem, onde não se deve cumprir pena. Atualmente, está-se mudando o conceito de estabelecimento penal para abrigar presos provisórios, inclusive pelo fato de se estar autorizando a execução provisória da pena.

Há, pois, a construção e instalação de estabelecimentos penais bem maiores que uma cadeia pública, com estrutura de presídio, porém voltados somente aos presos provisórios. Melhor assim que abrigar o preso em infectas celas de cadeias pequenas superlotadas. Aliás, nesses presídios maiores, pode haver a possibilidade de trabalho e outras atividades, ocupando o dia dos presos.

Transitada em julgado a decisão condenatória, deve o sentenciado ser transferido para o estabelecimento penitenciário compatível com o regime fixado (fechado ou semiaberto). Cuidando-se do aberto, naturalmente, deve dirigir-se à Casa do Albergado. No entanto, a cadeia pública existente nas Comarcas é lugar inadequado para o cumprimento de penas. Pode configurar constrangimento ilegal a manutenção de condenado nesses estabelecimentos.

## 9. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

---

STF: “Agravos regimentais em *habeas corpus*. 2. Art. 84 da Lei de Execução Penal (LEP). 3. Constrangimento ilegal. Impossibilidade de o preso provisório ser encarcerado preventivamente em local destinado a presos definitivos. 4. Decisão do Juízo *a quo*, que determinara a necessária transferência do paciente, encontra-se legitimamente justificada, nos termos do art. 86, § 3º, da Lei 7.210/1984 e, por conseguinte, tem o condão de elidir a aplicação do disposto no art. 84 da mesma lei. Precedentes. 5. No caso concreto, está sendo assegurado ao paciente o tratamento diferenciado exigido pela lei aos presos provisórios, porquanto, embora preso em presídio destinado a presos definitivos, o estabelecimento prisional possui ala específica para presos provisórios, os quais ficam isolados dos condenados e recebem tratamento diferenciado. 6. Agravo regimental a que se nega provimento” (HC 132830 AgR – PR, 2.<sup>a</sup> T., rel. Gilmar Mendes, 07.10.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** o importante é separar o preso provisório do preso definitivo, vale dizer, o condenado. Por vezes, em alguns Estados, não há um presídio exclusivo para provisórios; logo, pode-se inserir o preso cautelar em estabelecimento penal para condenados, desde que estejam separados completamente. Este é o objetivo da norma.

TJRS: “De acordo com o art. 91 da Lei de Execução Penal, o estabelecimento prisional adequado destinado aos apenados que cumprem a sua pena em regime semiaberto é a colônia penal agrícola. No caso em apreço, contudo, verifica-se que o apenado, que está cumprindo a sua pena em regime semiaberto, encontra-se segregado em casa prisional compatível com o regime fechado (penitenciária). Consoante o teor da Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal ‘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 Recurso Extraordinário (RE) 641320.’ Assim, à luz das diretrizes fixadas no Recurso Extraordinário nº 641.320, a concessão da prisão domiciliar ao apenado, nas condições do monitoramento eletrônica é medida imperativa. Recurso Provido.” (Ag 70071590525 – RS, 7ª Câmara Criminal, rel. José Conrado Kurtz de Souza, 24.11.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** estar inserido no regime semiaberto não pode ser uma ficção, vale dizer, ou o local é realmente uma colônia penal ou carece de aparato para receber o preso. Não basta colocar uma placa “regime semiaberto” para manter o preso no regime fechado. É fundamental que, tendo direito ao semiaberto, o preso para ali seja enviado; não sendo possível, deve-se colocá-lo em outro local, *diverso do fechado*.

TJBA: “1. Caso em que fora deferida ao paciente a progressão do regime semiaberto para o aberto, fixando-se o sistema de prisão albergue domiciliar, por não possuir a Comarca de Feira de Santana estabelecimento que atenda o disposto nos arts. 93 e 94, da LEP, condicionando-se a efetividade do benefício ao uso de tornozeleira eletrônica, entre outras condições.

2. Tendo o penitente sido beneficiado com a fixação do regime aberto no sistema de prisão albergue domiciliar (PAD), resta evidente a ilegalidade da conduta da Autoridade Coatora ao condicionar a efetividade da ordem à utilização de tornozeleira eletrônica, já que ela mesmo reconhece que o Estado da Bahia não dispõe de aparelhos de monitoramento eletrônico aptos a dar efetividade ao comando judicial. 3. Matéria já consolidada perante esta Corte de Justiça. 4. Ordem concedida, na esteira do parecer da Procuradoria de Justiça, para AFASTAR, temporariamente, a exigência de monitoramento eletrônico até a aquisição dos necessários dispositivos pela Unidade Prisional, devendo ser mantidas as demais condições impostas pelo Juízo *a quo*.” (HC 0000629-66.2017.8.05.0000 – BA, 1ª Câmara Criminal – 1ª Turma, rel. Luiz Fernando Lima, 14.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** a realidade foge à teoria. Pode-se impor o regime aberto com monitoração eletrônica *desde que haja essa viabilidade na Comarca*. Se não houver, deve-se deferir o benefício do regime aberto sem o monitoramento, afinal, não é culpa do condenado. O julgado demonstra, com clareza, que o Estado da Bahia não possui a tornozeleira, como também não tem a Casa do Albergado. Diante disso, a culpa não pode ser atribuída ao sentenciado. A falência do cumprimento da pena é geral no Brasil. Uma vergonha para o Poder Executivo.

TJRS: “1. Pode ser concedida a prisão domiciliar ao apenado que está no regime aberto quando verificada a falta de vagas em estabelecimento adequado ao regime. 2. No caso dos autos, a prova mostra que não é apenas o local onde está sendo cumprida a pena que não atende às disposições da LEP. Também existe superlotação, ausência de separação entre os apenados do regime aberto e semiaberto e as características do prédio anexo que não atendem àquilo que é previsto no art. 94 da LEP, pois possui diversos obstáculos. Desse modo, como medida excepcional, deve ser concedida a prisão domiciliar ao apenado. Agravo provido.” (Ag 70072203987 – RS, 4ª Câmara Criminal, rel. Julio Cesar Finger, 09.02.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** a inserção dos presos em regime aberto no cenário da prisão domiciliar é absurda, pois não preenchem os requisitos do art. 117 da LEP. O que fazer? Nada, pois o Poder Executivo não mantém nenhuma Casa do Albergado. Na verdade, somente tipificando como crime de responsabilidade não cumprir o disposto pela LEP poderia, em tese, fazer algum efeito para os ocupantes em cargos executivos.

## 10. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Estabelecimentos penais:** “o art. 82 da Lei de Execução Penal preceitua que ‘os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso’. No

§ 1.º: ‘a mulher e o maior de 60 anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal’. No § 2.º: ‘o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados’”.

**Penitenciária:** é o estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, quando se tratar de reclusão (art. 87). Busca-se a segurança máxima, com muralhas ou grades de proteção, bem como a atuação de policiais ou agentes penitenciários em constante vigilância.

**Colônia penal:** é o estabelecimento destinado ao cumprimento da pena em regime semiaberto. Trata-se de um estabelecimento penal de segurança média, onde já não existem muralhas e guardas armados, de modo que a permanência dos presos se dá, em grande parte, por sua própria disciplina e senso de responsabilidade. É o regime intermediário, portanto, o mais adequado em matéria de eficiência.

**Casa do Albergado:** é destinada ao cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, bem como à pena restritiva de direito, consistente na limitação de fim de semana (art. 93, LEP). Cuida-se, no entanto, de ilustre desconhecida da maioria das Comarcas, como, por exemplo, da cidade de São Paulo, onde há um número elevado de presos inseridos no regime aberto. Trata-se de um estabelecimento adequado ao cumprimento da pena no mencionado regime aberto. Quando não há

a Casa do Albergado, o sentenciado cumpre em regime albergue domiciliar (P. A. D.).

Cela individual, com  
dormitório, sanitário e  
lavatório

Salubridade do ambiente  
Área  
mínima de 6 m<sup>2</sup>

Seção para gestantes e  
parturientes

Creche para maiores  
de 6 meses e menores de  
7 anos

Trabalho interno

Saídas somente para velório de  
parentes ou tratamento médico,  
com escolta

Trabalho externo, sob escolta

**Regime  
fechado em  
penitenciária**

**Colônia penal  
agrícola ou industrial**

Trabalho interno

Trabalho externo como opção

Estando dentro ou fora do  
estabelecimento

Saídas temporárias: 5 X 7 dias  
cada ao ano com monitoramento  
eletrônico

**Regime semiaberto**

Alojamento coletivo

Segurança média para mínima

**Regime aberto  
casa do albergado**

Estabelecimento de mínima segurança apenas com  
fiscalização, sem grades ou obstáculos à fuga

Cada preso cuida de si, no período em que  
estiver ali recolhido

Recolhimento no período noturno, quando  
ausente o trabalho e nos fins de semana

Lugar de cursos e palestras educativas para albergados  
e para os que cumprem limitação de fim de semana

À falta de Casa do Albergado, tem-se utilizado a Prisão  
Albergue Domiciliar (art. 117, LEP) por analogia

**Prisão albergue  
domiciliar  
(art. 117, LEP)**

Condenado maior de 70 anos

Condenado com doença grave

Condenado com filho menor ou deficiente físico ou mental

Condenada gestante



Capítulo IX

## Da execução das penas em espécie

### **1. INÍCIO DA EXECUÇÃO PENAL**

---

Preceitua o art. 105 da LEP que “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Desse modo, o formal início da execução se dá com a expedição da guia de recolhimento. Esta, por seu turno, somente será emitida quando o réu, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, vier a ser preso ou já se encontrar detido. Deve o cartório do juízo da condenação providenciar a expedição da guia, enviando-a, com as peças necessárias, ao juízo da execução penal. Cópias serão igualmente remetidas à autoridade administrativa onde se encontra preso o condenado.

### **2. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA**

---

Trata-se de uma realidade no cenário jurídico brasileiro, já regulamentada pelos Tribunais dos Estados e também pelo Conselho Nacional da Justiça. Por isso, o juízo da condenação, assim que o réu vier a ser preso ou se já se encontrar detido, deve determinar a expedição da guia de recolhimento, ainda que haja recurso das partes, portanto, antes do trânsito em julgado, colocando a observação de se tratar de guia de recolhimento provisória. Seguem as peças ao juiz da execução penal, que decidirá, conforme o seu convencimento, se, como e quando deve o preso, condenado provisório, obter algum benefício, como, por exemplo, a progressão de regime.

### 3. GUIA DE RECOLHIMENTO

---

Segundo o art. 106, “a guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: I – o nome do condenado; II – a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; III – o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; IV – a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; V – a data da terminação da pena; VI – outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário. § 1.º Ao Ministério Público se dará ciência da guia de recolhimento. § 2.º A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução, ou ao tempo de duração da pena. § 3.º Se o condenado, ao tempo do fato, era funcionário da administração da justiça criminal, far-se-á, na guia, menção dessa circunstância, para fins do disposto no § 2.º do art. 84 desta Lei”.

Desse modo, a guia de recolhimento constitui não somente a petição inicial da execução penal, como a comunicação formal e detalhada à autoridade administrativa, responsável pela prisão do condenado, do teor da sentença (pena aplicada, regime, benefícios etc.). Deve conter todos os dados descritos nos incisos do art. 106, acompanhada das cópias das peças que instruíram o processo principal, de onde se originou a condenação. Os detalhes, em especial quanto às datas (fato, sentença, acórdão, trânsito em julgado etc.), são úteis para o cálculo da prescrição, uma das primeiras providências a ser tomada pelo juiz da execução penal. Não há sentido em se providenciar a execução de pena prescrita.

A ciência ao Ministério Público é fundamental pelo fato de ser ele o fiscal da execução da pena. Como o processo de execução inicia-se de ofício, na imensa maioria dos casos, torna-se providência lógica abrir vista ao membro do Ministério Público para que se manifeste, requerendo algo em favor ou contra o condenado, conforme seu entendimento, desde logo, já que não foi ele o órgão a propor a inicialização do processo executório.

Quanto à modificação dos dados da guia, além dos erros materiais que possa conter e merecem ser corrigidos, altera-se a guia sempre que houver alguma modificação provocada por outros fatores, como, por exemplo, o provimento a um recurso do MP (no caso de guia de recolhimento provisória) ou o deferimento de uma ação de revisão criminal (proposta pelo condenado, após o trânsito em julgado), que altere a pena.

Deve-se ressaltar a função pública do condenado, para fins de separação do preso dos demais, evitando-se retaliações, nos termos do art. 84, § 2.º, da LEP. Deve haver expressa menção de que o sentenciado era funcionário da administração da justiça (juiz, promotor, policial etc.).

Disciplina o art. 107 da Lei de Execução Penal que “ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária. § 1.º A autoridade administrativa incumbida da execução passará recibo da guia de recolhimento, para juntá-la aos



autos do processo, e dará ciência dos seus termos ao condenado. § 2.º As guias de recolhimento serão registradas em livro especial, segundo a ordem cronológica do recebimento, e anexadas ao prontuário do condenado, aditando-se, no curso da execução, o cálculo das remições e de outras retificações posteriores”.

A norma prevista no art. 107 impõe razoável e correta cautela para que alguém seja levado ao cárcere, impedindo-se, pois, a ausência de controle estatal de quem está preso e quando deve deixar o estabelecimento penal. A autoridade administrativa responsável pelo presídio, cadeia ou estabelecimento similar somente poderá receber alguém, concretizando-se o cerceamento da sua liberdade, caso exista documento formal para tanto, com lastro constitucional. Se fosse uma prisão preventiva, viria acompanhada do mandado de prisão expedido pelo juiz.

No caso presente, a guia de recolhimento é o documento hábil a espelhar que há uma pena efetiva a cumprir, motivo pelo qual a prisão é formalmente legal. Se o preso for recepcionado sem a expedição da guia, pode ser configurado o delito de abuso de autoridade (art. 4.º, *a*, Lei 4.898/65). Não havendo dolo por parte do agente receptor, desconfigura-se o crime, mas remanesce a falta funcional. A mesma precaução se dá no cenário das internações em Hospitais de Custódia e Tratamento (ver art. 172, LEP).

“O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico” (art. 108, LEP). Há situações passageiras de perturbação da saúde mental, que, no entanto, precisam de tratamento especializado. Nesse caso, transfere-se o preso do estabelecimento penal comum para o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico pelo tempo necessário à sua recuperação, tornando em seguida para o presídio. Não se converte a pena em medida de segurança (art. 183, LEP). A conversão, no entanto, será a medida adequada, se houver a comprovação de se tratar de doença mental ou perturbação da saúde mental de longa duração, vale dizer, cujo tratamento não envolverá somente algumas semanas ou meses, mas, provavelmente, anos. Assim ocorrendo, transforma-se a pena em medida de segurança. As condições para isso e a reversibilidade da situação são analisadas nos comentários ao art. 183 desta Lei.

“Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do juiz, se por outro motivo não estiver preso” (art. 109). É lógico dever o Estado libertar o preso. A razão de ser do art. 109 é especificar que tal autorização deve originar-se do juiz da execução penal, mediante a expedição de alvará de soltura. Sempre se expede este documento com o alerta de que o preso somente será libertado se não houver outro motivo que o segure no cárcere (ex.: a decretação de uma prisão preventiva em outro processo). Extravasar o tempo de prisão, sem justa causa, pode configurar o crime de abuso de autoridade (art. 4.º, *i*, Lei 4.898/65).

## **4. REGIMES**

---

Além da individualização legislativa e da individualização executória da pena, a fase mais

decisiva para qualquer condenado é a individualização judicial, quando o magistrado do processo de conhecimento chega à conclusão acerca da culpa do réu e decide condená-lo. Deve, então, seguir três fases: a) *primária*: escolhe-se o *quantum* da pena (ex.: entre 1 e 4 anos, pode-se fixar dois anos), com base nos elementos fornecidos pelo art. 59, *caput*, do Código Penal; b) *secundária*: elege-se o regime, dentre os legalmente possíveis, ou seja, fechado, semiaberto ou aberto. Deve-se levar em consideração os limites impostos no art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal; c) *terciária*: é a fase em que o julgador pondera os benefícios cabíveis ao sentenciado, isto é, se pode substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, CP) ou por multa (art. 60, § 2.º, CP). Não sendo viável a substituição, cabe ao magistrado ponderar sobre a possibilidade de concessão de suspensão condicional da pena. O disposto no art. 110 da Lei de Execução Penal, em sintonia com o Código Penal (art. 59, III), preceitua ser, *sempre*, dever do julgador estabelecer o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade. Logo, não é tarefa do juiz da execução penal fazê-lo, exceto quando houver de adaptar o montante total da pena a uma nova realidade, como veremos no disposto no art. 111 da LEP.

Parece-nos fundamental destacar a indispensabilidade de fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, ainda que se possa conceder a suspensão condicional da pena. Registremos que o *sursis* é condicionado e haverá audiência admonitória especialmente designada para a aceitação de seus termos pelo sentenciado (art. 160, LEP).

Se, feita a advertência, desde logo o condenado manifestar sua não concordância com as condições impostas, perde efeito o benefício e será ele inserido no regime inicial estabelecido na sentença condenatória. Ex.: pode ter recebido uma pena de dois anos por tentativa de estupro, fixando o magistrado o regime inicial fechado, porém, por preencher os requisitos do art. 77 do Código Penal, concede-lhe *sursis*. Caso não seja este aceito ou não compareça o réu, devidamente intimado, à audiência admonitória, perde efeito o benefício e será preso o condenado.

Dispõe o art. 111 que “quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

Consagra-se o juízo universal da execução da pena, ou seja, todas as penas aplicadas ao réu concentrar-se-ão em uma única Vara de Execução Criminal, normalmente a da Comarca onde ele estiver preso ou fixar domicílio (caso se encontre em liberdade). Por isso, cabe ao juiz que controla todas as suas condenações promover a necessária somatória das penas e verificar a adequação do regime imposto, bem como dos benefícios auferidos. Em caso de concurso material, quando as penas serão somadas, é possível que o réu tenha, exemplificando, três penas de dois anos em regime aberto, cada uma delas, pois todas provenientes de juízos criminais diferentes.

É natural que, concentrando-se todas elas na Vara de Execução Penal, o montante atingirá seis

anos e o regime aberto torna-se incompatível (art. 33, § 2.º, *b*, CP). Deve o magistrado adaptá-lo ao semiaberto, no mínimo. Por outro lado, é viável haver a unificação de penas, ocasião em que nova adaptação de regime pode ser necessária. Ilustrando: o réu possui dez condenações por furto simples, atingindo dez anos de reclusão, motivo pelo qual foi inserido no regime inicial fechado (art. 33, § 2.º, *a*, CP). Porém, em seu processo de execução da pena, constata-se ter havido crime continuado (art. 71, CP), razão pela qual o juiz unifica todas elas em um ano e seis meses de reclusão. Deve, logicamente, afastar o regime fechado, concedendo o aberto. Determina, ainda, o art. 111 desta Lei, que se leve em conta, para tal cálculo os benefícios trazidos pela detração (art. 42, CP) e remição (art. 126, § 1.º, LEP). Portanto, para atingir a pena justa, soma-se ou unifica-se o montante geral, aplica-se a detração e/ou a remição, conforme o caso, para chegar-se ao regime ideal.

Como regra, é desnecessária a prévia oitiva do sentenciado, pois a unificação deve ser determinada pelo juiz de ofício, assim que outras penas se juntarem à execução em trâmite. No entanto, se o sentenciado possuir defensor constituído ou houver defensoria pública que lhe dê assistência o magistrado pode abrir vista para a sua prévia manifestação, valendo o mesmo procedimento para o membro do Ministério Público. Privilegiar o contraditório e a ampla defesa no processo executório da pena nunca é demais.

Quanto à adaptação dos benefícios penais concedidos à nova realidade das penas, os mesmos critérios expostos anteriormente serão utilizados no tocante ao cenário dos benefícios. Exemplificando: a) o réu recebe três penas de três anos, por diversos crimes dolosos, em Varas diferentes; cada magistrado, na sentença condenatória, concede-lhe a substituição por penas restritivas de direitos. Quando as três condenações chegarem à Vara da Execução Penal, o juiz promoverá a somatória, verificará o total de nove anos de reclusão e deverá cassar o benefício da pena alternativa, inserindo o condenado no regime fechado; b) o contrário pode ser viável, ou seja, o acusado é condenado por vários juízes diferentes a um montante que atingiu doze anos de reclusão, por crimes dolosos. Ingressou no regime fechado e seu processo de execução penal tem início. O juiz observa que é possível a unificação, em face da existência de crime continuado, reduzindo a pena para três anos. Poderá conceder-lhe, preenchidas as condições legais (art. 44, CP), a substituição desse novo montante por pena restritiva de direitos.

Um preceito fundamental: *pena cumprida é pena extinta*. Sempre que nova pena chegar, para cumprimento, na Vara de Execução Penal, será ela somada ao restante da pena e não no montante total inicial, afinal, pena cumprida é pena extinta. Com esses novos valores, decidirá o magistrado acerca do regime cabível. Ilustrando: iniciou o réu o cumprimento da pena de doze anos de reclusão, em regime fechado; por merecimento e cumprido mais de um sexto, passou ao semiaberto; depois, atingiu o regime aberto. Faltando três anos para terminar a pena, recebe-se na Vara de Execução Penal mais uma condenação de um ano de reclusão. Não será somada esta nova pena aos doze anos iniciais, mas aos três anos derradeiros. Logo, o total será de quatro anos de reclusão e não de treze anos. Por isso, pode o magistrado mantê-lo no regime aberto, pois a pena a cumprir não ultrapassa

quatro anos (art. 33, § 2.º, c, CP).

Realizada a unificação, pela somatória de outras penas, além de fixar o regime adequado, o magistrado deve determinar o cômputo dos eventuais benefícios a partir da data do trânsito em julgado definitivo da última condenação, quando se torna nítida a prática de outra infração penal.

## 5. CRITÉRIOS PARA A PROGRESSÃO DA PENA

---

Estabelece o art. 112 da LEP que “a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1.º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2.º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”.

A Lei 10.792/2003 trouxe alterações substanciais à redação do art. 112 da Lei de Execução Penal. Buscou-se, lamentavelmente, diminuir a esfera de atuação da Comissão Técnica de Classificação no cenário da progressão de regime. Antes da Lei 10.792/2003, essa Comissão, composta pelo diretor do presídio, por, pelo menos, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social (art. 7.º, LEP), obrigatoriamente, participava do processo de individualização da execução, opinando nos pedidos de progressão do regime fechado para o semiaberto e deste para o aberto. Cabia a ela, inclusive, propor as progressões e regressões de regime, bem como as conversões. Destarte, dispunha o art. 112, parágrafo único (hoje substituído pelos §§ 1.º e 2.º), cuidando da progressão de regime: “A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário”.

A nova redação estipula que a decisão de progressão será motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa (§ 1.º), com igual procedimento para a concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas (§ 2.º). O art. 6.º da Lei de Execução Penal, com novo texto, indica que a mencionada Comissão Técnica de Classificação deve elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório, não mais mencionando que deverá propor a progressão ou regressão. Aliás, a redação atual do art. 112, *caput*, passa a prever que a transferência, em forma progressiva, para regime menos rigoroso (fechado para o semiaberto e deste para o aberto) será determinada pelo juiz, quando o preso atingir um sexto da sua pena no regime anterior e tiver *bom comportamento carcerário*, comprovado pelo diretor do estabelecimento, *respeitadas as normas que vedam a progressão*. Esta parte final foi uma cautela do legislador para evitar qualquer interpretação tendente a acreditar que foi revogada a norma da Lei dos Crimes Hediondos, que impedia a progressão, afinal, poder-se-ia falar em novel

lei penal benéfica, passível de afastar a aplicação de anterior disposição prejudicial ao condenado (essa questão, em face da decisão do STF (HC 82.959-SP), autorizando a progressão de regime para todos os delitos, inclusive hediondos e equiparados, entretanto, perdeu relevo). Além disso, a edição da Lei 11.464/2007, conferindo nova redação ao art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/90, passou a exigir somente que o regime imposto aos sentenciados por tais delitos seja *inicialmente* fechado. Autorizada está a progressão, portanto.

Nota-se que a preocupação do legislador em eliminar a obrigatoriedade de participação da Comissão Técnica de Classificação no processo de avaliação da possibilidade de progressão de regime – igualmente no tocante ao livramento condicional, indulto e comutação – poderia merecer elogio, num primeiro momento, desde que se entendesse como medida desburocratizante. Assim, ao invés de, em todo e qualquer caso, dever o magistrado submeter o pedido de progressão de regime à avaliação prévia da Comissão Técnica de Classificação, que, na realidade, não foi extinta pela nova Lei, a partir de agora, dentro do *constitucional* processo de *individualização da pena*, somente em situações necessárias, para a formação da convicção do julgador, poderá ser determinada a colheita de elementos junto à Comissão ou mesmo à Direção do Presídio. Outra não pode ser a interpretação a ser dada, uma vez que seria fazer letra morta da riqueza proporcionada pelo art. 5.º, XLVI, primeira parte, da Constituição Federal, consagrador do princípio constitucional da individualização da pena. E lei ordinária não poderia fazê-lo.

O Código Penal, que não foi modificado, continua a mencionar, no art. 33, § 2.º, que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, *segundo o mérito do condenado...*”. Ora, como o juiz apura o mérito? De variadas maneiras e *uma delas* era o parecer obrigatório da Comissão Técnica de Classificação. Eliminada essa obrigatoriedade, incluindo-se em seu lugar a indispensabilidade de atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, passa-se a exigir do juiz da execução penal maior liberalidade em relação ao preso comum, isto é, no tocante àquele que não cometeu crime violento (violência física ou moral) contra a pessoa, de particular gravidade. Um autor de furtos, por exemplo, pode progredir do regime fechado para o semiaberto, bastando o atestado de boa conduta, se não houver outros dados negativos a seu respeito. Entretanto, o condenado por vários homicídios, em outro exemplo, ainda que tenha bom comportamento, pode despertar no magistrado a necessidade de realização do exame criminológico ou mesmo de ouvir a Comissão Técnica de Classificação para autorizar a progressão.

Observe-se que o art. 8.º da Lei de Execução Penal não foi alterado e preceitua que “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à *individualização da execução*” (grifo nosso). Ora, ainda que se diga que esse exame será realizado no início do cumprimento da pena, destina-se ele a garantir a correta *individualização executória* da pena, não se podendo concluir que esta foi e está sendo satisfatória, mormente considerando-se que diretores de presídio não possuem, necessariamente, conhecimento técnico

especializado para a visualização criminológica do condenado, se não for elaborado outro exame criminológico para fornecer um padrão de confronto ao juiz. A doutrina, há muito tempo, vem sustentando que a pena-padrão, o regime-padrão e o cumprimento-padrão são desatinos implementados ora pelo legislador, ora pelo magistrado, motivo pelo qual não é momento de se cercear a atividade individualizadora do juiz, mas, ao contrário, de privilegiá-la. Se a obrigatoriedade de obtenção do parecer da Comissão Técnica de Classificação foi eliminada, podemos reputar à tendência de evitar justamente a padronização, isto é, afastar a realização de laudos e pareceres idênticos para casos similares, por excesso de serviço e falta de pessoal. Agora, reservando-se o trabalho dessa Comissão e de outros profissionais do presídio (como o psiquiatra) para casos graves, pode-se melhor tecer pareceres para enaltecer o *merecimento* do preso, *individualizando* a execução de sua pena. Sem dúvida que se pode voltar os olhos para a supressão, na parte final do art. 112, *caput*, da expressão “e seu mérito indicar a progressão”, parecendo, então, que não há mais avaliação do merecimento para que a mudança de regime se concretize.

Assim não nos parece, pois o sistema penal e de execução penal devem formar um todo harmônico, cumprindo ressaltar que o Código Penal continua a mencionar a necessidade de se avaliar o mérito do condenado para a progressão, bem como o exame classificatório continuará a ser feito no início da execução, assim como o criminológico, ainda existindo a Comissão Técnica de Classificação. Por isso, partindo-se do pressuposto de que a individualização da pena não se encerra com a prolação da sentença, continuando durante a execução da pena, que possui caráter eminentemente jurisdicional, logo, depende de atos motivados do juiz para que se desenvolva, jamais se poderia considerar extinta ou afastada a possibilidade de, para formar o seu convencimento, o magistrado ficar entregue a um simples atestado de boa conduta carcerária, fornecido pela direção do presídio, *para todo e qualquer caso*, sabe-se lá de que forma e com qual critério.

O Poder Judiciário é autônomo do Executivo, não sendo um atestado o suficiente para levar o magistrado a abrir mão de sua independência funcional, avaliando concretamente o progresso e o merecimento de condenados submetidos à sua jurisdição. Outro caminho que se tome seria coibir a individualização executória da pena, o que, ademais, não seria o ideal. Realizar um programa individualizador no começo do cumprimento da pena (art. 6.º, LEP) e um exame criminológico (art. 8.º, LEP), sem haver solução de continuidade, quando for indispensável para obtenção do resultado concreto do programa fixado para o preso, seria inútil. Para que o juiz não se limite a requisitos puramente objetivos (um sexto do cumprimento da pena + atestado de boa conduta carcerária), contra os quais não há insurgência viável, privilegiando o aspecto subjetivo que a individualização – judicial ou executória – sempre exigiu, deve seguir sua convicção, determinando a elaboração de laudo criminológico, quando sentir necessário, fundamentando, é certo, sua decisão, bem como pode cobrar da Comissão Técnica de Classificação um parecer específico, quando lhe for conveniente.

Acrescente-se que a redação do art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, menciona que o preso deve ostentar bom comportamento *comprovado* pelo diretor do estabelecimento. Essa

comprovação pode não se dar de modo suficiente em um singelo atestado de boa conduta, instando o magistrado a demandar outros esclarecimentos, como os dados possíveis de colhimento pelos demais profissionais em exercício no estabelecimento penal. O mesmo se diga no que se refere ao livramento condicional, já que continua vigente o art. 83, parágrafo único, do Código Penal, demandando exame criminológico, quando o crime envolver violência ou grave ameaça à pessoa.

Sustentando, igualmente, a necessidade de se manter a realização do exame criminológico para a progressão de regime, por atender ao princípio constitucional da individualização da pena, afirmam Cláudio Th. Leotta de Araújo e Marco Antônio de Menezes que “por uma questão de justiça, respeito à Democracia e com vistas à recuperação do sentenciado, a execução da pena deve ser individualizada e a Constituição brasileira, conquanto tenha sido promulgada depois da lei supracitada, cobra essa individualização, mercê de seu art. 5.º, inciso XLVI. Ou seja, o legislador sabia, tinha consciência de que, para criminosos diferentes, execuções de penas também diferentes, e o elemento orientador dessa individualização é o exame criminológico, já que não se dispõe de outro meio. Além disso, como dito acima, o exame é a forma pela qual o magistrado tem como fundamentar sua decisão acerca da antecipação da liberdade do sentenciado e progressão regimental, antes de cumprida a pena na íntegra. (...) Quanto à alegação de que o exame é mal elaborado, tenha-se em mente dois fatos: primeiro, de que há um outro exame, também previsto na legislação, mas que não é feito, o exame de personalidade, o qual deveria ser aplicado quando da entrada do sentenciado no sistema prisional e serviria de esteio ao exame criminológico (...) Mais uma vez impotente para realizar reformas profundas, que demandam vontade política, dinheiro e tempo, o Estado lança mão de paliativos simplistas”.<sup>1</sup> E também: “Em razão dessa interpretação pobre e literal da nova redação dada ao art. 112 da LEP, poderíamos concluir que, além do tempo mínimo de cumprimento da pena, bastaria tão somente a juntada de atestado de boa conduta carcerária para o apenado obter o benefício almejado. Porém, é evidente que, em boa parte dos casos, a mera análise do comportamento carcerário do preso não é suficiente para a verdadeira individualização da pena durante o processo de execução. Assim sendo, entendemos que, mesmo sob a égide da Lei 10.792/2003, o juiz da execução, em busca da verdade real e em virtude de seu livre convencimento motivado, pode afastar o teor do atestado de boa conduta carcerária e analisar os conteúdos do parecer da CTC e do laudo de exame criminológico para fundamentar o indeferimento da progressão de regime ou do livramento condicional”.<sup>2</sup>

Em sentido contrário, no Estado de São Paulo, editou-se a Resolução da Secretaria de Administração Penitenciária 115, de 4 de dezembro de 2003, explicitando no art. 1.º, parágrafo único, o seguinte: “O parecer, o laudo e o exame criminológicos são instrumentos de classificação do condenado, individualização e acompanhamento da execução de sua pena, não podendo servir para avaliar seu mérito ou comportamento (art. 6.º da LEP)”. Em primeiro lugar, deve-se salientar que o Poder Executivo limita-se a guardar os presos, proporcionando-lhes as melhores condições de vida possíveis no cárcere, conforme determina a lei – o que este Poder de Estado, ainda assim,

descumpra. Cabe ao Judiciário promover a execução da pena, com a fiscalização do Ministério Público. Portanto, a edição de uma Resolução, de cunho administrativo, não pode ter efeito algum nesse cenário, exceto para liberar o Executivo da tarefa de manter cada vez mais aparelhadas as Comissões Técnicas de Classificação e outros profissionais da saúde aptos a analisar o comportamento dos presos – o que não lhe interessa, como regra, em face do alto custo. Diante disso, o referido parágrafo único do art. 1.º da Resolução SAP 115, de São Paulo, não deve servir de base para os magistrados, uma vez que é contraditória e, além de tudo, busca imiscuir-se em assunto alheio. A contradição concentra-se em mencionar que o parecer da Comissão Técnica de Classificação e o exame criminológico *são* instrumentos de classificação (fornecedores de subsídio para o início do cumprimento da pena), *individualização* e acompanhamento da pena, mas não podem servir de base para a avaliação do mérito do condenado (?!). E o que significa o mérito do sentenciado senão instrumento para a individualização executória da pena? O mérito serve para outra coisa senão para isso? Basta ler o art. 33, § 2.º, do Código Penal – “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, *segundo o mérito* do condenado (...)” (grifamos) – para detectar que o mérito é o fator para a progressão e esta é inequivocamente, sob qualquer prisma, individualização executória da pena.

O espírito da lei penal está imantado nas palavras de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, que não deixa de ressaltar, sempre que possível, ser a individualização da pena, inclusive na fase executória, um princípio constitucional: “O mérito apura-se, em resumo, mediante: *a)* parecer da Comissão Técnica de Classificação; *b)* exame criminológico; *c)* comprovação de comportamento satisfatório, ou não, do condenado, no andar da execução; *d)* bom, ou não, desempenho no trabalho, que lhe foi atribuído; *e)* verificação de condições pessoais, compatíveis ou não com o novo regime: semiaberto ou aberto”.<sup>3</sup>

Logo, o parecer da Comissão e o exame criminológico, *quando necessários*, podem e devem continuar a ser feitos, requisitados pelo Poder Judiciário e cumpridos pelo Poder Executivo. Enfim, ainda que este Poder de Estado edite “Resoluções”, estas não podem, jamais, ferir o Código Penal e muito menos a Constituição Federal. Registremos o disposto no Decreto Federal 6.049/2007, disciplinando o funcionamento dos presídios federais: “Art. 15. A execução administrativa da pena, respeitados os requisitos legais, obedecerá às seguintes fases: I – procedimentos de inclusão; e II – *avaliação pela Comissão Técnica de Classificação para o desenvolvimento do processo da execução da pena*” (grifamos). A questão encontra-se, praticamente, pacificada, admitindo-se o exame criminológico, tanto no tocante à progressão de regime quanto no que se refere à concessão de livramento condicional. É o teor da Súmula Vinculante 26 do STF: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. E da Súmula 439 do



STJ: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

A avaliação do mérito do sentenciado, quando efetivada por meio do exame criminológico, é um subsídio a mais para o juiz, mas não o vincula, até porque a verificação de periculosidade não se trata de uma ciência exata. Havendo outros elementos, nos autos da execução, que forneçam ao magistrado um perfil do condenado, o exame, mesmo negativo, pode ser afastado. Ademais, é relevante fazer o referido exame somente em condenações por crimes violentos contra a pessoa.

Quanto à pena extensa, gravidade do crime e transferência a regime menos severo, verifica-se a possibilidade de progressão, desde que o condenado preencha os requisitos legais. O fato de o sentenciado apresentar pena longa não pode ser empecilho para a sua progressão, pois é um elemento não previsto em lei (ex.: condenado a 60 anos de reclusão, inserido no regime fechado, após 10 anos, embora falem praticamente 50 anos, pode, em tese, seguir para o regime semiaberto). Além disso, não se pode, igualmente, vedar a progressão sob o argumento de que o delito praticado foi grave. Para a punição dessa gravidade já se aplicou a pena; a partir do início do cumprimento, deve-se zelar o passado e avaliar o sentenciado onde se encontre (regime fechado, semiaberto ou aberto).

Se o condenado cometer falta grave, como, por exemplo, empreender fuga, durante o período em que se analisa seu pedido de progressão, torna-se prejudicado o pleito, nem mesmo merecendo avaliação de mérito. Além disso, para efeito de progressão, deve começar a computar o período de um sexto novamente. Ex.: cumprindo a pena de doze anos, iniciada no regime fechado, após dois anos – atingido um sexto – comete falta grave. Consequências: a) não poderá receber o benefício da progressão, por ausência de merecimento; b) começará a contar novo período de um sexto a partir da data em que cometeu a falta; c) lembrar que esse novo período incide sobre o remanescente da pena e não sobre o total, ou seja, sobre dez anos e não em relação a doze, pois dois anos já foram extintos.

A existência, por si só, de um inquérito policial em trâmite, para apurar eventual crime cometido pelo condenado, antes do início da execução, não pode servir de obstáculo à concessão de progressão de regime ou outro benefício qualquer, desde que ele tenha preenchido o lapso temporal e os demais requisitos do merecimento (laudos favoráveis). Em primeiro lugar, porque um inquérito em trâmite é uma mera suspeita, não podendo ser acolhido para impedir benefícios de execução penal. Em segundo, não há previsão legal para esse obstáculo à progressão, a menos que o delito tenha sido cometido *durante* a execução da pena.

Estabeleceu a Lei 11.464/2007, conferindo nova redação ao art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.072/90, prazos mais extensos para condenados por delitos hediondos e assemelhados: 2/5, para primários; 3/5, para reincidentes. Conferir nos comentários ao referido parágrafo na referida Lei dos Crimes Hediondos, no volume 1 desta obra.

Havendo o concurso de delito hediondo e crime comum, podem ser realizados cálculos separados para envolver exigências distintas, conforme seja o crime hediondo ou comum. Ao hediondo, aplica-se 2/5 ou 3/5, conforme o caso, mas ao comum usa-se somente 1/6. Não se deve

simplesmente somar as penas dos hediondos e comuns, optando-se por 2/5 (3/5) ou 1/6 aleatoriamente. Deve-se atender às duas necessidades: quanto ao hediondo, que se cumpre em primeiro lugar, o sentenciado precisa atingir 2/5, quando for primário, do tempo de pena, mas, quanto ao comum, apenas 1/6. Atingido o prazo do hediondo, deve-se imediatamente começar a computar o prazo do comum. Exemplificando: uma pena de 6 anos de reclusão, por delito hediondo, somada a uma pena de 6 anos de reclusão, por crime comum, num total de 12 anos. O sentenciado deve cumprir 2/5, se primário, do hediondo, ou seja, 2 anos e 24 dias. Findo, começa a cumprir 1/6 do comum, ou seja, 1 ano. Quando atingir 3 anos e 24 dias, pode pleitear a progressão para regime mais favorável. Tal cálculo em separado possui respaldo jurisprudencial.

## 5.1. Progressão por saltos e falta de vagas

Deve-se observar, rigorosamente, o disposto no Código Penal e na Lei de Execução Penal para promover a execução da pena, sem a criação de subterfúgios contornando a finalidade da lei, que é a da reintegração gradativa do condenado, especialmente daquele que se encontra em regime fechado, à sociedade. Assim, é incabível, como regra, a execução da pena “por saltos”, ou seja, a passagem do regime fechado para o aberto diretamente, sem o necessário estágio no regime intermediário (semiaberto). Porém, é preciso considerar que, por vezes, deferindo o juiz a progressão do sentenciado do regime fechado ao regime semiaberto, não havendo vaga neste último, tem-se permitido que se aguarde a referida vaga no regime aberto.

Ora, há de se computar os casos em que a vaga não surge a tempo e o condenado cumpre tempo suficiente para novamente progredir; assim sendo, deve passar do fechado ao aberto, sem retorno ao semiaberto. Ilustrando: o sentenciado tem uma pena de seis anos, iniciada no regime fechado; após um ano (um sexto), obtém do juiz o direito de progredir ao semiaberto; entretanto, inexistente vaga; determina-se que aguarde no regime aberto, onde permanece por mais de um ano (cumpre, novamente, mais de um sexto do remanescente da sua pena), já tendo direito de pleitear, oficialmente, o regime aberto. Não haveria sentido algum em retornar ao semiaberto – mesmo que surja vaga – quando atingiu mais de um terço do cumprimento da pena, podendo situar-se em definitivo no regime aberto. Sem dúvida, houve progressão *por salto*, mas por culpa exclusiva do Estado, que não lhe arranhou vaga no semiaberto. Sobre o tema, ver artigo de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *RT* 583/312.

A falta de vagas no regime semiaberto levou o STF a editar a Súmula Vinculante n. 56: “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”.

Denomina-se *reformatio in pejus* a reforma de decisão anterior, normalmente realizada por tribunal superior, em recurso exclusivo da defesa. Essa situação é vedada em processo penal e, consequentemente, na execução penal. Não pode o condenado apresentar recurso contra determinada decisão que o prejudicou e o tribunal, ao conhecer do referido recurso, dar-lhe provimento para

*piorar* ainda mais sua situação. Se a medida fosse admissível, ofenderia o princípio constitucional da ampla defesa, pois não teria o menor sentido assegurar ao acusado a possibilidade do duplo grau de jurisdição caso, na prática, enfrentasse uma verdadeira *loteria*, vale dizer, o recurso tanto poderia ser provido para bem ou para mal.

Exemplo de que a execução da pena segue os mesmos parâmetros constitucionais que o processo de conhecimento é a previsão feita no § 1.º deste artigo, ou seja, todas as decisões do Judiciário devem ser motivadas (art. 93, IX, CF) e não se prescinde do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, CF), ouvindo-se, *antes*, o Ministério Público e a defesa técnica.

## **5.2. Procedimento para o livramento condicional, indulto e comutação de penas**

Não basta atingir o requisito temporal de cumprimento de pena, necessitando-se a avaliação do merecimento. Esta se dá tanto pelo atestado de boa conduta carcerária como, também, se necessário à formação do convencimento do magistrado, pelo exame criminológico. Privilegia-se, desse modo, o princípio constitucional da individualização executória da pena. Por outro lado, cuidando-se o indulto e a comutação de autênticas formas de clemência estatal, concedida pelo Poder Executivo, há de se levar em consideração o disposto no Decreto concessivo desses benefícios. Respeitado o princípio da legalidade, somente o que ali constar pode ser exigido para o deferimento do indulto ou da comutação. Se não se demandar a análise do merecimento no decreto de indulto total ou comutação, é incabível que o juiz assim exija.

## **5.3. Regime aberto**

O art. 113 da LEP prevê que “o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz”. Preceitua o art. 36 do Código Penal que o regime aberto “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do preso do condenado”. Por tal razão, é preciso que ele se submeta às condições impostas pelo magistrado de espontânea vontade.

No art. 114, estabelece-se: “somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no art. 117 desta Lei”.

Quanto aos requisitos básicos de ingresso no regime aberto, deve o albergado trabalhar, demonstrando ao juiz da execução penal já exercer alguma atividade (pode estar solto e ingressar no regime aberto) ou comprovar a viabilidade de fazê-lo (ainda que desempregado, tem empenho em recolocar-se). O requisito da potencialidade para o trabalho deve ser analisado com cautela, pois o mercado de trabalho é variável, conforme as condições econômicas do País.

Observe-se, na sequência, a insistência do legislador com a individualização executória da pena, o que é correto, ao mencionar que, em face de seus antecedentes ou conforme o resultado dos exames a que se submeteu (perante a Comissão Técnica de Classificação, se advém do regime semiaberto), deverá ajustar-se às regras liberais do novo regime.

Os condenados que estiverem nas condições do art. 117 desta Lei (vide nota a seguir), não precisam trabalhar, embora possam fazê-lo. Trata-se de uma faculdade, conforme cada caso concreto. Uma pessoa idosa pode estar em perfeita forma e em gozo de saúde ideal, logo, pode desempenhar alguma atividade laborativa. Por outro lado, a pessoa gravemente enferma dificilmente conseguirá desenvolver qualquer tarefa.

Conforme prevê o art. 115, “o juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; IV – comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado”.

Quanto às condições do regime aberto, além de condições específicas, conforme as necessidades de individualização executória da pena de cada condenado, o magistrado deve estabelecer as previstas nos incisos do art. 115 ao albergado. São as seguintes: a) permanecer na Casa do Albergado quando não estiver trabalhando (durante o repouso e nos dias de folga); b) respeitar os horários estabelecidos pelo juiz para sair e volta à Casa do Albergado (dependerá do tipo de trabalho que conseguiu); c) não sair da cidade onde se situa a Casa do Albergado, sem prévia autorização do juiz da execução penal; d) comparecer a juízo sempre que for chamado a informar o que vem fazendo e justificar suas atividades.

As condições legalmente inexistentes são vedadas, como regra, em homenagem ao princípio da legalidade. Porém, se o magistrado encontrar alguma hipótese, cuja dimensão da condição imposta, além das previstas expressamente no art. 155 desta Lei, comportar adequação, pode implementar. Ex.: acompanhar um curso esclarecedor dos males das drogas (caso sua condenação tenha algum aspecto nesse campo) ou dos prejuízos do uso do álcool para quem vai dirigir veículo (também se o crime disser respeito a esse cenário). É totalmente inviável inserir como condição qualquer sanção, que tenha outra roupagem, como as penas restritivas de direitos. Seria um indesejável *bis in idem*.

É perfeitamente viável que as condições do regime aberto possam ser alteradas para se adaptar ao cenário atual de vida do condenado. Imagine-se que ele passe de um trabalho diurno para uma atividade laborativa noturna. Nesse caso, haverá o magistrado de adaptar seus horários de saída e chegada à Casa do Albergado, para que possa cumprir satisfatoriamente as regras fixadas. Outro exemplo: se arrumar um emprego de vendedor, que exija constantes viagens para outras cidades. Necessitará de uma autorização duradoura do juiz para deixar a cidade onde se situa a Casa do Albergado, informado quando e onde poderá ser encontrado. Há, pois, maleabilidade na execução da pena, o que se conforma ao espírito da individualização.

## 5.4. Prisão albergue domiciliar

Preceitua o art. 117 da LEP que “somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.”.

A conhecida P.A.D. foi hipótese idealizada para presos inseridos no regime aberto em condições pessoais particularizadas. Seria muito mais complicado e, por vezes, inútil aos propósitos ressocializadores da pena, manter na Casa do Albergado as pessoas descritas nos incisos do art. 117 desta Lei. Os condenados maiores de 70 anos são idosos e podem padecer de dificuldades naturais físicas ou mentais. Os sentenciados enfermos merecem cuidados permanentes. A condenada, com filho menor ou deficiente físico ou mental, deve destinar grande parte do seu tempo a seu descendente, não podendo se instalar, junto com a família, na Casa do Albergado.

Por derradeiro, a condenada gestante, conforme o caso, pode estar prestes a dar à luz, o que justifica maior observação e cautela. Em suma, todos são condenados com particularidades específicas, de menor periculosidade à sociedade, motivo pelo qual podem ser inseridos em prisão domiciliar. O que, na prática, houve, lamentavelmente, em decorrência do descaso do Poder Executivo de vários Estados brasileiros, foi a proliferação dessa modalidade de prisão a todos os sentenciados em regime aberto, por total ausência de Casas do Albergado. Cuida-se de nítida forma de impunidade, até pelo fato de não haver fiscalização para atestar o cumprimento das condições fixadas pelo juiz, já que estão recolhidos, em tese, em suas próprias casas, cada qual situada em lugar diverso da cidade.

O regime semiaberto e o albergue domiciliar são incompatíveis. O local adequado para o cumprimento do semiaberto é a colônia penal agrícola ou industrial, em que deve haver, preferencialmente, trabalho interno. Excepcionalmente, autoriza-se o condenado a sair para atividades educacionais ou laborativas. Porém, temos conhecimento da precariedade de vários estabelecimentos destinados ao semiaberto, motivando os juízes a permitir a saída para o trabalho ou estudo. O semiaberto torna-se, praticamente, uma *casa do albergado*, onde o sentenciado repousa à noite. No entanto, transformar o regime semiaberto em albergue domiciliar, que, segundo o disposto pelo art. 117 desta Lei, constitui uma exceção até mesmo para o aberto, é inaceitável.

## 6. REGRESSÃO DE REGIME

---

Dispõe o art. 118 que “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111). § 1.º O

condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2.º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado”.

A execução da pena é flexível e respeita a individualidade de cada condenado. Havendo merecimento, a tendência é a finalização da pena no regime mais brando, que é o aberto. Se faltas forem cometidas, demonstrando a inadaptação do condenado ao regime no qual está inserido, poderá haver a regressão. Não existe a obrigatoriedade de retornar ao regime anterior, vale dizer, se estava no aberto, deve seguir ao semiaberto. Eventualmente, conforme preceitua o art. 118, *caput*, pode ser o condenado transferido para *qualquer dos regimes mais rigorosos*, sendo viável o salto do aberto para o fechado. Depende, pois, do caso concreto.

A prática de fato definido como crime doloso ou falta grave consta do art. 50 da LEP. Por outro lado, cometer um fato (note-se que se fala em *fato* e não em *crime*, de modo que não há necessidade de se aguardar o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória) definido em lei como crime doloso (despreza-se o delito culposo para tal finalidade), conforme a gravidade concreta auferida pelo juiz, pode levar o condenado do aberto ao semiaberto ou desse para o fechado, bem como do aberto diretamente para o fechado. Exemplo: estando no aberto, comete uma extorsão mediante sequestro, pela qual é preso em flagrante. Ora, cabe regressão ao regime fechado, em razão da gravidade do fato praticado.

Quanto à suspensão cautelar, há possibilidade. Dependendo do caso concreto, pode o juiz da execução penal suspender cautelarmente o regime mais benéfico (aberto ou semiaberto), inserindo o condenado em regime fechado. Afinal, conforme o crime, em tese, cometido, podendo, inclusive, haver prisão em flagrante, a gravidade da situação impõe medida urgente, de modo a evitar qualquer frustração no cumprimento da pena. Ilustrando, se o sentenciado, em regime aberto, comete um roubo e é preso em flagrante, não pode permanecer no referido regime aberto. De imediato, *suspende-se* o regime, inserindo-o no fechado, para depois ouvi-lo e decidir, em definitivo, qual será o cabível.

O advento de nova condenação pode evidenciar que o montante delas torna o regime incompatível com o preceituado em lei; precisa o juiz adaptá-lo à nova realidade, podendo implicar regressão.

A frustração dos fins da execução e o não pagamento da multa são fatores importantes. O objetivo principal da execução é a reeducação do preso, com vistas à sua ressocialização. Portanto, atitudes hostis a tal propósito comprometem o escopo da execução penal, autorizando a transferência do condenado do regime aberto a outro, mais severo. Em especial, para isso, verifica-se o descumprimento às condições impostas pelo juiz (art. 115, LEP). Outro ponto é o não pagamento da multa *cumulativamente* imposta.

Em nosso entendimento, o fato de ter a multa sido transformada em dívida de valor (art. 51, CP), não implicando mais em prisão, por conversão dos dias-multa em dias de prisão, caso deixe de ser paga, não afeta o previsto neste artigo. Estamos situados em outro cenário: o da autodisciplina e do

senso de responsabilidade do condenado (art. 36, CP). Ora, se está trabalhando, ganha o suficiente, por que não pagaria a multa que lhe foi imposta? Por que haveria de deixar o Estado gastar tempo e dinheiro para executar a pena pecuniária? Não se trata, naturalmente, de atitude responsável. Por isso, pensamos que o albergado deve pagar, podendo, a multa imposta cumulativamente à sua pena privativa de liberdade. Não o fazendo, é motivo para regressão.

Quando praticar fato definido como crime doloso ou quando deixar de cumprir as condições impostas pelo juiz, bem como deixar de pagar a multa, antes de haver a regressão, o condenado precisa ser ouvido *pelo magistrado*. cremos que o exercício da ampla defesa é fundamental, tanto da autodefesa quanto da defesa técnica. Pode ele apresentar justificativa razoável para o evento. E, se o fizer, o juiz pode mantê-lo no regime aberto, embora advertido a não repetir o equívoco. Não se ouve o condenado no caso do inciso II do art. 118, tendo em vista que se trata de situação objetiva e incontornável.

Disciplina o art. 119 que “a legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 36, § 1.º, do Código Penal)”.

A legislação estadual pode criar mais regras para aprimorar o cumprimento da pena em regime aberto, tais como criar e dar o contorno a cursos e outras atividades para preencher o tempo do albergado nas horas vagas, como, por exemplo, durante os finais de semana. Infelizmente, se nem mesmo a Casa do Albergado existe em muitas Comarcas, o que se dirá de normas em complementação a isso?

## **7. AUTORIZAÇÕES DE SAÍDA**

---

### **7.1. Permissão de saída**

Os presos, condenados ou provisórios, podem deixar o estabelecimento penal, sob escolta de policiais ou agentes penitenciários, que assegurem não haver fuga, para situações de necessidade: a) participar de cerimônia funerária em decorrência de falecimento do cônjuge, companheiro(a), ascendente, descendente ou irmão; b) visitar as mesmas pessoas retro mencionadas quando padecerem de doença grave; c) necessidade de submissão a tratamento médico não disponível no presídio ou em hospital penitenciário anexo, conforme disposto pelo art. 120 da LEP.

Vale registrar o fato inusitado, ocorrido no dia 14 de outubro de 2006, na Penitenciária José Parada Neto, em Guarulhos, Estado de São Paulo, quando a mulher de um preso considerado perigoso faleceu. Ele não pôde ir ao velório, pois os responsáveis pela escolta ficaram com medo de ocorrer um eventual resgate. Diante disso, o caixão foi levado para ser velado na prisão, com autorização da Coordenadoria dos Estabelecimentos Penitenciários da Capital e Grande São Paulo (*Jornal da Tarde*, 20.10.2006, p. 7A).

A permissão de saída somente se aplica aos inseridos nos regimes fechado e semiaberto, tendo

em vista que os albergados (regime aberto) já estão soltos. Entretanto, em casos excepcionais, porque eles têm horários certos para entrar e sair da Casa do Albergado, podem necessitar de autorização do juiz da execução penal para, sem escolta, ficar em local diverso (ex.: passar a noite no velório de um parente). Não se trata, nessa última hipótese, de permissão de saída, porém não deixará de ser o caso de se buscar uma autorização do magistrado ou, pelo menos, comunicar ao juízo, assim que possível, o não cumprimento das condições estabelecidas em face de situação excepcional.

A referência feita pelo art. 120, II, no tocante ao parágrafo único do art. 14, na verdade, deveria ter indicado o § 2.º do art. 14.

Essa modalidade de permissão de saída tem caráter puramente administrativo, pois não influencia o cumprimento da pena em nenhum aspecto. Logo, cabe ao diretor do presídio determiná-la e garantir a segurança do ato.

Diversamente do instituto tratado no art. 122 e seguintes desta Lei, a permissão é medida excepcional e deve ter, realmente, a mera função de corrigir um problema (tratamento de saúde) ou atender a uma razão de natureza humanitária (visita a um doente ou participação em cerimônia fúnebre). Por isso, tem a duração pertinente à finalidade da saída (art. 121, LEP).

## **7.2. Saída temporária**

Nos termos do art. 122 da LEP, “os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução”.

Cuida-se de benefício de execução penal destinado aos presos que cumprem pena em regime semiaberto, como forma de viabilizar, cada vez mais, a reeducação, desenvolvendo-lhes o senso de responsabilidade, para, no futuro, ingressar no regime aberto, bem como para dar início ao processo de ressocialização. Por isso, é concedida pelo juiz da execução penal, respeitados os requisitos descritos no art. 123, com as finalidades previstas nos incisos do art. 122. Não há, por decorrência lógica dos objetivos que pretende alcançar, vigilância direta de agentes policiais ou penitenciários. Lembremos que inexistente saída temporária voltada aos presos em regime fechado, algo que, infelizmente, alguns magistrados, a pretexto de contornar problemas relativos à superlotação do presídio, começaram a conceder, muito embora assumindo postura contrária à lei. Verifique-se a Súmula 520 do STJ, que dispõe: “O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional”.



A execução provisória da pena torna-se incompatível com a saída temporária. Sabe-se, por certo, constituir uma realidade a possibilidade de se determinar a progressão de regime (fechado ao semiaberto, por exemplo), ainda em execução provisória da pena, ou seja, enquanto pendente de apreciação o recurso da defesa. Porém, o fato de estar o sentenciado no regime semiaberto, aguardando a solução definitiva de sua situação processual, não lhe confere todos os direitos inerentes aos condenados, cujos títulos executivos transitaram em julgado. É preciso lembrar que os sentenciados, em execução provisória da pena, encontram-se, na verdade, detidos em função de prisão cautelar. Ora, é incompatível a prisão preventiva com a saída temporária. Afinal, se o sentenciado pudesse, em tese, sair do presídio, sem qualquer vigilância, mais adequado seria revogar a prisão cautelar. Em suma, os que estiverem detidos cautelarmente, ainda que possam progredir, não têm direito à saída temporária.

As metas da saída temporária são proporcionar ao preso de bom comportamento uma maior proximidade com a família, além de lhe garantir a possibilidade de estudar, uma vez que, na colônia penal onde se encontra, apesar de dever existir atividade laborativa, dificilmente se encontrará formação profissionalizante e de segundo grau, sendo quase impossível um curso superior. A participação em atividades propiciadoras de convívio social também se inclui no mesmo contexto de ressocialização.

Após extenso período de debates, editou-se a Lei Federal 12.258, de 15 de junho de 2010, disciplinando as hipóteses de vigilância indireta, a ser realizada por meio de equipamento eletrônico. Diante disso, cremos estar superada a Lei Estadual 12.906/2008, que cuidava do mesmo tema. À ausência de legislação federal, introduziu-se lei estadual nesse contexto; entretanto, vigendo lei de abrangência nacional, não mais tem aplicação o disposto na Lei Estadual de S. Paulo.

Uma das situações em que se permite a vigilância indireta concentra-se na saída temporária, voltada aos sentenciados inseridos no regime semiaberto, como forma de lhes possibilitar o retorno à sociedade, desenvolvendo o senso de responsabilidade e disciplina. A ideia é permitir a saída da colônia penal, sem a denominada vigilância *direta*, ou seja, com acompanhamento de escolta de agentes estatais; por outro lado, introduz-se a fiscalização *indireta*, com o uso de monitoramento eletrônico. Consideramos a medida constitucional, se não impingir ao sentenciado qualquer gravame de natureza cruel ou humilhante. Por isso, conforme prevê o art. 3.º da Lei 12.258/2010, caberá ao Poder Executivo regulamentar a sua implementação. Aguarda-se, pois, a edição do decreto correspondente para se verificar os detalhes relativos à aplicação concreta da vigilância por meio eletrônico. Caso se faça pelo emprego de aparelho discreto, sem visibilidade, porém com eficiência, nada impede a sua utilização pelo condenado, de modo a permanecer em liberdade, investindo em sua própria ressocialização.

Preceitua o art. 123 da LEP que “a autorização será concedida por ato motivado do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I – comportamento adequado; II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da

pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena”.

Quanto ao ato motivado do juiz, nem sempre se dá desse modo. Há muitos presos inseridos no regime semiaberto e, ao se aproximar um feriado qualquer, especialmente os de importância às famílias (ex.: Natal, Dias dos Pais, Dia das Mães), não há viabilidade prática, nem tempo, para o magistrado analisar uma a uma das execuções penais existentes na Comarca, autorizando, igualmente, um a um dos presos a deixar a colônia penal em saída temporária. Edita-se, então, uma portaria geral, promovendo nesta peça os requisitos exigidos e, praticamente, delegando ao diretor do estabelecimento penal que selecione aqueles que podem sair e os que não serão beneficiados.

Logicamente, assim ocorrendo, cabe impugnação tanto do Ministério Público, em relação a determinados presos, feita diretamente ao juiz, para que não saiam, quanto do preso que não obteve o benefício, também dirigida ao magistrado da execução penal. Este, então, poderá decidir o caso concreto, motivadamente. Qualquer decisão tomada comporta agravo, mas sem efeito suspensivo. Logo, em casos teratológicos, autorizando ou negando a saída temporária, pode ser impetrado mandado de segurança ou até mesmo *habeas corpus*, conforme o caso e dependendo da parte interessada (ex.: o MP, para evitar a saída temporária de algum preso, deve valer-se do mandado de segurança; o preso, para conseguir alcançar a saída, pode impetrar *habeas corpus*).

São requisitos para a saída temporária:

- a) comportamento adequado, o que não significa, necessariamente, ser ótimo. Por vezes, o preso pode ser sancionado por falta leve, exemplificando, o que não lhe retiraria a possibilidade de obter o benefício;
- b) cumprimento de, pelo menos, um sexto da pena, se primário, e um quarto, se reincidente. Caso ingresse diretamente no regime semiaberto, para cumprir, por exemplo, seis anos de reclusão, somente poderá pleitear a saída temporária após um ano. Porém, se ingressa no regime semiaberto, por progressão, advindo do regime fechado, já tendo cumprido neste último um sexto do total da pena, pode obter, de imediato, a saída temporária. É o teor da Súmula 40 do STJ: “Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”. Está correta essa disposição, pois o condenado já teve tempo suficiente para demonstrar seu bom comportamento e adequação à disciplina exigida pelo estabelecimento penal mais severo (regime fechado), tanto que conseguiu a transferência ao semiaberto. Assim que viável, pode ser beneficiado pela saída temporária;
- c) compatibilidade do benefício com os objetivos da pena, no caso, fundamentalmente, os aspectos da reeducação e da ressocialização. Por isso, o disposto no inciso III do art. 123 volta-se, basicamente, à associação com o preceituado pelo art. 122, III (“participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social”).

### 7.2.1. Trabalho externo

O ideal seria haver trabalho interno, nas colônias penais, para os sentenciados inseridos no regime semiaberto. Entretanto, tal situação nem sempre é verdadeira. Por isso, muitos juízes têm autorizado o trabalho externo dos condenados, hipótese prevista em lei (art. 35, § 2.º, CP). Essa saída para trabalhar, no entanto, deveria seguir o disposto no art. 123, II, da LEP (cumprir 1/6 da pena, se primário; 1/4, se reincidente).

Os tribunais vêm amenizando a necessidade de permanecer um tempo mínimo recolhido, permitindo, conforme o caso concreto, a imediata saída para trabalho, tão logo ingresse na colônia. Tudo depende da situação concreta, a critério ponderado do magistrado.

### 7.2.2. Período de saída temporária

Disciplina o art. 124 da LEP que “a autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais quatro vezes durante o ano. § 1.º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; II – recolhimento à residência visitada, no período noturno; III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. § 2.º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. § 3.º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra”.

A saída temporária pode atingir o total de 35 dias por ano, subdividida em cinco vezes de *até* sete dias, não significando, necessariamente, dever o juiz conceder o máximo possível a todos os presos. Depende do caso concreto e, fundamentalmente, de merecimento. Ex.: aquele que chegou atrasado na saída temporária anterior pode tanto ser privado da seguinte quanto ter os seus dias de ausência da colônia diminuídos.

As condições para a saída temporária são uma inovação, inserida pela Lei 12.258/2010, para o gozo desse benefício. Portanto, além de específicas condições, conforme o caso concreto exigir, bem como a situação pessoal do sentenciado demandar, deve-se estabelecer: a) fornecimento do endereço onde possa ser localizado, que, nos termos do art. 122, I e III, diz respeito à residência familiar ou a outro local onde existam atividades de convívio social (ex.: clube, associação beneficente, paróquia etc.).

Dessa forma, a saída pode contar com o monitoramento eletrônico, afinal, sem um endereço preciso, torna-se inviável fiscalizar a movimentação do sentenciado; b) recolhimento noturno, consistindo no período decorrido entre o anoitecer e o alvorecer, podendo variar de um lugar a

outro. A meta é a proibição de permanência na via pública, longe da residência para a qual se dirigiu, seja familiar ou comunitária, durante a noite, período no qual há menor vigilância das autoridades em geral, além de ser propício a reuniões e festejos, onde há consumo de álcool e outras substâncias; c) proibição de frequentar determinados lugares, que, agora, finalmente, a lei passa a especificar, indicando bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Em verdade, tal apontamento ainda é insuficiente, mas, pelo menos, há alguma referência. Noutros tópicos legais (ex.: art. 47, IV, CP), consta a vedação à frequência a *determinados lugares*, algo vago e inútil. Sabe-se, então, ser proibido ao sentenciado comparecer, a qualquer hora do dia, a bares (lugares onde há o consumo principal de bebida alcoólica), casas noturnas (lugares onde se realizam eventos festivos e shows em geral, havendo, igualmente, o alcance à bebida alcoólica) e estabelecimentos similares (quaisquer lugares onde se desenvolvam as mesmas atividades de um bar ou casa noturna, mesmo em se tratando de evento particular). O objetivo, por certo, é manter o condenado afastado dos locais onde ocorre embriaguez ou uso de outras drogas, contornando-se, por essa via, brigas e outros tipos de infrações penais. Esses requisitos permitem o monitoramento eletrônico, sendo impossível ao sentenciado evitar a sua localização, desde que os aparelhos sejam adequados e de boa tecnologia.

Não se tratando de visita à família, quando o preso poderá gozar de até sete dias de liberdade sem vigilância, cinco vezes ao ano, a frequência a curso impõe um ritmo diferenciado. Ele deve sair da colônia todos os dias da semana, em que houver aula, permanecendo ausente durante o tempo necessário para as atividades estudantis.

Outra inovação, introduzida pela Lei 12.258/2010, é a fixação do prazo de 45 dias entre uma saída e outra como forma de atingir um adequado aproveitamento do ano, preenchendo todos os meses. Na realidade, busca-se evitar a *disputa* pelas melhores datas, contornando-se o *privilégio* que alguns condenados possuíam de sair sempre nos eventos mais concorridos, como Natal e Ano Novo. Do modo como consta agora, por exemplo, quem sai para o Natal, não poderá novamente sair no Ano Novo.

O art. 125 da Lei de Execução Penal prevê que “o benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado”.

Deve-se entender sob duplo aspecto o disposto no art. 125, *caput*, desta Lei. O preso que, por exemplo, pratique fato definido como crime tanto pode ter a sua saída temporária revogada (durante os sete dias de ausência da colônia, ao cometer o referido fato, o juiz cassa o benefício, determinando o seu retorno à colônia, sem prejuízo de eventual avaliação para a regressão ao fechado), como pode não a obter no futuro, nos termos expostos no parágrafo único do mesmo artigo. Assim também nos outros casos (desatendimento das condições impostas, punição por falta grave ou baixo aproveitamento em curso).

Quanto à recuperação do direito, dependendo da situação, exige-se uma das seguintes medidas:

- a) quem cometer fato definido como crime doloso, transformando-se o caso em processo criminal contra o condenado inserido no regime semiaberto, é preciso aguardar a sua absolvição (entendemos não haver necessidade de decisão com trânsito em julgado, pois a lei assim não explicita);
- b) o preso que cometer falta grave e por ela for punido somente se reabilitará caso consiga reverter a sanção, cancelando-a. Tal situação poderá advir de recurso administrativo, quando previsto na legislação local, ou por meio do juiz da execução penal, em face de irregularidade no processo administrativo. Sustentamos, ainda, a viabilidade de ser superada a falta grave, readquirindo o preso o direito à saída temporária, desde que cumpra mais um sexto da pena, certamente se não conseguir a progressão para o regime aberto;
- c) o desatendimento das condições da autorização de saída ou o baixo desempenho estudantil podem ser revertidos em face do *merecimento* do condenado, vale dizer, deve ele, na colônia, passar a demonstrar seu empenho efetivo em reverter a situação de indisciplina evidenciada, seja elevando o número de horas dedicadas ao trabalho, seja colaborando com as atividades internas, até auferir novamente elogios em seu prontuário, que sejam contrapontos às irresponsabilidades demonstradas.

## 8. REMIÇÃO

---

Trata-se do desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, conforme a proporção prevista em lei. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laborterápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando a sua formação. Constituindo uma das finalidades da pena a reeducação, não há dúvida de que o trabalho e o estudo são fortes instrumentos para tanto, impedindo a ociosidade perniciosa no cárcere. Ademais, o trabalho constitui um dos deveres do preso (art. 39, V, LEP).

A remição somente é viável quando o sentenciado estiver nos regimes fechado e semiaberto, pois, nessas hipóteses, como regra, deve trabalhar ou estudar no próprio estabelecimento penitenciário. No regime aberto, não cabe remição pelo trabalho, pois é obrigação do condenado, como condição para permanecer no mencionado regime, o exercício de atividade laboral honesta. Entretanto, a Lei 12.433/2011 permitiu a remição, em regime aberto, pelo estudo, como forma de incentivo ao sentenciado para tal atividade (art. 126, § 6.º, LEP).

*In verbis*, dispõe o art. 126 da LEP: “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1.º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante,

ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. § 2.º As atividades de estudo a que se refere o § 1.º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. § 3.º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. § 4.º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. § 5.º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. § 6.º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1.º deste artigo. § 7.º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. § 8.º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa”.

Os requisitos para a remição são os seguintes: a) três dias de trabalho ou de estudo, à razão de 6 horas de trabalho por dia e 4 horas de estudo; b) atestado de trabalho ou frequência escolar apresentado pela direção do presídio, que goza de presunção de veracidade; c) exercício de trabalho ou estudo reconhecido pelo estabelecimento prisional.

Em caso da inexistência de trabalho ou estudo no presídio: se o Estado não providencia trabalho ou estudo ao preso, falha no seu dever de manter e fazer funcionar a contento o estabelecimento penitenciário sob seu controle e administração. Esse vício dá ensejo à propositura do incidente de desvio de execução. Cabe ao magistrado utilizar o seu poder de fiscalização para obrigar o órgão competente a tomar as medidas cabíveis a suprir a deficiência. Porém, não cremos se possa aceitar, como tempo remido, o período passado em pleno ócio por parte do sentenciado. Fosse admissível, desvirtuar-se-ia a finalidade da remição, que é a redenção da pena pelo esforço pessoal do preso.

Quanto ao tempo de estudo, prevê-se o período de 12 horas para a obtenção de um dia de remição da pena. O montante leva em consideração a partilha de 4 horas por dia (carga horária normal de estudo diário de muitos cursos), o que significa, como se faz no tocante ao trabalho, três dias de estudo para um dia de pena. Nada impede, entretanto, outra divisão de carga horária, desde que se atinja 12 horas para remir um dia de pena. Admitem-se variados graus de estudo, desde o fundamental (estágio inicial) até o superior (estágio final). Há informes, inclusive, da inauguração de unidade de ensino superior em estabelecimento penitenciário no Brasil, após a edição da Lei 12.433/2011.

A falta de lugares apropriados para o sentenciado desenvolver atividades laborativas ou estudar não autoriza a ampliação do significado desses termos, de modo a abranger ações incompatíveis com

o objetivo da remição. Trabalhar e/ou estudar confere ao condenado a oportunidade de adquirir novas habilidades e aprimorar o seu conhecimento, permitindo a sua ressocialização com maior facilidade. Atividades de lazer ou a prática de esportes, embora positivas para o cenário da reeducação, não podem ser consideradas para efeito de remição.

No tocante ao aproveitamento escolar, a lei se refere apenas à frequência do preso às aulas, sem qualquer menção expressa ao rendimento. Parece-nos deva o Estado, que organiza e proporciona o estudo, cuidar de mensurar o referido aproveitamento; afinal, o simples comparecimento às aulas não significa rendimento e desenvolvimento positivo.

É verdade que a conclusão do curso provoca o aumento da remição em um terço (vide o § 5.º), porém, conceder o desconto pela simples frequência também não é razoável. Ademais, observa-se uma contradição: se o sentenciado estudar fora do presídio, deverá ser comprovado o seu aproveitamento escolar (art. 129, § 1.º, LEP); se estudar no presídio, não precisaria. Ora, por uma questão de coerência, visando ao ganho do próprio reeducando, deve-se exigir o aproveitamento em todas as situações. Tal rendimento escolar submete-se às regras estabelecidas pela administração, conforme a situação concreta de cada estabelecimento penal. Portanto, não existindo aproveitamento, deve-se excluir o sentenciado do curso, impedindo-o de receber o benefício da remição. Se não se fizer a exclusão, não há como negar o cômputo dos dias estudados, leia-se, com frequência escolar. Por fim, a eventual exclusão não deve ser permanente, permitindo-se que o sentenciado opte por outro curso ou retome o início daquele não concluído.

Ainda no tocante ao tempo de trabalho, deve o condenado desenvolver três dias de trabalho para obter o desconto de um dia de pena. O dia trabalhado deve ter, no mínimo, seis horas e, no máximo, oito, com descanso aos domingos e feriados (art. 33, *caput*, LEP). Note-se ser o período base para o dia de trabalho computado para a remição o montante de seis horas. Se o condenado trabalhar oito, duas horas ficam anotadas em sua ficha para posterior utilização, ao formar outras seis horas. Além disso, é viável o estabelecimento de horário especial de trabalho, conforme as peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, para serviços de conservação e manutenção do presídio (art. 33, parágrafo único, LEP).

A Lei 12.433/2011 acompanhou o atual estágio dos estudos, em quase todos os níveis, no Brasil e no mundo, acolhendo o ensino à distância, denominado telepresencial. Essa modalidade tem permitido o acesso de muitas pessoas, situadas em cidades distantes dos grandes centros, a cursos existentes apenas em determinadas cidades, razão pela qual deve ser incentivado.

Sobre a compatibilidade de carga horária, embora o dispositivo preveja medida óbvia, pois não teria sentido a cumulação de trabalho e estudo no mesmo horário, nada melhor do que deixar bem claro. O preso pode remir sua pena pelo trabalho e pelo estudo, concomitantemente, desde que as horas dedicadas ao trabalho não coincidam com as horas voltadas ao estudo. Levando-se em conta o mínimo para o trabalho (6 horas) e para o estudo (4 horas), por dia o sentenciado pode dedicar 10 horas do seu tempo para auferir a remição da pena.

É importante mencionar a decisão tomada pelo STF a respeito da contagem de tempo para remição em quantidades inferiores a seis horas: “Recurso ordinário constitucional. *Habeas corpus*. Execução Penal. Remição (arts. 33 e 126 da Lei de Execução Penal). Trabalho do preso. Jornada diária de 4 (quatro) horas. Cômputo para fins de remição de pena. Admissibilidade. Jornada atribuída pela própria administração penitenciária. Inexistência de ato de insubmissão ou de indisciplina do preso. Impossibilidade de se desprezarem as horas trabalhadas pelo só fato de serem inferiores ao mínimo legal de 6 (seis) horas. Princípio da proteção da confiança. Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas. 1. O direito à remição pressupõe o efetivo exercício de atividades laborais ou estudantis por parte do preso, o qual deve comprovar, de modo inequívoco, seu real envolvimento no processo ressocializador. 2. É obrigatório o cômputo de tempo de trabalho nas hipóteses em que o sentenciado, por determinação da administração penitenciária, cumpra jornada inferior ao mínimo legal de 6 (seis) horas, vale dizer, em que essa jornada não derive de ato insubmissão ou de indisciplina do preso. 3. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso de remir a pena do sentenciado, legítima contraprestação ao trabalho prestado por ele na forma estipulada pela administração penitenciária, sob pena de desestímulo ao trabalho e à ressocialização. 4. Recurso provido. Ordem de *habeas corpus* concedida para que seja considerado, para fins de remição de pena, o total de horas trabalhadas pelo recorrente em jornada diária inferior a 6 (seis) horas” (RHC 136.509-MG, 2.<sup>a</sup> T., rel. Dias Toffoli, 04.04.2017, v. u.).

Preceitua-se a viabilidade de computar a remição, em caso de preso acidentado, ainda que o sentenciado não trabalhe nem estude. Tal situação ocorreria se o preso sofresse um acidente, que o impossibilitasse a continuar laborando ou estudando. Deve-se agir com cautela. Na hipótese de ocorrência de um acidente de trabalho, pode até ser acolhida a ideia; porém, se qualquer tipo de acidente propiciar o ganho fácil da remição, o sentenciado pode até mesmo provocar um evento qualquer para levá-lo a tal situação de inaptidão para o trabalho ou estudo. Enquanto não faz absolutamente nada, computa-se, concomitantemente, trabalho e estudo. Pensamos que, no mínimo, deve-se anotar em seu prontuário a continuidade das mesmas atividades anteriormente desenvolvidas, antes do acidente, nos termos e horários efetivados. Se o preso não trabalhava ou estudava, uma vez acidentado, nada terá a computar em favor da remição. Outro ponto a ser considerado é a possibilidade de provocação intencional de acidente de trabalho, que se registra como falta grave (art. 50, IV, LEP). Ora, se assim acontecer, parece-nos incabível computar-se a remição, tendo em vista a fonte do acidente constituir uma falta. Não se deve privilegiar a má-fé.

Sob outro aspecto, premia-se o reeducando com o referido acréscimo nas horas de estudo, caso ele consiga concluir o ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena. Toma-se o tempo de estudo desenvolvido no estabelecimento penal, que redundou na conclusão do curso, acrescentando-se um terço. Ilustrando, o preso estudou, durante um ano, cerca de 960 horas e



conseguiu concluir qualquer fase do ensino; ao montante de 960 horas válidas para remição, soma-se mais 320 horas visando ao mesmo fim.

O estudo em liberdade é uma das novidades da Lei 12.433/2011, que não se cingiu à autorização da remição da pena pelo estudo, mas também pela possibilidade de se fazer isso em regime aberto ou em livramento condicional. Note-se que a praxe sempre foi considerar, para fins de remição pelo trabalho, apenas os regimes fechado e semiaberto, pois, quando em liberdade, é obrigação do preso laborar lícitamente como condição para permanecer solto, antes do cumprimento da pena. Permanece a mesma situação, no tocante ao trabalho, mas, em relação ao estudo, inova-se, com o nítido propósito de incentivar o sentenciado a estudar, em qualquer nível, para o aprimoramento pessoal.

Quer-se crer que a formação intelectual possa habilitá-lo com maiores chances para enfrentar o mercado de trabalho, evitando o retorno à delinquência. Por isso, em regime aberto ou em livramento condicional, além de trabalhar, pode estudar, recebendo em troca o desconto da pena ou do período de prova pela remição.

Alguns juízos de execução penal têm aprovado, como tempo de estudo, a leitura de livros pelos condenados. Em tese, o ideal seria a efetividade do trabalho e também do estudo, visualizando-se o aproveitamento de ambos. No entanto, a lei é omissa no tocante ao referido aproveitamento escolar. Associado a isso, temos que concordar com a carência estatal a respeito de proporcionar ao preso o melhor caminho para o estudo e até mesmo para o trabalho. Diante dessa lacuna, muitos magistrados têm autorizado que o condenado promova a sua remição por meio de leitura de livros. Se, por um lado, a leitura é também aprendizado, por outro, é fundamental que exista um acompanhamento para as leituras e a indicação de obras relevantes.

No tocante à prisão provisória, durante muito tempo debateu-se na jurisprudência, antes do advento da Lei 12.433/2011, se o preso cautelar poderia valer-se da remição, caso exercesse atividade laborativa. Aos poucos, consolidou-se o entendimento favorável à remição, em especial porque se autorizou a execução provisória da pena. Ora, sendo cabível até mesmo a progressão de regime – uma situação, em tese, viável somente aos condenados – com maior razão deveria ser computada a remição. Hoje, o disposto no § 7.º consolidou o entendimento predominante. Cabe remição ao preso provisório, tanto no campo do trabalho como no cenário do estudo. Lembremos, no entanto, ser facultativo o trabalho ao preso cautelar e, do mesmo modo, o estudo.

Lembre-se que o juiz *declara* remidos os dias de pena, conforme o trabalho ou estudo desenvolvido. Antes, porém, deve ouvir o Ministério Público e a defesa. Na anterior redação da lei, somente o órgão ministerial era ouvido previamente; com razão, estendeu-se tal direito ao defensor, constituído, dativo ou público. Privilegia-se, cada vez mais, a atuação da defesa técnica no curso da execução penal.

A questão relativa à prática de falta grave é disciplinada pelo art. 127 da LEP: “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art.

57, começando a contagem a partir da data da infração disciplinar”. Intenso debate havia em relação à perda dos dias remidos, quando preso cometia falta grave. Dispunha a anterior redação do art. 127 que ele deveria perder todo o tempo remido, começando novo período a partir da data da infração disciplinar. Editou-se a Súmula Vinculante 9 (STF) a respeito, confirmando esse entendimento. Não deixava de ser injusto em alguns casos, pois o preso poderia trabalhar muitos anos e, cometendo apenas uma falta, perderia tudo de uma só vez. A nova redação impôs um limite de um terço para a perda dos dias remidos, quando cometida a falta grave. Trata-se de lei penal nova mais benéfica, devendo-se aplicar retroativamente, mesmo aos casos já julgados, desde que a execução ainda esteja em andamento. Por outro lado, não andou bem o legislador ao estabelecer um limite máximo sem a imposição de um mínimo. Se o teto da perda é de um terço, qual seria o mínimo? Um dia? Por certo, foi inadequado deixar tal questão ao livre arbítrio judicial. Entretanto, como a pena mínima possível é de um dia, esse é o montante mínimo a ser perdido.

Outra cautela concentrou-se na menção ao disposto pelo art. 57 da LEP, com o fim de estabelecer critérios para mensurar a perda de até um terço. Deve o juiz levar em consideração a natureza, os motivos, as circunstâncias e consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso (personalidade) e seu tempo de prisão. Havendo uma individualização legal para a perda do tempo remido, é indispensável a fundamentação do magistrado para apontar a opção tomada, seja um dia, seja um terço. A ausência de motivação, como se dá na sentença condenatória, ao fixar a pena, gera nulidade da decisão. Não pode o Tribunal sobrepor-se à falha do magistrado, fornecendo a justificativa cabível para manter ou reformar *o decisum*, sob pena de supressão de instância.

O *tempo remido como pena cumprida* é outra discussão que teve fim com a edição da Lei 12.433/2011 (art. 128). Estabelece-se, claramente, que o tempo remido deve ser computado como pena cumprida, para todos os fins, ou seja, quando houver o desconto na pena, recalculam-se todos os benefícios com base no novo montante atingido. A remição não significa apenas abatimento na pena ao final do seu cumprimento; durante a execução, conforme os dias remidos, o tempo se altera para efeito de progressão de regime, livramento condicional, saída temporária etc.

Quanto ao procedimento, preceitua o art. 129 que “a autoridade administrativa encaminhará mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles. § 1.º O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal deverá comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar. § 2.º Ao condenado dar-se-á a relação de seus dias remidos”.

Se o encaminhamento dos atestados de trabalho ou frequência a estudo será feito todos os meses, quer-se crer deva a remição ser computada mensalmente. Entretanto, conforme o volume de trabalho da Vara de Execução Penal, nada impede seja o cálculo da remição feito a cada “x” meses, desde que não prejudique qualquer benefício do condenado.

No tocante ao estudo fora do estabelecimento penal, deve ser comprovado, mensalmente, pela unidade de ensino, tanto a frequência quanto o aproveitamento escolar do sentenciado. Configura-nos essencial a demonstração do aproveitamento, pois é esse o cerne do estudo. Afinal, o mero comparecimento às aulas não serve de base para a formação, nem para a conclusão de qualquer curso. O mesmo se deve fazer, em nossa visão, no tocante ao estudo mantido dentro do estabelecimento penal.

O envio da relação dos dias remidos ao sentenciado é obrigatório e uma forma de mantê-lo ciente dos seus direitos; por via de consequência, terá noção dos benefícios que pode pleitear junto à Vara de Execução Penal.

O atestado de trabalho, emitido pelo presídio, goza de presunção de veracidade, não devendo haver a juntada de outras provas, dando conta do trabalho do preso. Se o funcionário encarregado da sua emissão falsear a verdade, deve responder pelo delito de falsidade ideológica (art. 299, CP). Aliás, nesse prisma encontra-se o art. 130 da LEP, que nem precisaria mencionar o óbvio.

## **9. LIVRAMENTO CONDICIONAL**

---

Trata-se de um instituto de política criminal, destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade do condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições. É medida penal restritiva da liberdade de locomoção, que se constitui num benefício ao condenado e, portanto, consiste em um direito subjetivo de sua titularidade, integrando um estágio do cumprimento da pena. Não se trata de um incidente da execução, porque a própria Lei de Execução Penal não o considerou como tal (vide Título VII – Dos Incidentes de Execução: Das conversões, Do excesso ou desvio, Da anistia e do indulto).

Conforme dispõe o art. 131, “o livramento condicional poderá ser concedido pelo juiz da execução, presentes os requisitos do art. 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário”.

O tempo de duração do livramento equivale ao período restante da pena privativa de liberdade a ser cumprida. Exemplo: condenado a 10 anos de reclusão, o sentenciado obtém livramento condicional ao atingir 5 anos de cumprimento da pena. O tempo do benefício será de 5 anos.

Trata-se de faculdade do juiz ou direito subjetivo do condenado? A utilização do termo *podrá* fornece a impressão de que se trata de mera faculdade do juiz a sua concessão ao sentenciado. Porém, pensamos que se cuida de uma situação mista. Se o condenado preencher todos os requisitos estabelecidos no art. 83 do Código Penal, *deve* o magistrado conceder o benefício. Entretanto, é preciso ressaltar que alguns dos referidos requisitos são de natureza subjetiva, isto é, de livre valoração do juiz, motivo pelo qual não se pode exigir análise favorável ao condenado. Nesse caso, o magistrado *pode* entender que não é cabível o benefício.

São requisitos objetivos:

- a) *a pena aplicada deve ser igual ou superior a 2 anos;*
- b) *o tempo para o cumprimento da pena varia entre um terço (primário com bons antecedentes), metade (reincidentes em crimes dolosos) e dois terços (condenados por delitos hediondos e equiparados).* O condenado primário (em crime doloso) e com bons antecedentes faz jus ao livramento condicional, após cumprir *1/3 da pena*. Houve uma lacuna lamentável no tocante ao primário, que possua maus antecedentes. Não se pode incluí-lo com perfeita adequação nem neste dispositivo, nem no próximo, que cuida do reincidente. Surgiram *duas posições*: 1) *na falta de expressa previsão, deve ser adotada a posição mais favorável ao condenado*, ou seja, o primário, com maus antecedentes, pode receber o livramento quando completar *1/3 da pena*; 2) *deve-se fazer a adequação por exclusão*. Não se encaixando no primeiro dispositivo, que, expressamente, exige os bons antecedentes, somente lhe resta o segundo. Assim, o primário com maus antecedentes deve cumprir metade da pena para pleitear o livramento condicional. É a posição que adotamos, pois o art. 83, I, exige “duplo requisito” e é expreso acerca da impossibilidade de concessão do livramento com *1/3 da pena* a quem possua maus antecedentes. E quanto ao reincidente em crime hediondo ou equiparado, não haverá a concessão de livramento condicional;
- c) *reparação do dano*. É preciso que o sentenciado tenha reparado o prejuízo causado à vítima, salvo a efetiva demonstração de que não pôde fazê-lo, em face de sua precária situação econômica. Há muitos condenados que, pelo próprio exame realizado pela Comissão Técnica de Classificação e por serem defendidos pela defensoria pública, são evidentemente pessoas pobres, de modo que fica dispensada a prova de reparação do dano. Leva-se, também, em conta o desaparecimento da vítima ou seu desinteresse pelo ressarcimento, o que significa a possibilidade de concessão do livramento condicional, sem ter havido a reparação do dano.

Há de se salientar que a prática de falta grave, pelo preso, não altera o prazo para a obtenção do livramento condicional. Portanto, se for primário e de bons antecedentes, deve aguardar um terço do cumprimento da pena para pleitear o benefício. Durante esse período, ainda que cometa falta grave, devidamente apurada e anotada, permanece o mesmo prazo de um terço para o pedido de livramento condicional. É evidente que, conforme o caso, a ser analisado concretamente, a falta cometida pode resultar em elemento negativo para a apreciação do bom comportamento, um dos requisitos subjetivos. Conferir o teor da Súmula 441 do STJ: “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.

São requisitos subjetivos:

- a) *apresentar bom comportamento durante a execução da pena*. Embora o art. 83, III, do Código Penal ainda mencione *comportamento satisfatório*, a alteração trazida pela Lei 10.792/2003, modificando a redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, incluiu o § 2.º, cuidando do livramento condicional, e fez referência ao *caput*, onde consta o *bom comportamento*. Deve-se analisar se houve a prática de faltas durante o cumprimento da pena, em particular, as graves. Conforme o número de faltas e o conteúdo de cada uma delas, não se deve conceder o benefício, pois o comportamento foi negativo;
- b) *apresentar bom desempenho no trabalho*. Sabemos que o trabalho é obrigatório durante a execução da pena. Para o recebimento do livramento condicional, portanto, não basta trabalhar, mas é preciso fazê-lo com eficiência e dedicação, algo que somente pode ser atestado pela Comissão Técnica de Classificação;
- c) *demonstrar aptidão para trabalho honesto*. Esse requisito mereceria ser revisto e revogado pois extremamente aberto. Entretanto, uma das situações em que se pode perceber a inaptidão para o trabalho honesto, fora do cárcere, também é pela avaliação da Comissão Técnica de Classificação, em especial, pelo parecer da assistência social. No mais, os tribunais têm ignorado o requisito, justamente pela sua patente vagueza;
- d) *estar demonstrada a presunção de que não voltará a delinquir*. É um requisito voltado aos condenados por crimes com violência ou grave ameaça à pessoa, exigindo-se o exame criminológico. Assim, faz-se um autêntico prognóstico do que o condenado poderá fazer se colocado em liberdade. É a parte do psicólogo e do psiquiatra.

Quanto ao exame criminológico e parecer da Comissão Técnica de Classificação, continuam viáveis e exigíveis, desde que presentes as circunstâncias descritas no parágrafo único do art. 83 do CP. O condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, para auferir o benefício do livramento condicional, deve ser submetido a avaliação psicológica, demonstrando, então, condições pessoais que façam presumir que não tornará a delinquir. Houve a introdução do § 2.º ao art. 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), nos seguintes termos: “Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes”. Ora, o art. 112, *caput*, menciona que a progressão de regime se dará quando o condenado tiver cumprido ao menos um sexto da pena e *ostentar bom comportamento carcerário*, comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional. Poderia, num primeiro momento, o disposto no mencionado § 2.º do art. 112 dar a entender que bastaria, para a concessão do livramento condicional, o atestado de boa conduta carcerária, embora seja interpretação errônea.

Note-se que a Lei 10.792/2003, que trouxe a alteração ao art. 112, não modificou o disposto no parágrafo único do art. 83 do CP., que exige o exame criminológico para quem pretenda conseguir livramento condicional, desde que autor de crime doloso violento, bem como não alterou o disposto

no art. 131 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), prevendo ser a concessão do livramento submetida às condições do art. 83 *e parágrafo único*, com parecer prévio do MP e do Conselho Penitenciário. Assim, quanto à alteração legislativa, deve-se entender que a nova lei (Lei 10.792/2003) trouxe apenas uma modificação ao art. 83: falava-se, no inciso III, que era necessário demonstrar *comportamento satisfatório* durante a execução da pena (o que é demonstrado pelo atestado de conduta carcerária da direção do presídio); passa-se agora a exigir *bom comportamento carcerário*, voltando-se à redação anterior à reforma de 1984. Logo, trata-se de lei penal prejudicial, que somente pode ser aplicada aos crimes cometidos após o dia 2 de dezembro de 2003, data em que passou a vigorar a Lei 10.792/2003. O condenado, portanto, que possuir comportamento satisfatório, ou seja, regular, por crime cometido após essa data, não mais pode obter livramento condicional. Este benefício passa a ser utilizado pelos que possuírem *bom* comportamento. Em relação à possibilidade de exigência do exame criminológico, já se pacificou a jurisprudência no sentido de ser possível, desde que devidamente motivada a decisão de sua realização pelo magistrado. É o teor da Súmula 439 do STJ: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Segundo o art. 131 da Lei de Execução Penal, é indispensável o parecer do Conselho Penitenciário. Entretanto, o juiz não fica, em tese, vinculado nem ao referido parecer, nem à opinião do Ministério Público, podendo decidir de acordo com seu livre convencimento. O mais importante, nesse contexto, é a avaliação da Comissão Técnica de Classificação (ou exame criminológico), porque se trata da visualização real do comportamento do condenado durante a execução da pena.

## 9.1. Condições do livramento

O art. 132 preceitua que, “deferido o pedido, o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento. § 1.º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes: *a)* obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho; *b)* comunicar periodicamente ao juiz sua ocupação; *c)* não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização deste. § 2.º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes: *a)* não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção; *b)* recolher-se à habitação em hora fixada; *c)* não frequentar determinados lugares. *d)* (*Vetada*)”.

São condições obrigatórias:

- a)* obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto ao trabalho. É mais do que natural deva o Estado agir com cautela. Em primeiro lugar, buscando dar ao egresso assistência para procurar um emprego lícito. Em segundo lugar, da parte do magistrado, compreender as limitações existentes a todos os trabalhadores, em relação à falta de postos de trabalho, motivo pelo qual é fundamental interpretar com cautela o “prazo razoável”;

- b) *comunicar a ocupação*. Periodicamente, a critério do juiz, o liberado vai ao fórum para informar onde e como está trabalhando. Logicamente, cuida-se de uma consequência natural do anterior requisito (arrumar um emprego);
- c) *não mudar da Comarca sem prévia autorização*. É um modo de exercer controle sobre o liberado. Caso ele precise mudar, o juiz pode enviar os autos da execução penal a outra Comarca, para que a fiscalização continue.

Estabelece o art. 133 que “se for permitido ao liberado residir fora da comarca do Juízo da Execução, remeter-se-á cópia da sentença do livramento ao juízo do lugar para onde ele se houver transferido e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção”. Caso o juiz da execução penal permita que o liberado resida em Comarca diversa, deve comunicar ao magistrado dessa região, para que possa fiscalizar o cumprimento das condições impostas.

“O liberado será advertido da obrigação de apresentar-se imediatamente às autoridades referidas no artigo anterior” (art. 134).

O liberado é um condenado em gozo de liberdade *condicional*, concedida *antecipadamente*, vale dizer, está em liberdade como medida de política criminal, visando à sua ressocialização, porém ainda cumpre pena e tem vínculo com o Estado, devendo, pois, apresentar-se, imediatamente, quando intimado, para prestar qualquer esclarecimento. Lembremos que ele possui várias obrigações a desenvolver enquanto está em liberdade, motivo pelo qual tanto o juiz quanto a autoridade administrativa designada para acompanhá-lo podem ouvi-lo a respeito, a qualquer tempo. O não comparecimento pode dar ensejo à revogação do benefício, se não houver justo motivo.

São condições facultativas (como regra, os juízes as impõem também, associadas às obrigatórias):

- a) *não mudar de residência*. Esta situação difere da prevista no § 1.º, c, pois a mudança não é a Comarca, mas tão somente de endereço residencial. É válida, pois o magistrado e a fiscalização do livramento, quando existente, devem saber onde encontrar o condenado, sempre que for necessário;
- b) *recolher-se à habitação em horário predeterminado*. O juiz pode fixar, conforme o emprego do condenado, a hora em que ele deve seguir para sua casa, não mais permanecendo na via pública. A situação pode ser salutar, mas é de fiscalização quase impossível;
- c) *não frequentar determinados lugares*. Esta é uma das condições mais tolas, pois nunca se sabe ao certo o que proibir. Por outro lado, não bastasse já ser uma condição facultativa quase inócua do livramento condicional, o legislador ainda a elegeu como pena alternativa autônoma, válida para substituir pena privativa de liberdade, o que nos parece hipótese absurda (art. 47, IV, CP).

Se o juiz negou o benefício ao livramento condicional, cabe agravo (art. 197, LEP). Dado

providimento ao agravo, os autos baixam para que o magistrado fixe as condições cabíveis e providencie a cerimônia de formalização do benefício (art. 135, LEP).

## 9.2. Cerimônia do livramento

“Concedido o benefício, será expedida a carta de livramento com a cópia integral da sentença em duas vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário” (art. 136). A referida carta de livramento é o documento que contém a concessão do benefício, bem como todas as condições às quais ficou submetido o condenado. O seu conteúdo será transposto para caderneta do liberado (art. 138, *caput*, LEP). Assim, caso seja interpelado, por exemplo, pela polícia, em qualquer situação, deve exibi-la. Se estiver, por exemplo, fora de casa em horário inadequado, pode estar infringindo as regras do livramento e o juízo será comunicado disso.

A remessa de cópia ao Conselho Penitenciário busca garantir a sua fiscalização em relação ao livramento condicional, cumprindo a sua precípua função, nos termos do art. 69, *caput*, da Lei de Execução Penal.

Disciplina o art. 137 da Lei de Execução Penal que “a cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente no dia marcado pelo presidente do Conselho Penitenciário, no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena, observando-se o seguinte: I – a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo juiz; II – a autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento; III – o liberando declarará se aceita as condições. § 1.º De tudo, em livro próprio, será lavrado termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever. § 2.º Cópia desse termo deverá ser remetida ao juiz da execução”.

Quanto à cerimônia oficial, optou-se pela formalização do ato de concessão do livramento condicional, como método de incentivo aos demais presos para a busca do mesmo benefício. Por tal motivo, realiza-se em ato solene, acompanhado por outros condenados. Lembremos, entretanto, que, infelizmente, o livramento condicional vem rareando. Não há mais interesse na sua obtenção. Muitos presos têm preferido os regimes semiaberto e aberto. O semiaberto, em várias Comarcas, tornou-se um arremedo de Casa do Albergado (o condenado sai durante o dia para trabalhar e retorna no início da noite para dormir na colônia penal); o aberto tornou-se uma aberração, implicando em *albergue domiciliar*, vale dizer, o sentenciado fica recolhido em sua própria casa, sem nenhuma fiscalização eficiente. Para que livramento condicional? Tornou-se, em muitos casos, desnecessário.

Na sequência, segue-se o art. 138: “ao sair o liberado do estabelecimento penal, ser-lhe-á entregue, além do saldo de seu pecúlio e do que lhe pertencer, uma caderneta, que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa sempre que lhe for exigida. § 1.º A caderneta conterá: *a)* a



identificação do liberado, *b*) o texto impresso do presente Capítulo; *c*) as condições impostas. § 2.º Na falta de caderneta, será entregue ao liberado um salvo-conduto, em que constem as condições do livramento, podendo substituir-se a ficha de identificação ou o seu retrato pela descrição dos sinais que possam identificá-lo. § 3.º Na caderneta e no salvo-conduto deverá haver espaço para consignar-se o cumprimento das condições referidas no art. 132 desta Lei”.

Tratando-se de sentenciado em pleno cumprimento de pena, é mais que natural tenha ele um documento de identificação específico, contendo as condições do seu benefício. Dessa forma, as autoridades em geral, especialmente, a polícia, caso o encontre em lugar inapropriado ou desenvolvendo atividades que lhe estão vetadas, poderão tomar as medidas cabíveis para encaminhá-lo ao juiz da execução penal. Este, conforme o caso, pode revogar o benefício.

### 9.2.1. Apoio ao liberado

Dispõe o art. 139 da LEP que “a observação cautelar e a proteção realizadas por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade terão a finalidade de: I – fazer observar o cumprimento das condições especificadas na sentença concessiva do benefício; II – proteger o beneficiário, orientando-o na execução de suas obrigações e auxiliando-o na obtenção de atividade laborativa. Parágrafo único. A entidade encarregada da observação cautelar e da proteção do liberado apresentará relatório ao Conselho Penitenciário, para efeito da representação prevista nos arts. 143 e 144 desta Lei.

### 9.2.2. Revogação do livramento

Estabelece o art. 140 da Lei de Execução Penal que “a revogação do livramento condicional dar-se-á nas hipóteses previstas nos arts. 86 e 87 do Código Penal. Parágrafo único. Mantido o livramento condicional, na hipótese da revogação facultativa, o juiz deverá advertir o liberado ou agravar as condições”.

Aproveita-se o ensejo para incluir os artigos 86 (revogação obrigatória) e 87 (revogação facultativa) do Código Penal: “art. 86. Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível: I – por crime cometido durante a vigência do benefício; II – por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código”; “art. 87. O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade”.

O cumprimento da pena precisa ser efetivo e real, em particular quando se trata de benefício concedido para avaliar o grau de ressocialização do sentenciado. Nesse cenário, as condições fixadas pelo juiz para o gozo do livramento condicional devem ser fielmente respeitadas. O mesmo

se diga em relação a outros benefícios, como os regimes semiaberto e aberto, quando atingidos por progressão, a saída temporária, a suspensão condicional da pena etc.

Cabe ao serviço social penitenciário, ao Patronato ou ao Conselho da Comunidade tal fiscalização. Entretanto, na maior parte das cidades brasileiras, por inexistência de Patronato ou Conselho da Comunidade, incumbe ao órgão do Executivo essa tarefa. Parece-nos, assim, vincular-se essa atividade fiscalizatória ao Direito Penitenciário. Nada impede que o Estado-membro ou o Distrito Federal legisle nesse campo, desde que não haja conflito com leis federais.

Quanto à vigilância eletrônica, deve-se seguir o disposto na Lei Federal 12.258/2010, não havendo mais espaço para a legislação estadual atuar, visto ser matéria disciplinada pela União. Portanto, não mais se aplica a Lei Estadual 12.906/2008, de São Paulo.

O Conselho Penitenciário deve não somente emitir parecer a respeito da concessão ou não do livramento condicional como precisa acompanhar o seu cumprimento. Se entender necessário, pode representar pela revogação do benefício ou pela modificação das condições (arts. 143 e 144, LEP).

São hipóteses de revogação obrigatória: a) se o liberado for condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício; b) se o liberado for condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior, mas cujo montante de pena somado não autorize a continuidade do benefício, nos moldes do art. 84 do CP.

Constituem causas de revogação facultativa: a) se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações impostas na decisão de concessão do benefício; b) se o liberado for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade.

São consequências da revogação do livramento condicional:

- a) dispõe o art. 141 da LEP: “se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas”;
- b) caso a revogação tenha por fundamento o disposto no art. 86, II, do Código Penal, é possível receber novo benefício, assim que preenchidos os requisitos legais. Exemplificando: o condenado “A”, com 10 anos de pena, obteve livramento ao atingir 4 anos; depois de 2 anos, recebeu condenação de 20 anos. Sua situação não permitia permanecer em livramento. Volta ao cárcere, porém, o tempo de 2 anos que ficou em liberdade condicional, será computado como cumprimento da pena. Teremos, então, um total de 30 anos, menos os 6 anos já cumpridos. O resultado é de 24 anos. Logo, conforme a situação individual, ele poderá receber o benefício após cumprir  $\frac{1}{3}$  (primário, de bons antecedentes) de 24 ou  $\frac{1}{2}$  (reincidente), conforme o caso;
- c) o art. 142 é claro ao preceituar: “no caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma

pena, novo livramento”.

Havendo a revogação do livramento condicional, deve-se desprezar o tempo em que o liberado permaneceu solto, não podendo ele receber novamente o benefício, em relação à mesma pena.

### 9.2.3. Procedimento da revogação

Segue-se o disposto nos artigos 143 e 144 da LEP, respectivamente: “a revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou de ofício, pelo juiz, ouvido o liberado”; “o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou mediante representação do Conselho Penitenciário, e ouvido o liberado, poderá modificar as condições especificadas na sentença, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado por uma das autoridades ou funcionários indicados no inciso I do *caput* do art. 137 desta Lei, observado o disposto nos incisos II e III e §§ 1º e 2º do mesmo artigo”.

Tem o condenado direito à ampla defesa, da mesma forma que os demais réus. Logo, seja rico ou pobre, deve o Estado garantir-lhe acesso ao advogado, para promover a sua defesa técnica. Logo, a previsão de ser o requerimento formulado pela Defensoria Pública resolve, parcialmente, o ponto, mas não envolve o preso de melhor condição econômica. Diante disso, é sempre importante haver um defensor, constituído ou dativo, tratando dos interesses dos condenados, quando a Defensoria Pública não o fizer.

### 9.2.4. Prática de nova infração penal durante o livramento

O art. 145 da LEP estipula que “praticada pelo liberado outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final”.

A prática de infração penal, mormente grave, por parte do liberado impõe ao juiz que tome uma medida célere, determinando o seu retorno à prisão. Trata-se de um *recolhimento cautelar*, independente de outra medida igualmente de ordem cautelar que tenha sido tomada (lavratura de auto de prisão em flagrante ou decretação de prisão preventiva por outro juízo). Aguarda-se, então, o término do processo-crime instaurado para apurar o caso.

Se for definitivamente condenado, revoga-se o livramento condicional e o tempo em que permaneceu solto será ignorado como cumprimento de pena. Caso seja absolvido, será novamente posto em liberdade condicional e o tempo em que esteve solto, bem como o período do recolhimento cautelar, serão computados como cumprimento de pena. É natural que, demorando o processo-crime para ter um fim, torna-se hipótese viável que o condenado, em recolhimento cautelar, termine a sua pena. Se não houver prisão cautelar decretada, deve ser, de qualquer modo, colocado em liberdade.

Note-se que o magistrado *poderá* ordenar o seu recolhimento cautelar. Afinal, conforme a

infração penal cometida, de natureza leve, por exemplo, sem possibilidade de acarretar prisão (ilustrando, hoje é o que ocorre com o art. 28 da Lei 11.343/2006, em relação ao usuário de drogas, que receberá, sempre, penas alternativas à privativa de liberdade), eventualmente, o juiz pode mantê-lo em liberdade, mas adverti-lo, novamente, bem como aplicar-lhe outras obrigações (art. 140, parágrafo único, LEP). Porém, se o magistrado *não decretar* a prisão cautelar, futuramente, esse período será computado como cumprimento de pena, como prevê a jurisprudência majoritária.

Nenhum prejuízo ocorre ao princípio constitucional da presunção de inocência a suspensão do livramento condicional, pois se trata de medida cautelar, como, aliás, no processo penal, acontece com frequência (ex.: decretação de prisão temporária ou preventiva).

Quanto à prorrogação automática, lembremos que a prática de nova infração penal, durante o período do livramento condicional, autoriza o juiz a ordenar a prisão do sentenciado, o que, por lógica, acarreta a suspensão do curso do benefício (não há como estar preso e solto ao mesmo tempo). Isso não deveria significar que, findo o prazo do livramento condicional, mesmo que o magistrado não determine a prisão do liberado, a pena estaria extinta. Aplicar-se-ia ao caso o disposto no art. 89 do Código Penal: “O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento”. No entanto, compondo o disposto no art. 89 do CP com o art. 145 da LEP, somente se interrompe o livramento condicional, aguardando-se o julgamento do delito praticado durante a sua vigência, quando o juiz impõe a suspensão do livramento, com prisão do liberado.

Diante disso, é recomendável ao juiz da execução penal que, sempre, suspenda cautelarmente o livramento condicional, recolhendo-se o preso, se houver o cometimento de infração penal durante o gozo do benefício. Caso não o faça, corre-se o risco de haver o decurso do período, enquanto se aguarda o julgamento da nova infração e estaria extinta a pena.

### 9.2.5. Extinção do livramento sem revogação

É claro o disposto pelo art. 146 da LEP: “o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público ou mediante representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade, se expirar o prazo do livramento sem revogação”.

Findo o prazo do livramento condicional, sem ter havido qualquer hipótese de prorrogação, nem mesmo revogação, *considera-se*, por lei, extinta a pena privativa de liberdade (art. 90, CP). Por isso, a decisão será meramente declaratória e não constitutiva.

O ideal é haver um controle eficiente disso, a ponto de o juiz da execução penal fazê-lo de ofício, ouvido, antes, ao menos, o Ministério Público. Porém, cabe a provocação do MP e do Conselho Penitenciário para que tal decisão se concretize.

## 10. MONITORAÇÃO ELETRÔNICA

## 10.1.Hipótese de cabimento

Estabelece o art. 146-B da Lei de Execução Penal poder o juiz “definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (...) II – autorizar a saída temporária no regime semiaberto; IV – determinar a prisão domiciliar”.

Trata-se de uma faculdade do juiz a utilização do monitoramento eletrônico para todos os casos viáveis. A situação concreta do sentenciado, a espécie de benefício pleiteado, o grau de confiabilidade do beneficiário e a estrutura de fiscalização da Vara de Execuções Criminais podem ser fatores determinantes para a indicação do monitoramento ou não. Por vezes, ilustrando, uma prisão domiciliar de pessoa idosa e enferma constitui cenário despropositado para o uso de vigilância indireta. Enfim, deve o juiz lançar mão da monitoração eletrônica em último caso, quando perceber a sua necessidade para fazer valer, de fato, as regras do benefício concedido.

No cenário da saída temporária, cuida-se de típico benefício para os que cumprem pena no regime semiaberto. Não há que se tolerar saída temporária para os sentenciados inseridos em regime fechado, visto não terem a menor confiabilidade para gozarem do benefício. Igualmente, a quem está em regime aberto pouco interessa a saída temporária, pois grande parte do tempo de seu dia encontra-se livre, fora do ambiente carcerário. As regras estão previstas no art. 124 da LEP (fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; II – recolhimento à residência visitada, no período noturno; III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres).

Quanto à prisão domiciliar, trata-se da prisão proveniente do regime aberto, a ser cumprida em residência particular, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal. Em tese, portanto, destina-se somente aos condenados maiores de 70 anos, acometidos de doença grave, com filho menor ou deficiente físico ou mental e às condenadas gestantes.

Ocorre que, lamentavelmente, por deficiência da atuação do Poder Executivo, em grande parte das Comarcas brasileiras, inexistente a Casa do Albergado, lugar apropriado para o cumprimento do regime aberto. Por tal motivo, os magistrados têm determinado a inserção dos sentenciados nesse regime em prisão albergue domiciliar. A ausência de fiscalização é evidente e a pena torna-se um autêntico arremedo. Porém, para tais situações, prevê-se a utilização do monitoramento eletrônico, que, se for bem utilizado, poderá controlar as entradas e saídas da residência, bem como o afastamento indevido do local onde deve permanecer quando se encontra fora do trabalho ou nos dias de folga.

Não se confunda a prisão domiciliar, em regime aberto, com a prisão domiciliar, fruto da Lei 5.256/67, que a prevê para quem estiver preso cautelarmente, com direito a prisão especial, mas sem lugar adequado a tanto. Entretanto, a Lei 12.258/2010 não especificou qual das duas pretendia atingir, pois se referiu apenas à *prisão domiciliar*. Assim, pode-se usar a monitoração eletrônica, igualmente, aos presos cautelares nesse contexto.

## 10.2. Deveres e cuidados por parte do condenado

O art. 146-C da LEP estabelece que “o condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; (...); Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I – a regressão do regime; II – a revogação da autorização de saída temporária; (...); VI – a revogação da prisão domiciliar; VII – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.

Cabe ao monitorado manter contato com o servidor responsável pela fiscalização de sua situação, a fim de se saber onde e como está, nos períodos em que se encontra em liberdade, bem como nos espaços de tempo em que deve recolher-se a determinado lugar. Resta a indagação acerca da existência desse servidor, pois a falta de material humano sempre foi a mais comum desculpa do Executivo para não dar cumprimento às diversas formas de fiscalização. Afinal, havendo carência de fiscais, o monitoramento eletrônico não surtirá nenhum efeito prático. Por outro lado, deve o sentenciado zelar pelo aparelho, não podendo danificá-lo ou alterá-lo de qualquer forma, de modo a impedir a sua correta utilização.

Como consequências da violação dos deveres do monitorado, a critério do juiz, conforme o caso concreto, são as seguintes possibilidades, da mais branda à mais grave:

- a) *advertência, por escrito*. Intima-se o sentenciado a comparecer à Vara de Execuções e, em audiência, o juiz colhe as suas explicações. Dependendo da situação, insere no termo a advertência de que a recidiva na mesma falta ou em outra similar dará ensejo a medidas mais drásticas. Assegura-se defesa técnica, incluindo a produção de provas, se assim for necessário, e assinam o termo tanto o juiz, quanto o representante do Ministério Público, o defensor e o condenado;
- b) *revogação do benefício concedido*, seja a autorização para saída temporária, seja a prisão domiciliar. No primeiro caso, o resultado será colhido para o futuro, na medida em que a próxima (ou as próximas) saída temporária será vedada pelo juiz. Nada impede que, durante a saída, constatando-se qualquer falta, o juiz revogue imediatamente o benefício, com o fito de ouvir o sentenciado, proporcionando-lhe defesa. A partir disso, analisando suas justificativas, poderá, ou não, coibir saídas futuras. A segunda revogação é mais complexa. Se o sentenciado se encontra em prisão domiciliar, fruto do regime aberto, onde não existe Casa do Albergado, a revogação da prisão em domicílio implicará, automaticamente, na regressão de regime, pois somente ao semiaberto ou ao fechado poderá ser encaminhado.

Entretanto, na hipótese de se tratar de pessoa com mais de 70 anos, por exemplo, em prisão domiciliar, em local onde há Casa do Albergado, o cometimento de falta pode implicar na revogação da prisão em domicílio com transferência para a Casa do Albergado. Tal situação, porém, é rara;

- c) *regressão do regime*. Encontrando-se no regime semiaberto, praticando falta durante a saída temporária, conforme a gravidade (como o cometimento de delito doloso), pode o juiz determinar a regressão ao regime fechado. Cabe-lhe assegurar ao condenado a ampla defesa (autodefesa e defesa técnica, com produção de provas, se necessário). Se estiver inserido no regime aberto, a regressão pode dar-se ao semiaberto; em situações mais graves, nada impede que a regressão se faça diretamente ao regime fechado. Lembre-se, entretanto, da indispensabilidade de se garantir defesa antes da decisão a respeito da regressão.

### 10.3.Hipóteses de revogação

Há dois focos básicos para sustentar a revogação da monitoração eletrônica, um positivo e outro negativo (art. 146-D, LEP). Sob o aspecto positivo, o monitoramento se torna desnecessário ou inadequado, demonstrando ter o sentenciado assumido um comportamento tão diligente e responsável que a vigilância indireta torna-se inútil. Por vezes, conforme a atividade laborativa do condenado (ex.: professor de natação), o aparelho pode ficar exposto e trazer constrangimento a quem o utiliza. De todo modo, pode-se falar em foco positivo, pois a retirada da monitoração será feita para o bem do sentenciado.

Sob o prisma negativo, revoga-se o benefício se forem violados os deveres do sentenciado durante a sua utilização. Em realidade, como regra, a retirada do monitoramento eletrônico termina por implicar em medidas mais drásticas, como a regressão de regime ou a proibição de saídas temporárias. Nota-se que, neste artigo, menciona-se o termo *acusado*, apontando-se, pois, para a utilização do aparelho, quando em prisão domiciliar, fruto de medida processual cautelar. Por outro lado, inclui-se a prática de *falta grave*, indicando tratar-se de condenado. E, nessa situação, como regra, não se considera apenas a possibilidade de revogação do monitoramento eletrônico, mas também outras alternativas, incluindo eventual regressão de regime.

Confira-se o teor do Decreto 7.627, de 24 de novembro de 2011, editado pela Presidência da República, em relação à monitoração eletrônica: “Art. 1.º Este Decreto regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no inciso IX do art. 319 do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e nos arts. 146-B, 146-C e 146-D da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Art. 2.º Considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização. Art. 3.º A pessoa monitorada deverá receber documento no qual constem, de forma clara e expressa, seus direitos e os

deveres a que estará sujeita, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração. Art. 4.º A responsabilidade pela administração, execução e controle da monitoração eletrônica caberá aos órgãos de gestão penitenciária, cabendo-lhes ainda: I – verificar o cumprimento dos deveres legais e das condições especificadas na decisão judicial que autorizar a monitoração eletrônica; II – encaminhar relatório circunstanciado sobre a pessoa monitorada ao juiz competente na periodicidade estabelecida ou, a qualquer momento, quando por este determinado ou quando as circunstâncias assim o exigirem; III – adequar e manter programas e equipes multiprofissionais de acompanhamento e apoio à pessoa monitorada condenada; IV – orientar a pessoa monitorada no cumprimento de suas obrigações e auxiliá-la na reintegração social, se for o caso; e V – comunicar, imediatamente, ao juiz competente sobre fato que possa dar causa à revogação da medida ou modificação de suas condições. Parágrafo único. A elaboração e o envio de relatório circunstanciado poderão ser feitos por meio eletrônico certificado digitalmente pelo órgão competente. Art. 5.º O equipamento de monitoração eletrônica deverá ser utilizado de modo a respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada. Art. 6.º O sistema de monitoramento será estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada. Art. 7.º O acesso aos dados e informações da pessoa monitorada ficará restrito aos servidores expressamente autorizados que tenham necessidade de conhecê-los em virtude de suas atribuições”.

## **11. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS**

---

### **11.1. Disposições gerais**

Nos termos do art. 147 da LEP, “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

A execução das penas restritivas de direitos: como se dá com a privativa de liberdade, inicia-se a execução, como regra, de ofício, sem necessidade de provocação do Ministério Público ou mesmo do condenado. Porém, há de se fazer um registro importante. Embora o art. 147 mencione poder o magistrado *requisitar* (exigir legalmente) a colaboração de entidades públicas ou *solicitá-la* (pedir, pleitear) a entidades particulares, essa referência se aplica, basicamente, à pena de prestação de serviços à comunidade.

As demais, também como regra geral, prescindem da participação de entes públicos ou de particulares. E mesmo em relação à prestação de serviços à comunidade torna-se essencial haver estrutura, organização e *boa vontade*. De nada adianta o juiz da execução penal requisitar auxílio de organismos públicos despreparados ou solicitar a particulares, que possam atuar a contragosto. O



engajamento do Estado e da comunidade no cumprimento da pena é muito importante para consagrar a meta de ressocialização do condenado. Atualmente, em vários Estados, existem centrais específicas para o cumprimento das penas alternativas, especialmente a prestação de serviços à comunidade. Por isso, facilitou-se o acesso do condenado ao seu cumprimento.

É inviável, pois ilegal, a execução provisória da pena restritiva de direitos. Deve-se aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória para que se possa exigir o cumprimento da pena restritiva de direitos. A execução provisória, nessa situação, não traria nenhum benefício ao condenado; ao contrário, somente malefícios, pois estaria cumprindo pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Entretanto, se houve o início do cumprimento dessa modalidade de pena, antes do trânsito em julgado, não se pode considerar o disposto no art. 117, V, do Código Penal, vale dizer, interrupção da prescrição executória pelo início do cumprimento da pena, tendo em vista a patente ilegalidade na qual está incurso o sentenciado.

Nunca é demais ressaltar que o STF, no ano de 2016, autorizou o cumprimento da pena após a decisão proferida em 2.º grau. Decorre disso que, em tese, passa a ser possível cumprir também a pena restritiva de direitos. Entretanto, não se tratando de edição de Súmula Vinculante, mantemo-nos contrários ao cumprimento de qualquer pena antes do trânsito em julgado.

## **11.2.Revogação da pena restritiva de direitos**

Poderá ser feita, durante o seu cumprimento, desde que advenha outra condenação, demonstrativa da incompatibilidade dessa modalidade de pena. Ilustrando: o condenado cumpre prestação de serviços à comunidade, por dois anos; logo no início do cumprimento, advém outra condenação a pena de quatro anos de reclusão. Ora, somadas as penas, o total atinge seis anos, ultrapassando o limite (quatro anos) previsto no art. 44, I, do Código Penal. Portanto, o juiz deve converter as penas em privativa de liberdade, no montante de seis anos, escolhendo o regime adequado à situação concreta.

Por outro lado, é viável que o condenado esteja cumprindo pena privativa de liberdade, em regime aberto, no total de dois anos; advinda outra condenação, de um ano de reclusão, convertida em prestação pecuniária, torna-se possível a convivência de ambas, sem necessidade de revogação da pena alternativa.

Outra hipótese: o sentenciado cumpre prestação de serviços à comunidade por três anos; advém outra condenação a pena de seis meses de detenção, com *sursis*. Pode-se manter o quadro tal como posto: cumpre-se a prestação de serviços e a suspensão condicional da outra pena de seis meses, sem prejuízo, aplicando-se o disposto no art. 44, § 5.º, do CP.

## **11.3.Alteração da forma de cumprimento**

Disciplina o art. 148 que “em qualquer fase da execução, poderá o juiz, motivadamente, alterar

a forma de cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana, ajustando-as às condições pessoais do condenado e às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal”.

Imposta a pena alternativa na sentença condenatória, a alteração mencionada no referido art. 148 diz respeito à *forma de cumprimento*, mas não à modificação da pena em si, trocando uma por outra, pois tal medida seria ofensiva à coisa julgada material, sem que haja autorização legal a tanto.

Portanto, se o juiz da condenação impôs limitação de fim de semana, não pode o juiz da execução penal alterar a pena, substituindo-a para prestação de serviços à comunidade (ou outra qualquer). O que lhe é dado fazer é modificar a estrutura do cumprimento da pena. Assim, exemplificando, em lugar de permanecer por cinco horas diárias, aos sábados e domingos, em casa do albergado (art. 48, CP), como determinou o juiz da condenação, na impossibilidade, é possível – embora improvável – que o juiz da execução determine o comparecimento em outro órgão público (ilustrando, a Prefeitura Municipal da Comarca) para que participe de algum curso, nos fins de semana, ocupando-se durante as cinco horas diárias.

No caso de pena de prestação de serviços à comunidade, é possível ao juiz da execução alterar a forma de cumprimento, ou seja, em lugar de uma hora-tarefa por dia de condenação, pode determinar que o condenado, respeitado o seu interesse, preste sete horas de serviços, num único dia, em determinada entidade assistencial.

Quando foi editada a Lei de Execução Penal em 1984, não existiam as penas de perda de bens e valores e de prestação pecuniária, criações da Lei 9.714/98. Porém, valendo-se do disposto no art. 45, § 2.º, do Código Penal, é perfeitamente viável a alteração da pena de prestação pecuniária ao longo da execução. Assim, imposta uma pena de prestação pecuniária consistente no pagamento de 100 salários mínimos à vítima (art. 45, § 1.º, CP), no momento de executar, verifica-se que o condenado não tem condições de arcar com tal montante.

Acolhendo pleito do próprio sentenciado, contando-se com a aceitação do beneficiário, o juiz converte o pagamento em pecúnia em prestação de outra natureza, como, por exemplo, a prestação de serviços à vítima (ex.: por ser mecânico, pode empreender à revisão ou algum reparo de funilaria em um veículo do ofendido). Temos sustentando em nosso *Código Penal comentado* (notas 89 e 90 ao art. 45, § 2.º) não ser alternativa legalmente viável a concessão, de pronto, na sentença condenatória, de *prestação de outra natureza*. Essa é uma modificação a ser, quando for o caso, implementada pelo juízo da execução penal, nos mesmos moldes em que, expressamente, garantiu o art. 148 nos cenários das penas de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

## **11.4.Prestação de serviços à comunidade**

Conforme a letra do art. 149 da Lei de Execução penal, “caberá ao juiz da execução: I – designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado,

junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; II – determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena; III – alterar a forma de execução, a fim de ajustá-la às modificações ocorridas na jornada de trabalho. § 1.º O trabalho terá a *duração de oito horas semanais* e será realizado aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo juiz. § 2.º A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento (grifamos)”.

Moderniza-se, atualmente, essa incumbência do juiz da execução penal. Como já mencionamos, em muitas Comarcas, há centrais de penas alternativas – o que representa o método ideal –, organizadas pelo Poder Executivo, para encaminhar a vários órgãos estatais os condenados sujeitos à prestação de serviços à comunidade. Assim, basta ao juiz encaminhar o sentenciado a essa central e, depois, receber os relatórios mensais (art. 150, LEP), a respeito do seu desempenho no serviço. Apenas a alteração quanto à *forma* de execução necessita da autorização judicial, mas pode ser intermediada pela central que recepcionou o sentenciado.

Houve a derrogação do art. 149, § 1.º, pela Lei 9.714/98, que alterou a redação do art. 46, § 3.º, do Código Penal, estabelecendo, diversamente do contido no mencionado art. 149, § 1.º, da Lei de Execução Penal, que a prestação de serviços à comunidade deverá ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, o que implica jornada semanal de sete horas e não de oito, como anteriormente constava tanto nesta Lei como no Código Penal. Por ser norma mais recente, afasta-se o disposto no art. 149, § 1.º, da Lei de Execução Penal, no tocante à duração de *oito horas semanais*.

Continua-se, entretanto, a permitir que a atividade seja desenvolvida aos sábados, domingos, feriados ou em dias úteis, como for mais conveniente aos interesses do condenado, de forma a não lhe prejudicar a jornada normal de trabalho. O juiz da execução penal tem autonomia para acertar a jornada da melhor maneira (ex.: o sentenciado pode comparecer à entidade assistencial que lhe foi designada uma hora por dia, todos os dias da semana, bem como pode trabalhar sete horas no sábado ou domingo). Lembremos, ainda, de outra novidade, introduzida também pela Lei 9.714/98: a possibilidade de antecipação do cumprimento dessa modalidade de pena (art. 46, § 4.º, CP). Para tanto, será necessário fazer o cálculo em horas do total da pena, permitindo-se que a antecipação se dê, no máximo, até a metade do total fixado.

Conforme dispõe o art. 117, V, do Código Penal, interrompe-se o curso da prescrição – neste caso, em relação à pretensão executória da pena – quando se iniciar o cumprimento. No caso da prestação de serviços à comunidade, tem início, interrompendo-se a prescrição, no primeiro comparecimento do sentenciado à entidade que lhe foi designada. Logo, não é por ocasião de sua ida ao fórum ou à central de penas alternativas, a fim de tomar conhecimento de como será desenvolvido seu trabalho, para efeito de interrupção do curso da prescrição.

“A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo,

comunicação sobre ausência ou falta disciplinar” (art. 150, LEP).

Esse relatório tem a função de acompanhar o cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade. Exige-se do condenado assiduidade, pontualidade e obediência.

As faltas graves estão enumeradas no art. 51: “comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que: I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei”, como já comentamos anteriormente.

Em caso de inexistência de local para a prestação de serviços à comunidade, embora atualmente tal situação seja rara de ocorrer, não é impossível. E assim sendo, há, em nosso ponto de vista, somente duas soluções viáveis:

- a) aguardar a prescrição, enquanto o Estado não oferece condições concretas para o cumprimento da pena, o que é o correto, já que o mesmo se daria se estivesse foragido;
- b) dá-se a pena por cumprida, caso o tempo transcorra, estando o condenado à disposição do Estado para tanto. Esta não é a melhor alternativa, pois, paralelamente, somente para ilustrar, sabe-se que muitos mandados de prisão deixam de ser cumpridos por falta de vagas em presídios e nem por isso as penas “fingem-se” executadas.

## **11.5.Limitação de fim de semana**

“Caberá ao juiz da execução determinar a intimação do condenado, cientificando-o do local, dias e horário em que deverá cumprir a pena. Parágrafo único. A execução terá início a partir da data do primeiro comparecimento” (art. 151, LEP).

O lugar ideal – e legal – para o cumprimento da pena de limitação de fim de semana é a casa do albergado (art. 48, CP). É certo que existe a possibilidade de haver um local alternativo (“ou outro estabelecimento adequado”), mas, na imensa maioria dos casos, não há. O que existe, infelizmente, são arremedos de cumprimento de pena. Ex.: há quem determine ao réu a permanência em sua própria casa (prisão albergue domiciliar), nos fins de semana, durante cinco horas no sábado e no domingo. Quem vai fiscalizar? Qual será o horário? Haverá palestra e curso educativo? Certamente, nada disso terá função útil. A pena se torna na realidade uma paródia do cenário previsto em lei.

Não se pode utilizar a cadeia pública ou local similar para a limitação de fim de semana. A pena restritiva de direitos não comporta ambiente carcerário fechado. Constitui constrangimento ilegal tal medida.

Dentro da medida ideal, o art. 152 dispõe: “poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Esses programas educativos constituem obrigação estatal, pois não teria o menor sentido

determinar a alguém que passasse cinco horas no sábado e outras cinco no domingo sem fazer absolutamente nada na casa do albergado. Se for para se ocupar, sozinho, da leitura de um livro ou para assistir televisão, que fique em casa e não cumpra pena. O Estado, pois, tem o dever de lhe proporcionar atividades educativas, em harmonia com a finalidade da pena: a reeducação do condenado.

Recomenda o art. 153 que “o estabelecimento designado encaminhará, mensalmente, ao juiz da execução, relatório, bem assim comunicará, a qualquer tempo, a ausência ou falta disciplinar do condenado”.

Esse relatório mensal destina-se ao acompanhamento do cumprimento da pena de fim de semana. Exige-se do condenado assiduidade, pontualidade e obediência. O não cumprimento implica reconversão em pena privativa de liberdade.

### 11.5.1. Limitação de fim de semana e violência doméstica

Um dos principais propósitos, em matéria de aplicação de penas, da Lei 11.340/2006, que cuidou dos casos de violência doméstica e familiar, foi evitar a substituição de penas privativas de liberdade por pecúnia ou forma similar, como “doação de cestas básicas” (art. 17 da referida Lei 11.340/2006). Não se impede a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, como, exemplificando, a prestação de serviços à comunidade ou a limitação de fim de semana. Neste último caso, acrescentou-se o parágrafo único ao art. 152 desta Lei, com o objetivo de proporcionar ao agressor cursos específicos à sua situação, vale dizer, de recuperação e reeducação no contexto de *respeito* à mulher e à família.

Mas é preciso *bom senso* do julgador, visto que, onde não há Casas do Albergado, essa sanção inexistente. Condenar o agressor da mulher a cumprir limitação de fim de semana em *albergue domiciliar* é conceder-lhe um prêmio, completamente fora do espírito da lei de violência doméstica.

## 11.6. Interdição temporária de direitos

O art. 154 da Lei de Execução Penal preceitua caber “ao juiz da execução comunicar à autoridade competente a pena aplicada, determinada a intimação do condenado. § 1.º Na hipótese de pena de interdição do art. 47, I, do Código Penal, a autoridade deverá, em 24 (vinte e quatro) horas, contadas do recebimento do ofício, baixar ato, a partir do qual a execução terá seu início. § 2.º Nas hipóteses do art. 47, II e III, do Código Penal, o Juízo da Execução determinará a apreensão dos documentos, que autorizam o exercício do direito interditado”.

As modalidades de penas previstas no art. 47 do Código Penal (proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; suspensão de autoridade ou de habilitação para dirigir veículo; proibição de

frequentar lugares) são totalmente dissociadas dos propósitos regeneradores da pena. Qual a utilidade de se proibir o condenado de exercer uma profissão ou atividade lícita? Nenhuma. Se ele errou no exercício funcional, certamente, deve pagar pelo que fez, mas jamais com a imposição estatal de não se poder autossustentar. Caso o erro seja muito grave, deve deixar o cargo, a função, a atividade, o mandato, o ofício ou a profissão em definitivo.

A proibição temporária é mais severa, pois implica desorientação e desativação da vida profissional, seja ela qual for, por um determinado período, vale dizer, não se parte para outro foco de atividade de uma vez por todas, porém, não se sabe se haverá condições de retornar ao antigo posto com dignidade. Imagine-se o médico que seja obrigado a permanecer um ano sem exercer sua profissão. Ele fecha o consultório, dispensa os pacientes e faz o que da sua vida? Sustenta a si e à sua família de que modo? Não se tem notícia de sucesso nessa *jogada do Estado* para punir crimes cometidos no exercício profissional. Por outro lado, passado um ano, como esse médico terá condições de reabrir o consultório e reativar sua antiga clientela? É humanamente impossível tal proeza, mormente em cidades do interior, onde todos conhecem o que se passa e torna-se inviável ocultar o cumprimento da pena. Se ele for obrigado a mudar de cidade para retomar sua vida, recria-se a pena de *banimento* indireto ou mesmo de *ostracismo*, o que é cruel. Somos contrários à proibição de exercício profissional de qualquer espécie. Insistimos: se o erro for muito grave, não há mais condições de se permitir o exercício da profissão, merecendo, pois, como efeito da condenação, a cessação permanente da autorização para tal. Entretanto, o art. 92, I, do Código Penal, cuida disso de maneira limitada e voltada somente aos funcionários públicos.

Sobre a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública e mandato eletivo, para o cumprimento dessa pena restritiva de direitos, deve o magistrado oficial ao superior do funcionário público condenado, comunicando-lhe a vedação e o período de duração. A partir daí, a autoridade competente baixará ato para impedir que o servidor tenha acesso ao seu local costumeiro de trabalho. É o início do cumprimento da pena, com interrupção da prescrição (art. 117, V, CP).

Para o cumprimento de outras restrições, deve o juiz da execução penal determinar a intimação do condenado para que apresente seu documento funcional (ex.: cuidando-se do advogado, entregaria a carteira de identificação expedida pela OAB). Em tese, apreendido o referido documento pelo tempo de duração da pena, o profissional estaria impedido de exercer a profissão, atividade ou ofício, pois dependentes de licença ou autorização do poder público. Vã ilusão. A imensa maioria dos profissionais exerce as suas atividades laborativas normalmente, sem ter que exhibir, nos seus locais de trabalho, a carteira de identificação. Nem mesmo em audiência, tornando ao exemplo do advogado, exige o juiz a sua identificação, especialmente quando há procuração nos autos e o profissional já esteve na Vara antes. O mesmo se pode dizer das demais profissões.

Os médicos, em outra ilustração, não praticam a medicina em seus consultórios exibindo a carteira de identificação aos pacientes. Em suma, a apreensão é inócua. A par dessa medida, deve o juiz oficial ao órgão de classe, que tomaria a providência de publicar nota a respeito (ex.:

comunicação no jornal do sindicato ou do órgão de classe), bem como assumiria o compromisso de fiscalizar o condenado através de mecanismos próprios (ex.: o Conselho Regional de Medicina pode ter acesso aos lugares comuns onde determinado médico exerce sua profissão, tais como consultório, hospitais, clínicas etc., devendo colaborar com o juízo para evitar o exercício da atividade).

Houve derrogação do art. 47, III, do Código Penal pelo Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97), que regulou, por inteiro, a pena restritiva de direitos consistente em suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículos. Por isso, afastou o disposto no inciso III do art. 47 em relação à *habilitação para dirigir*. Remanesce a figura da autorização para dirigir, que, na realidade, destina-se, apenas, aos ciclomotores, logo, inócuo.

Não bastasse a *proibição de frequentar lugares* ser inútil, especialmente em matéria de fiscalização, como mera condição do *sursis* (art. 78, § 2.º, *a*, CP) e do livramento condicional (art. 132, § 2.º, *c*, LEP), a Lei 9.714/98 fez o desfavor de trazê-la para o universo das penas restritivas de direitos, inserindo-a no art. 47, IV, do Código Penal.

Por tal razão, não se encontra regulada na Lei de Execução Penal, datada de 1984. É uma espécie de pena que não teve repercussão e os magistrados, com razão, evitam aplicá-la, pois, como já frisamos, é inútil. Como se poderia pensar em substituir uma pena privativa de liberdade de até quatro anos de reclusão, por crime doloso, pela *proibição de frequentar determinados lugares*? Quais seriam esses locais? Teria a eficiência de causar aflição ao condenado, a ponto, inclusive, de reeducá-lo? É evidente que não. Além disso, nem é preciso ressaltar a completa desestrutura do Estado em fiscalizar tal penalidade. Se nem mesmo a prisão em regime aberto conta com a fiscalização adequada, é mais que natural estar essa pretensa punição (proibição de frequentar lugares) fadada a permanecer no esquecimento, o que é uma resposta necessária do Judiciário à infeliz criatividade legislativa.

Após, o Parlamento criou a pena restritiva de direitos consistente em proibição de prestar concurso, avaliação ou exame público (art. 47, V, CP).

Cuida-se de outra pena alternativa inócua. Quem frauda concurso, em verdade, *não presta concurso* para integrar carreira pública. Logo, a pena restritiva de direito, a essa pessoa, seria inútil. Por outro lado, se o candidato participar da fraude, condenado por isso, dificilmente será aprovado em concurso público, pois sua folha de antecedentes demonstrará esse registro.

## **11.7.Descumprimento da pena**

Segundo o art. 155, “a autoridade deverá comunicar imediatamente ao juiz da execução o descumprimento da pena. Parágrafo único. A comunicação prevista neste artigo poderá ser feita por qualquer prejudicado.

Tanto a autoridade, cuidando-se de funcionário público, como os órgãos de classe ao qual se vincularem os profissionais impedidos de trabalhar, devem comunicar ao juízo da execução penal se

tomarem conhecimento acerca da infringência da interdição.

A comunicação extensível a terceiros pode ocorrer. Afinal, se um funcionário público ou um profissional qualquer estiver impedido de exercer sua atividade, naturalmente, o que fizer deverá ser desconsiderado (ex. a audiência realizada com a presença de advogado interditado do exercício profissional será anulada e refeita). Tal medida poderá prejudicar terceiros. Estes também estão legitimados a levar ao conhecimento do juiz da execução penal o ocorrido, para que as providências legais sejam concretizadas, especialmente no que toca à possibilidade de conversão da interdição em pena privativa de liberdade.

## **12. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA**

---

### **12.1. Conceito e natureza jurídica**

Trata-se de um instituto de política criminal, tendo por fim a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, evitando o recolhimento ao cárcere do condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena não é superior a dois anos (ou quatro, se septuagenário ou enfermo), sob determinadas condições, fixadas pelo juiz, bem como dentro de um período de prova predefinido.

A sua natureza jurídica é de medida de política criminal para evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, consubstanciada numa outra forma de cumprimento de pena, logo, cuida-se de um benefício.

### **12.2. Duração e condições**

A duração do benefício, como regra, é de dois a quatro anos. Tratando-se de condenado maior de 70 anos ou enfermo, o período de suspensão será de quatro a seis anos, caso a pena seja superior a dois, mas não ultrapasse quatro anos. No cenário das contravenções penais, a suspensão será de um a três anos.

Disciplina o art. 157 da LEP que “o juiz ou tribunal, na sentença que aplicar pena privativa de liberdade, na situação determinada no artigo anterior, deverá pronunciar-se, motivadamente, sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue”.

Sempre que a pena não ultrapassar dois anos, *deve* o magistrado fazer expressa referência ao *sursis*, seja para concedê-lo, seja para denegá-lo. E, como todas as decisões do Judiciário, motivadamente. Se a pena não for superior a quatro anos, tratando-se de condenado maior de 70 anos ou enfermo, dá-se o mesmo. Atualmente, em virtude da reforma provocada pela Lei 9.714/98, as penas privativas de liberdade de até quatro anos podem ser substituídas por restritivas de direitos.

Por isso, se o juiz optar por essa penalidade, considerada mais benéfica que o *sursis*, conforme dispõe o art. 59, IV, do Código Penal, não há necessidade de se pronunciar a respeito da suspensão condicional da pena. O disposto no art. 157 da Lei de Execução Penal foi editado *antes* da edição da



Lei 9.714/98. Até esta data, as penas restritivas de direitos poderiam ser concedidas em substituição a penas privativas de liberdade de menos de um ano. Portanto, penas superiores a um e que não ultrapassem dois anos comportavam apenas o benefício da suspensão condicional da pena, motivo pelo qual o julgador devia se pronunciar a respeito disso.

“Concedida a suspensão, o juiz especificará as condições a que fica sujeito o condenado, pelo prazo fixado, começando este a correr da audiência prevista no art. 160 desta Lei. § 1.º As condições serão adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado, devendo ser incluída entre as mesmas a de prestar serviços à comunidade, ou limitação de fim de semana, salvo hipótese do art. 78, § 2.º, do Código Penal. § 2.º O juiz poderá, a qualquer tempo, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante proposta do Conselho Penitenciário, modificar as condições e regras estabelecidas na sentença, ouvido o condenado. § 3.º A fiscalização do cumprimento das condições, regulada nos Estados, Territórios e Distrito Federal por normas supletivas, será atribuída a serviço social penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade ou instituição beneficiada com a prestação de serviços, inspecionados pelo Conselho Penitenciário, pelo Ministério Público, ou ambos, devendo o juiz da execução suprir, por ato, a falta das normas supletivas. § 4.º O beneficiário, ao comparecer periodicamente à entidade fiscalizadora, para comprovar a observância das condições a que está sujeito, comunicará, também, a sua ocupação e os salários ou proventos de que vive. § 5.º A entidade fiscalizadora deverá comunicar imediatamente ao órgão de inspeção, para os fins legais, qualquer fato capaz de acarretar a revogação do benefício, a prorrogação do prazo ou a modificação das condições. § 6.º Se for permitido ao beneficiário mudar-se, será feita comunicação ao juiz e à entidade fiscalizadora do local da nova residência, aos quais o primeiro deverá apresentar-se imediatamente” (art. 158, LEP).

Em primeiro lugar, deve-se frisar não mais existir o *sursis* incondicionado. Concedido o benefício, é imprescindível que o juiz opte entre o denominado *sursis* simples, fixando as condições previstas no art. 78, § 1.º, (prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana), e o *sursis* especial, estabelecendo as condições previstas no art. 78, § 2.º (proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar as atividades), do Código Penal. Não há suspensão condicional da pena sem a fixação de condições adequadas ao caso concreto.

## **12.3. Alteração das condições e fiscalização**

Verificando qualquer inviabilidade de cumprimento, o juiz da execução penal pode, de ofício, ou por provocação do Ministério Público e do Conselho Penitenciário, modificar as condições, substituindo as que não surtirem efeitos por outras. Ex.: o magistrado do processo de conhecimento estabelece na sentença condenatória, como condição, a limitação de fim de semana. Vislumbrando

não haver casa do albergado na comarca, nem local adequado para a referida pena ser cumprida a contento, poderia alterá-la para a prestação de serviços à comunidade. A modificação não ofenderia a coisa julgada, já que está expressamente autorizada em lei e a execução penal, por natureza, é flexível, respeitada a individualização executória da pena.

A fiscalização do *sursis* é atribuição de variados órgãos, até para que seja mais eficiente. Em primeiro lugar, deve-se destacar a intenção da Lei de Execução Penal de delegar aos Estados e ao Distrito Federal (não há Territórios, atualmente, no Brasil) a possibilidade de legislar nesse cenário, editando regras de fiscalização da suspensão condicional da pena, conforme as peculiaridades locais ou regionais. Por isso, chega a mencionar que, à falta de tais normas supletivas, pode o próprio juiz da execução penal supri-las por ato seu. Uma portaria, por exemplo, tem a possibilidade de credenciar algum órgão da comunidade a fiscalizar o cumprimento do *sursis*.

Além disso, há o serviço social atuante em estabelecimentos penais, o Patronato, o Conselho da Comunidade e a entidade beneficiada pela prestação de serviços à comunidade. Órgãos naturais de fiscalização de todas as fases da execução e de quaisquer penas também devem observar a suspensão condicional da pena, tais como o Conselho Penitenciário e o Ministério Público. Estes dois últimos, entretanto, atuam como órgãos de inspeção, vale dizer, devem supervisionar a atuação dos fiscais.

Sobre o comparecimento periódico do condenado, diz respeito à condição prevista no art. 78, § 2.º, c, do Código Penal, destinando-se a informar ao juízo as atividades que vem desenvolvendo mês a mês. Nada impede que, além disso, o magistrado da execução penal determine o comparecimento à sede da entidade fiscalizadora credenciada ou indicada em lei para haver uma atuação com maior minúcia, checando os informes prestados.

Deve a entidade fiscalizadora comunicar ao juiz da execução penal qualquer percalço no cumprimento das condições do *sursis*, possibilitando a tomada de medidas de ordem jurisdicional, como, por exemplo, a revogação do benefício.

Quando autorizado pelo juiz da execução penal, pode o condenado mudar-se para outra comarca. Neste caso, nos mesmos moldes previstos pelos arts. 133 e 134 desta Lei, em relação ao livramento condicional, o condenado será acompanhado pelas entidades fiscalizadoras do lugar onde se estabeleceu.

Disciplina o art. 159 da LEP que “quando a suspensão condicional da pena for concedida por tribunal, a este caberá estabelecer as condições do benefício. § 1.º De igual modo proceder-se-á quando o tribunal modificar as condições estabelecidas na sentença recorrida. § 2.º O tribunal, ao conceder a suspensão condicional da pena, poderá, todavia, conferir ao Juízo da Execução a incumbência de estabelecer as condições do benefício, e, em qualquer caso, a de realizar a audiência admonitória”.

É possível que o magistrado, na sentença condenatória, de acordo com seu livre convencimento motivado, negue o benefício do *sursis*. Apelando o réu e sendo dado provimento ao recurso, o tribunal concede a suspensão condicional da pena, cabendo-lhe, pois, estabelecer as condições

apropriadas, conforme previsão feita pelos arts. 78 e 79 do Código Penal.

Possivelmente, as condições estabelecidas pelo juiz da condenação podem não agradar ao réu ou ao órgão acusatório. Havendo apelação de um ou outro, devidamente provida, cabe ao tribunal alterá-las, atendendo aos interesses da parte que recorreu. Por isso, pode agravar as condições ou atenuá-las.

Embora seja hipótese mais rara, pois, provido o recurso da parte, o mais indicado é que o tribunal estabeleça, desde logo, quais são as condições ideais para o condenado, não se trata de situação legalmente impossível. Imaginemos que o magistrado, na sentença condenatória, conceda o *sursis* incondicionado. Havendo apelo do Ministério Público, como nenhuma condição foi fixada, nem o órgão acusatório sugeriu alguma específica, pode o tribunal delegar ao juiz da execução penal que o faça. A audiência admonitória, como regra, é realizada, realmente, em primeiro grau: a) na Vara da Execução Penal, quando couber a esta a fixação das condições; b) no juízo da condenação, quando o próprio tribunal já estipulou as condições da suspensão condicional da pena.

## **12.4. Formalidades da concessão**

“Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz a lerá ao condenado, em audiência, advertindo-o das consequências de nova infração penal e do descumprimento das condições impostas” (art. 160).

Tendo em vista que o *sursis* é um benefício, sob condições, estas precisam ser entendidas e aceitas pelo condenado. Não é possível obrigá-lo, à força, a cumprir, por exemplo, uma prestação de serviços à comunidade. Por tal motivo, o juiz, na audiência admonitória, lerá a decisão ao sentenciado, incluídas as condições às quais ficará submetido, alertando-o para as consequências do não cumprimento e da prática de outra infração penal, que será a revogação do benefício, mas, obviamente, colhendo o seu ciente e a sua aceitação. A lei não menciona expressamente essa concordância, que se dará, por uma questão lógica, ao final da audiência, com a assinatura do termo. Recusando-se, eventualmente, ao cumprimento das regras do *sursis*, perderá este o efeito e será o condenado encaminhado para o regime fixado na sentença (aberto, semiaberto ou fechado). Entendemos não ser o caso de haver *revogação*, pois nem mesmo aceitação houve.

Portanto, disciplina o art. 161: “se, intimado pessoalmente ou por edital com prazo de 20 (vinte) dias, o réu não comparecer injustificadamente à audiência admonitória, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena”.

Assim ocorrendo, não se colherá a sua concordância, nem haverá a possibilidade de se ter por iniciado o cumprimento do benefício. Por isso, como bem esclarecido no texto do art. 161, *ficará sem efeito o sursis*. Não é caso de revogação, pois nem mesmo foi aceito.

## **12.5. Revogação do sursis**

No âmbito do art. 162 da Lei de Execução Penal, “a revogação da suspensão condicional da pena e a prorrogação do período de prova dar-se-ão na forma do art. 81 e respectivos parágrafos do Código Penal”.

Finalmente, preceitua o art. 163 que “a sentença condenatória será registrada, com a nota de suspensão, em livro especial do juízo a que couber a execução da pena. § 1.º Revogada a suspensão ou extinta a pena, será o fato averbado à margem do registro. § 2.º O registro e a averbação serão sigilosos, salvo para efeito de informações requisitadas por órgão judiciário ou pelo Ministério Público, para instruir processo penal”.

O referido livro de registro da sentença condenatória serve para o controle do cumprimento da pena pelo juízo da execução penal. Por isso, haverá nota específica mencionando o gozo de suspensão condicional da pena pelo condenado.

## **13. PENA DE MULTA**

---

### **13.1.Como deveria ser o cumprimento da pena de multa**

Preceitua o art. 164 da Lei de Execução Penal o seguinte: “extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. § 1.º Decorrido o prazo sem o pagamento da multa, ou o depósito da respectiva importância, proceder-se-á à penhora de tantos bens quantos bastem para garantir a execução. § 2.º A nomeação de bens à penhora e a posterior execução seguirão o que dispuser a lei processual civil”; “art. 165. Se a penhora recair em bem imóvel, os autos apartados serão remetidos ao juízo cível para prosseguimento”; “art. 166. Recaindo a penhora em outros bens, dar-se-á prosseguimento nos termos do § 2.º do art. 164 desta Lei”; “art. 167. A execução da pena de multa será suspensa quando sobrevier ao condenado doença mental (art. 52 do Código Penal)”.

### **13.2.Como ficou o cumprimento da pena de multa**

A Lei 9.268/96 modificou a redação do art. 51 do Código Penal, passando a constar o seguinte: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

A meta pretendida era evitar a conversão da multa em prisão, o que anteriormente era possível. Não se deveria, com isso, imaginar que a pena de multa transfigurou-se a ponto de perder a sua identidade, ou seja, passaria a constituir, na essência, uma sanção civil. Tanto assim que, havendo morte do agente, não se pode estender a sua cobrança aos herdeiros do condenado, respeitando-se o

disposto na Constituição Federal de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5.º, XLV).

Segundo o que vimos defendendo, deveria ela ser executada pelo Ministério Público, na Vara das Execuções Penais, embora seguindo o rito procedimental da Lei 6.830/80, naquilo que for aplicável. Assim, o executado deve ser citado (pelo correio, pessoalmente ou por edital) para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida atualizada pela correção monetária. O devedor, então, pode efetuar o depósito, oferecer fiança bancária, nomear bens à penhora ou indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e devidamente aceitos. Se não o fizer, devem ser penhorados bens suficientes para garantir a execução. Após, realizar-se-á leilão público. A matéria, no entanto, permanece controversa, existindo quem sustente ser a multa, como dívida de valor que é, passível de execução pela Fazenda Pública, na Vara das Execuções Fiscais. A jurisprudência, por ora, firmou posição majoritária no sentido de ser esta última a tendência ideal.

No Estado de São Paulo, atualmente, a pena pecuniária vem sendo executada pela Procuradoria Fiscal na Vara das Execuções Fiscais. Há vários inconvenientes para tanto, podendo-se destacar, dentre os principais, os seguintes: *a)* a multa penal deve ser cobrada com todo o empenho possível, ainda que de baixo valor, para não gerar o indevido sentimento de impunidade, afinal, trata-se de condenação na esfera criminal, muitas vezes substitutiva da pena privativa de liberdade; *b)* o excesso de execuções fiscais e os valores baixos das multas estabelecidas desestimulam os procuradores e demais agentes da Execução Fiscal a promover a efetiva cobrança; *c)* a certidão de dívida ativa não contém dados do processo criminal que a originou, de modo que, quando o executado morre, não se sabe a quem remeter o feito para que seja julgada extinta a punibilidade. Na prática, tem-se arquivado a execução, permanecendo em aberto a questão penal. Por isso, mesmo que se considere a multa como sanção penal, na essência, embora cobrada *como se fosse dívida de valor*, respeita-se o procedimento da Lei 6.830/80, não mais se utilizando os arts. 164, 165 e 166 da Lei de Execução Penal. Os demais artigos não conflitam com as normas de execução fiscal, merecendo aplicação, quando possível.

### **13.3.Parcela duvidosa da aplicação da lei**

Dispõe o art. 168 da LEP que “o juiz poderá determinar que a cobrança da multa se efetue mediante desconto no vencimento ou salário do condenado, nas hipóteses do art. 50, § 1.º, do Código Penal, observando-se o seguinte: I – o limite máximo do desconto mensal será o da quarta parte da remuneração e o mínimo o de um décimo; II – o desconto será feito mediante ordem do juiz a quem de direito; III – o responsável pelo desconto será intimado a recolher mensalmente, até o dia fixado pelo juiz, a importância determinada”.

Em nossa visão, cobrada a multa na Vara da Execução Penal ou em Vara Cível, nada impede que seja aplicado o disposto no art. 168 desta Lei. O desconto no vencimento ou salário do

sentenciado é forma mais branda de execução, pois não lhe toma bens de maneira abrupta.

Quanto ao art. 169, temos: “até o término do prazo a que se refere o art. 164 desta Lei, poderá o condenado requerer ao juiz o pagamento da multa em prestações mensais, iguais e sucessivas. § 1.º O juiz, antes de decidir, poderá determinar diligências para verificar a real situação econômica do condenado e, ouvido o Ministério Público, fixará o número de prestações. § 2.º Se o condenado for impontual ou se melhorar de situação econômica, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, revogará o benefício executando-se a multa, na forma prevista neste Capítulo, ou prosseguindo-se na execução já iniciada”.

Do mesmo modo já defendido anteriormente, nada impede que o juiz possa parcelar a multa, para que se evite a penhora de bens e se possa garantir o adimplemento da obrigação. Registremos, sempre, que se trata, na essência, de pena, razão pela qual precisa ser cumprida, evitando-se a impunidade. Quando mais se fizer para atingir esse objetivo, melhor para a finalidade da sanção penal.

Finalmente, preceitua o art. 170 que “quando a pena de multa for aplicada cumulativamente com pena privativa da liberdade, enquanto esta estiver sendo executada, poderá aquela ser cobrada mediante desconto na remuneração do condenado (art. 168). § 1.º Se o condenado cumprir a pena privativa de liberdade ou obtiver livramento condicional, sem haver resgatado a multa, far-se-á a cobrança nos termos deste Capítulo. § 2.º Aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior aos casos em que for concedida a suspensão condicional da pena”.

Não se faz a cobrança compulsória, vale dizer, penhorando-se bens e vendendo-os em hasta pública. Pode-se descontar do seu salário, percebido na prisão, mas é preciso aguardar a sua colocação em liberdade para haver execução forçada.

## **14. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA**

---

### **Art. 111**

STJ: “1. ‘A superveniência de nova condenação que impossibilite o cumprimento simultâneo das reprimendas justifica a conversão da sanção restritiva de direitos em privativa de liberdade e a consequente unificação das penas, nos termos do art. 111 da Lei n. 7.210/84 (LEP)’ (HC 360.379/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/9/2016, *DJe* 22/9/2016). 2. No caso dos autos, o agravante cumpria pena privativa de liberdade em regime fechado quando sobreveio nova condenação que foi substituída por pena restritiva de direitos. 3. Desse modo, forçosa a conversão da pena substitutiva em privativa de liberdade e a posterior unificação das reprimendas. 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1634175 – MG, 6.ª T., rel. Antonio Saldanha Palheiro, 18.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** cada nova condenação deve ser somada às demais e, após isso, verifica

o juiz da execução penal o regime adequado para cumprimento da sanção. Não há ilegalidade na realização de soma ou unificação, pois a execução penal é flexível, respeitando-se a individualização executória da pena. Sob outro aspecto, a progressão de regime é uma possibilidade tanto quanto o é a regressão, dependendo do comportamento do condenado. O julgado apresentado demonstra que o advento de nova pena muda o quadro no qual se insere o sentenciado, merecendo imediata adaptação.

### **Art. 105**

TJDFT: “1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, passou a admitir a execução provisória da sentença penal condenatória, ainda que pendente de análise eventual recurso especial e/ou extraordinário. 2. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da QO-APn nº 675/GO, decidiu que é possível dar início ao cumprimento da pena mesmo que não haja trânsito em julgado da condenação, pois eventual recurso de natureza extraordinária não é dotado de efeito suspensivo. 3. Nos termos do artigo 637 do Código de Processo Penal, caso interposto recurso sem efeito suspensivo, os autos originais deverão ser baixados à primeira instância para que se inicie a execução provisória da sentença. 4. O artigo 105 da Lei de Execuções Penais, apesar de se referir a sentenças com trânsito em julgado, pode ser aplicado analogicamente à sentença executada provisoriamente, concluindo-se que, em ambos os casos, a expedição de guia de recolhimento para execução compete ao juiz singular. 5. Compete ao Juízo da primeira instância a expedição de mandado de prisão e os demais atos processuais referentes ao início da execução provisória da sentença penal condenatória. 6. Reclamação desprovida.” (PET 20160020332320 – DFT, 2ª Turma Criminal, rel. Silvanio Barbosa dos Santos, 29.09.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** validou-se a execução provisória da pena, quando o acusado está preso e, condenado em primeiro grau, enquanto processa-se seu recurso, ele pode obter benefícios de execução penal (ex.: progressão de regime). Por isso, não se cumpre mais o disposto no art. 105 da LEP (que exige o trânsito em julgado da decisão).

### **Art. 112**

TJAC: “É de sabença que o Agravado já se submeterá a exame criminológico, conforme determinado no Acórdão nº 21.005, do Agravo de Execução Penal nº 0801287-36.2015.8.01.0001, não havendo registro de descumprimento do referido v. Acórdão, porquanto pelo Relatório 14/2016 da Comissão Técnica de Classificação atendeu-se ao disposto nos arts. 8º e 9º, da Lei de Execução Penal e Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula Vinculante nº 26. 2. O exame criminológico deixou de ser requisito obrigatório para a progressão de regime, após a alteração do art. 112 da LEP, pela Lei 10.792/2003, ficando sujeito à avaliação discricionária do Juízo a sua realização, observando-se as peculiaridades do

caso concreto. (AgRg no AREsp 818.845/MT, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 01/12/2016, *DJe* 13/12/2016). 3. Decisão agravada mantida. Agravo em Execução Penal desprovido.” (AgExec Penal 0012232-81.2016.8.01.0001 – AC, Câmara Criminal, rel. Waldirene Cordeiro, 23.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** embora o exame criminológico, ínsito ao parecer da Comissão Técnica de Classificação, não seja prova absoluta, trata-se de mecanismo de prova aceito pelos tribunais, mormente para autores de crimes violentos contra a pessoa.

### **Art. 113**

TJDF: “1 O reeducando agrava de decisões que lhe negaram progressão de regime em razão da ocorrência de falta grave em apuração pelo Diretor da unidade prisional, impedindo a avaliação do requisito subjetivo de bom comportamento. 2 A progressão ao regime aberto pressupõe a aceitação das condições impostas pelo Juízo da Execução, conforme o artigo 113 da Lei 7.210/84, não se efetivando se o condenado se evade do sistema e não comparece à audiência admonitória. Assim, para obtê-la agora é mister apurar o cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos, o que só será possível depois da conclusão do inquérito disciplinar que apura a falta grave, que tramita com prioridade conforme determinação judicial. 3 Agravo desprovido.” (RAG 20160020489465 – DFT, 1ª Turma Criminal, rel. George Lopes, 09.02.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** a aceitação das condições impostas para o cumprimento da pena em regime aberto depende da concordância do sentenciado (art. 113, LEP). Ora, no caso supra, não bastasse o condenado não ter manifestado a sua aquiescência, tal medida se deu porque estava foragido, o que configura, por si só, falta grave. Correta a decisão tomada: é preciso apurar a falta grave e, somente depois, avaliar se o preso tem mérito para a progressão almejada.

### **Art. 117**

TJSP: “Impetração que busca o direito da paciente descontar a reprimenda em prisão domiciliar. Sentença que a condenou a cumprimento de pena em regime inicial semiaberto, pelo crime de tráfico de drogas. 1. Quadro que não configura constrangimento ilegal. 2. Em regra, diante da dicção legal (artigo 117, da LEP), a prisão domiciliar somente é aplicável ao sentenciado que cumpre pena no regime aberto. 3. Verdade que se tem admitido, em situações extraordinárias, a concessão da prisão domiciliar a condenados que cumprem pena em regime diverso. Mas se cuida de um quadro excepcionalíssimo, a reclamar uma prova indisputável que o sentenciado não pode receber o tratamento no sistema prisional e que inexiste outra solução, dentro de um quadro de razoabilidade. Quadro assim delineado não configurado, considerando-se as limitações de cognição do *habeas corpus*. 4. Magistrado, ademais, que tem tomado as



medidas visando o adequado atendimento da sentenciada. Ordem denegada.” (HC 2053327-30.2017.8.26.0000 – SP, 14ª Câmara de Direito Criminal, rel. Laerte Marrone, 11.05.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** não é viável, como regra, inserir o condenado no regime de prisão albergue domiciliar, quando cumpre pena no semiaberto (colônia penal). Como bem analisou o julgador, somente em situações *excepcionalíssimas* assim se pode fazer. No entanto, é preciso constatar que, na maioria das Comarcas brasileiras, não existe a Casa do Albergado; portanto, quando o sentenciado recebe o benefício do regime aberto, com ou sem os requisitos previstos no art. 117 da LEP, termina em prisão albergue domiciliar (P.A.D.) à falta de outro estabelecimento.

### **Art. 118**

TJMS: “É indispensável a designação da audiência de justificação para apuração judicial da falta grave imputada ao reeducando, independentemente do regime em que esteja. O art. 118 da Lei 7.210 (LEP) abrange toda a execução da pena privativa de liberdade, de modo que o direito à prévia oitiva, previsto no § 2º do mesmo artigo e Lei, deve sempre ser observado, vedada a interpretação ampliativa *in malam partem*. A atuação do Poder Judiciário não é meramente homologatória ou auxiliar da Administração Penitenciária, mas sim, principal e necessária para assegurar, ao mesmo tempo, o correto cumprimento da pena e os direitos e garantias fundamentais do reeducando submetido ao *jus puniendi* estatal. Nula, portanto, a decisão no ponto em que indefere o pedido de realização da audiência de justificação. Preliminar de nulidade acolhida, contra o parecer. Mérito prejudicado” (AgExecPn 0049757-91.2016.8.12.0001 – MS, 2ª Câmara Criminal, rel. Ruy Celso Barbosa Florence, 17.04.2017, v.u.).

TJPB: “A regressão de regime por prática de falta grave pode dar-se de maneira cautelar ou definitiva, exigindo-se, apenas no segundo caso, a realização audiência prévia de justificação (art. 118, § 2º da LEP), a partir da qual a sanção é homologada. – Não havendo, contudo, impugnação da punição acima em momento processual próprio, o apenado não poderá refutá-la em agravo destinado à simples verificação do cumprimento do período mínimo para obtenção de benefícios penais. Preclusão operada.” (AgExecPn 00015776320168150000 – PB, Câmara Especializada Criminal, rel. Márcio Murilo Da Cunha Ramos, 09.02.2017, v.u.).

TJRO: “Configura constrangimento ilegal a decisão que determina a regressão de regime prisional fundada em procedimento regular instaurado para a apuração da prática de falta disciplinar, não obstante a inexistência de oitiva do réu pelo juiz das Execuções. O art. 118, § 2º, da Lei de Execuções Penais estabelece que é necessária a audiência pessoal do condenado, pelo juiz, antes de imposição da regressão. Imprescindível a prévia oitiva do réu,

oportunizando-se, assim, a ampla defesa do condenado. Na exegese do art. 60 da Lei de Execuções Penais, o prazo da regressão cautelar para apuração de falta cometida é de 10 dias” (HC 0001118-32.2017.822.0000 – RO, 1ª Câmara Criminal, rel. José Jorge R. da Luz, 30.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** os julgados supramencionados estão corretos. O art. 118, § 2.º, da LEP, impõe a oitiva do condenado *previamente* à viabilidade de regressão de regime, quando praticar alguma falta. Essa inquirição há de ser feita pelo Judiciário, pois é o órgão competente para decidir se vai ou não regredir o condenado a regime mais severo. Muitos juízos, no entanto, têm permitido que qualquer autoridade administrativa do presídio faça essa oitiva e, em face disso, decidem pela regressão (ou não). A execução penal não abre mão do seu caráter jurisdicional nesse aspecto, motivo pelo qual são decisões equivocadas e comodistas.

### **Art. 123**

STJ: “1. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.364.192/RS, decidiu que o cometimento de falta grave no curso da execução enseja a interrupção do prazo para fins de progressão de regime prisional mas não para fins de concessão de livramento condicional, comutação da pena e indulto, cujos requisitos objetivos estão expressamente previstos no artigo 83 do Código Penal e no decreto concessivo, pena de ofensa ao princípio da legalidade com a criação de requisito não previsto em lei. 2. Com igual razão de decidir, a prática de falta grave no curso da execução também não interrompe o prazo para a concessão da saída temporária, cujos requisitos estão expressamente previstos no artigo 123 da Lei de Execuções Penais, que não faz qualquer referência à necessidade de nova contagem de prazo para a concessão do benefício. Precedentes. 3. Recurso improvido” (REsp 1633467 – MG, 6.ª T., rel. Maria Thereza de Assis Moura, 15.12.2016, v.u.).

**Comentário do autor:** a prática de falta grave, pelo condenado, impõe apenas a interrupção do prazo para fins de progressão, não devendo gerar outras consequências negativas. Por isso, o julgado do STJ é claro ao mencionar que a eventual falta não prejudica a contagem do prazo para obter saída temporária. Por outro lado, o art. 123, I, da LEP, exige “comportamento adequado”, podendo este elemento ser utilizado para barrar a mencionada saída temporária.

### **Art. 126**

STJ: “2. Esta Corte possui orientação no sentido de que ‘a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal’ (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix

Fischer, Quinta Turma, *DJe* 5/6/2006). 3. No caso, a aprovação da paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação nº 44/2013 do CNJ. 4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como ‘fraterna’ (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, *DJe*-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). 5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade. 6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas ‘Regras de Mandela’, aprovadas pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. 7. *Habeas corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio)” (HC 382780 – PR, 5.ª T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 04.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o Superior Tribunal de Justiça tem sido benevolente – e com razão – à obtenção de remição pelos sentenciados, desde que apresentem algum ganho no seu processo de reeducação. Por isso, admite-se qualquer forma de trabalho no presídio, desde que reconhecido e regulamentado; aceita-se a participação do condenado em qualquer espécie de curso para aprendizado; tem-se admitido, até mesmo, a leitura de certos livros, conforme determinação feita pelo juízo da execução penal. Logo, é perfeitamente natural que a aprovação da paciente no ENEM precise ser computada para o cálculo da sua remição.

## **Art. 127**

STJ: “8. Com o advento da Lei n. 12.433, de 29/6/2011, foi dada nova redação ao art. 127 da Lei de Execuções Penais, que passou a dispor que o cometimento de falta grave não mais acarretaria a perda da integralidade do tempo remido, somente podendo atingir o limite de 1/3 (um terço). 9. No que respeita ao *quantum* a ser fixado pelo juízo das execuções penais, devem ser levados em conta os critérios estabelecidos no art. 57 da novel legislação, quais sejam: a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do

faltoso e seu tempo de prisão, cabendo ao juiz certa discricionariedade. 10. Decisão que não apresenta fundamento idôneo e suficiente para justificar a perda máxima, prevista no art. 127 da LEP, consubstanciado na gravidade da infração praticada, havendo constrangimento ilegal a ser sanado. 11. Agravo interno parcialmente provido para não conhecer do *writ*, porém conceder de ofício a ordem, determinando o retorno dos autos ao Juízo das Execuções Penais, a fim de que complemente o julgamento, na parte referente à perda dos dias remidos, motivando a escolha do patamar da penalidade, à luz da disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais.” (AgInt no HC 374195 – SP, 6.<sup>a</sup> T., rel. Nefi Cordeiro, 04.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** a perda dos dias remidos, em face do cometimento de falta grave, nos precisos termos do art. 127 da LEP, pode dar-se no montante de *até um terço*, recomendando-se um procedimento de individualização da falta, levando-se em conta o art. 57 da referida LEP. Logo, a perda padronizada de *um terço*, como vem sendo aplicada por certos juízos, é ilegal. Correto o julgado do STJ no sentido de anular a decisão para que a opção pelo montante de dias perdidos seja devidamente fundamentada, como, aliás, determina a própria Constituição Federal no tocante a todas as decisões do Judiciário.

### **Art. 145**

STJ: “1. A decisão agravada deve ser mantida, porquanto, nos termos da jurisprudência desta Corte, cabe ao Juízo das Execuções, quando da notícia do cometimento de novo delito no período do livramento condicional, suspender cautelarmente a benesse, durante o período de prova, para, posteriormente, revogá-la, em caso de condenação com trânsito em julgado, conforme previsto no art. 145 da Lei de Execuções Penais. 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC 343409 – PR, 6.<sup>a</sup> T., rel. Nefi Cordeiro, 16.03.2017, v.u.).

TJPA: “1. É cediço que a prática de novo crime, durante o curso do livramento condicional, autoriza a suspensão cautelar do benefício, consoante dispõe o artigo 145 da LEP e artigo 732 do Código de Processo Penal. 2. Além do que a configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos (LEP, art. 48, parágrafo único), entre eles: a regressão no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado (LEP, art. 118); Revogação em até 1/3 do tempo remido (LEP, art. 127).” (AgExecPn 2017.00275542-19 – PA, 1.<sup>a</sup> Turma de Direito Penal, rel. Maria Edwiges Miranda Lobato, 17.01.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** é recomendável que o juiz da execução penal *suspenda* o livramento condicional, fazendo o condenado retornar ao cárcere, pois, se não o fizer, há entendimento jurisprudencial no sentido de que, expirado o prazo do livramento, sem suspensão, está cumprida a pena – mesmo quando se apura infração penal do condenado em outro processo.

### **Art. 147**

STJ: “I – A orientação jurisprudencial da Quinta Turma deste Tribunal é no sentido de que não cabe execução provisória de penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedente). Agravo regimental desprovido.” (AgRg no RHC 77056 – PR, 5.<sup>a</sup> T., rel. Felix Fischer, 28.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** é interessante observar que o STF também mantém essa visão; no entanto, em decisão anterior, o referido STF decidiu que, após acórdão proferido em 2.<sup>o</sup> grau, já é possível executar a pena privativa de liberdade. Resta um paradoxo: se é viável iniciar o cumprimento de pena privativa de liberdade (mais grave), deveria ser igualmente possível cumprir a restritiva de direitos (mais branda).

## Art. 148

TJSP: “*Habeas Corpus*. Pedido de substituição da prestação de serviços à comunidade por multa. Alegação de incompatibilidade de tempo e de risco na perda do mandato de vereador. Inteligência do art. 148 da LEP que permita a adaptação da forma da pena substitutiva e não a sua natureza. Incompatibilidade de horários não comprovada e possibilidade de prestação de serviços em horários diversos. Ordem denegada.” (HC 2242649-06.2016.8.26.0000 – SP, 10.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal, rel. Francisco Bruno, 02.02.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** embora a execução da pena seja flexível, em função do princípio constitucional da sua individualização, não se pode acolher a completa mudança de pena, durante o cumprimento. Ofende-se a coisa julgada sem autorização legal. O art. 148 permite alterar a *forma* do cumprimento da pena restritiva de direitos mas não a sua *natureza*, como bem explorou o julgado supra.

## 15. RESUMO DO CAPÍTULO

**Guia de recolhimento:** é a peça inicial da execução penal, contendo todos os dados necessários para compreender o estado do sentenciado em relação ao crime cometido. Preceitua o art. 106: “a guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: I – o nome do condenado; II – a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; III – o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; IV – a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; V – a data da terminação da pena; VI – outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário. § 1.<sup>o</sup> Ao Ministério Público se dará ciência da guia de recolhimento. § 2.<sup>o</sup> A guia de recolhimento será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução, ou ao tempo de duração da pena. § 3.<sup>o</sup> Se o condenado, ao tempo do fato, era funcionário da administração da justiça

criminal, far-se-á, na guia, menção dessa circunstância, para fins do disposto no § 2.º do art. 84 desta Lei”.

**Regimes de cumprimento da pena:** há três regimes para o cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado, semiaberto e aberto. O regime fechado insere o sentenciado em presídio, onde há celas e vigilância, sem que se possa sair do local de modo desvigiado. O regime semiaberto é destinado a quem já pode conviver em colônias penais, onde há o alojamento coletivo e o trabalho é viável do lado externo. O regime aberto deveria ser cumprido em Casa do Albergado, onde o preso se recolheria durante a noite e nos fins de semana. Porém, à falta da Casa do Albergado, tem-se usado o regime da *prisão albergue domiciliar* (P. A. D.), similar ao art. 117 da LEP.

**Progressão da pena:** a individualização executória da pena impõe a flexibilidade no cumprimento da sanção penal. Diante disso, quem começa a cumprir a pena privativa de liberdade em regime fechado pode *progredir* para o regime semiaberto (colônia penal), estabelecimento onde há maior liberdade. Depois, pode o sentenciado pleitear o regime aberto, que deveria ocorrer em Casa do Albergado. Não havendo esta Casa, defere-se a prisão albergue domiciliar (P. A. D.), sem maior fiscalização.

**Remição:** trata-se do desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, conforme a proporção prevista em lei. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laboroterápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando a sua formação. Constituindo uma das finalidades da pena a reeducação, não há dúvida de que o trabalho e o estudo são fortes instrumentos para tanto, impedindo a ociosidade perniciosa no cárcere. Ademais, o trabalho constitui um dos deveres do preso (art. 39, V, LEP).

**Livramento condicional:** é um instituto de política criminal, destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade do condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições. É medida penal restritiva da liberdade de locomoção, que se constitui num benefício ao condenado e, portanto, consiste em um direito subjetivo de sua titularidade, integrando um estágio do cumprimento da pena.

**Monitoração eletrônica:** trata-se de uma faculdade do juiz a utilização do monitoramento eletrônico (tornozeleira eletrônica) para todos os casos viáveis. A situação concreta do sentenciado, a espécie de benefício pleiteado, o grau de confiabilidade do beneficiário e a estrutura de fiscalização da Vara de Execuções Criminais podem ser fatores determinantes para a indicação do monitoramento ou não. Por vezes, ilustrando, uma prisão domiciliar de pessoa idosa e enferma constitui cenário despropositado para o uso de vigilância indireta. Enfim, deve o juiz lançar mão da monitoração eletrônica em último caso, quando perceber a sua necessidade para fazer valer, de fato, as regras do benefício concedido.

**Regressão de regime:** dispõe o art. 118 que “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II – sofrer condenação, por

crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (art. 111). § 1.º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2.º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido, previamente, o condenado”.

**Penas restritivas de direitos:** nos termos do art. 147 da LEP, “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o juiz de execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”. A execução das penas restritivas de direitos, como se dá com a privativa de liberdade, inicia-se a execução, como regra, de ofício, sem necessidade de provocação do Ministério Público ou mesmo do condenado. Porém, há de se fazer um registro importante. Embora o art. 147 mencione poder o magistrado *requisitar* (exigir legalmente) a colaboração de entidades públicas ou *solicitá-la* (pedir, pleitear) a entidades particulares, essa referência se aplica, basicamente, à pena de prestação de serviços à comunidade.

**Suspensão condicional da pena (*sursis*):** trata-se de um instituto de política criminal, tendo por fim a suspensão da execução da pena privativa de liberdade, evitando o recolhimento ao cárcere do condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena não é superior a dois anos (ou quatro, se septuagenário ou enfermo), sob determinadas condições, fixadas pelo juiz, bem como dentro de um período de prova predefinido.

**Progressão  
de regimes**

Fechado

1/6 de cumprimento no regime fechado

+ mérito

Semiaberto

1/6 de cumprimento no regime semiaberto

+ mérito

Aberto

2/5 primários

3/5 reincidentes

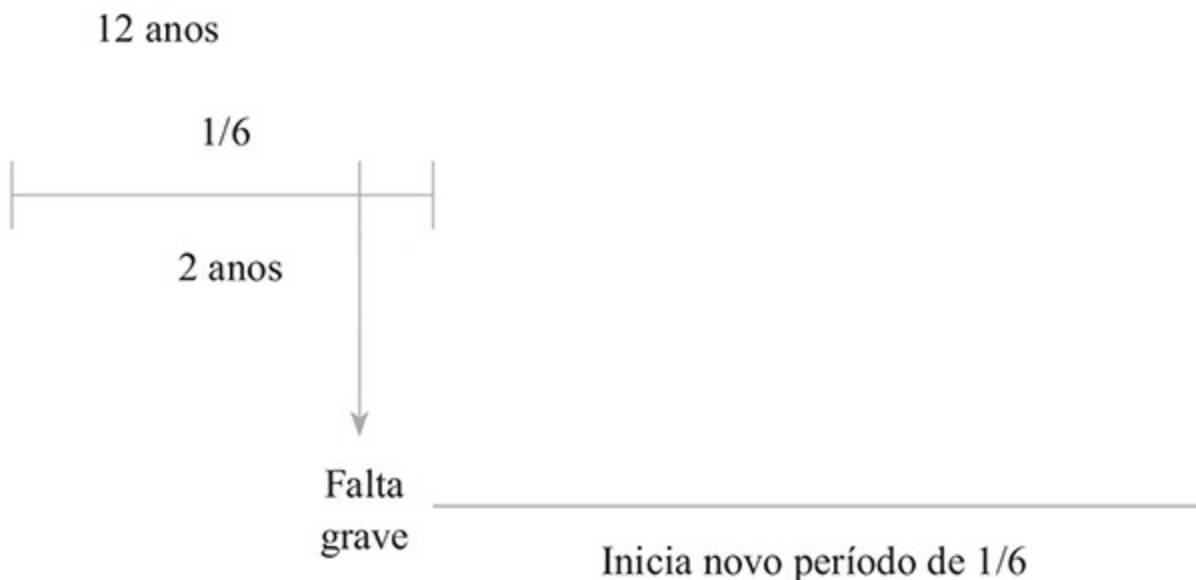
hediondos

idem

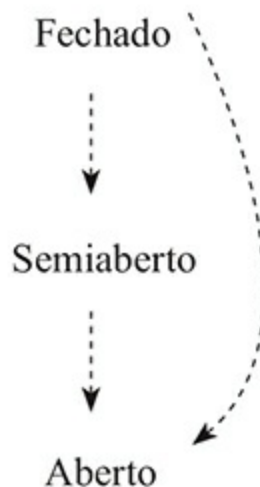
**Mérito:** atestado de boa conduta carcerária emitido pelo diretor do presídio. Pode o juiz exigir exame criminológico se for importante para formar o seu convencimento, em especial nos crimes violentos e hediondos



## PROGRESSÃO E FALTA GRAVE



PROGRESSÃO  
“POR SALTO”  
↓  
INADMISSÍVEL



Progressão por salto de fechado ao  
semiaberto (vedada pela Súmula 491 do  
STJ)

**Exceção:** o juiz defere o regime semiaberto e não alcança o regime almejado por falta de vagas. Ultrapassado muito tempo (+ de 1/3), é justo transferir o sentenciado ao regime aberto, pois não foi culpa dele a permanência no fechado, enquanto cumpria tempo para o aberto

**Regressão de regime  
(art. 118, LEP)**

- Praticar fato definido como crime doloso ou falta grave
- Sofrer condenação por crime anterior, cuja pena somada ao restante em execução torne incabível o regime
- Frustrar o pagamento de multa cumulativamente imposta

**Obs.:** a frustração do pagamento da multa, segundo alguns, não serve mais para a regressão, pois se tornou dívida ativa da Fazenda Pública a ser cobrada na esfera cível. É o que tem predominado.

**Saída temporária  
(quem está em semiaberto)  
(art. 122, LEP)**

- Visita à família
- Frequência a curso profissionalizante, fundamental, médio ou superior, no juízo de execução
- Participação em atividades que possibilitam o retorno ao convívio social

**Obs.:** pode haver monitoração eletrônica do condenado

**Obs. 2:** são garantidos até 7 dias por 5 vezes ao ano

**Remição**

**Desconto da  
pena pelo  
trabalho  
ou estudo  
(art. 126, LEP)**

- 1 dia de pena X 3 dias trabalhados ou 12 horas de estudo
- Jornada mínima de trabalho para remição: 6 horas
- Jornada mínima de estudo para remição por dia: 4 horas
- Trabalho ou estudo regulamentado pela direção do presídio
- Preso que conclua o ensino fundamental, médio ou superior receberá + 1/3 de remição
- Cumprimento de pena em regime aberto ou semiaberto (ou livramento condicional) pode remir pelo estudo
- Aplicar-se-á prisão cautelar

**Revogação do  
tempo remido  
(art. 127, LEP)**

- Em caso de falta grave, o juiz pode revogar até 1/3 de tempo remido
- 1/3 é o teto, mas comporta percentuais mais baixos
- O juiz deve fundamentar o “quantum” imposto
- Fatores para decidir o “quantum”: a) natureza; b) motivos; c) circunstâncias; d) consequências do fato; e) pessoa do faltoso e seu tempo de prisão (art. 57, LEP)

**Monitoração  
eletrônica  
(art. 146-B, LEP)**

- Saída temporária no regime semiaberto
- Prisão domiciliar

**Notas acerca do monitorado:**

- a) Deve receber visitas do servidor responsável pela monitoração
- b) Deve abster-se de remover, violar, modificar, danificar ou permitir que outrem o faça

**Violação dos deveres:**

- a) Possibilita a regressão de regime
- b) Pode levar à revogação da autorização de saída temporária
- c) Permite a revogação da prisão domiciliar
- d) Gera advertência por escrito, se outra medida não for aplicada

**PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO**

**Prestação  
de serviços à  
comunidade  
(art. 149, LEP)**

- a) para penas privativas de liberdade superiores a 6 meses
- b) prestar uma hora de serviço por dia de condenação
- c) ser designado o posto de trabalho conforme as aptidões do sentenciado, de modo a não prejudicar seu trabalho normal

**Limitação de fim  
de semana  
(art. 151, LEP)**

- a) recolhimento à Casa do Albergado aos sábados e domingos, por 5 horas diárias;
- b) nesse local, poderá participar de cursos e palestras ou atividades educativas

**Nota:** em caso de violência doméstica contra a mulher, o juiz pode determinar o comparecimento obrigatório a programas de recuperação (desintoxicação de drogas, por ex.) ou reeducação (conter a agressividade) nos períodos estipulados na alínea “a”.

**Prestação  
pecuniária**

- a) condenação em dinheiro (1 a 360 salários mínimos) à vítima ou à entidade social;
- b) o sentenciado deve ser intimado a efetuar o referido pagamento, em pecúnia, à vítima ou à entidade. Se não tiver dados de qualquer deles, pode depositar em juízo, que avisará o interessado;
- c) se o pagamento não for feito no prazo fixado pela intimação (normalmente 5 a 10 dias), há o descumprimento da pena alternativa;
- d) não cabe a conversão, pelo juiz, desse pagamento em entrega de cestas básicas, pois é pena inexistente no CP;
- e) se o sentenciado pleitear ao juiz a substituição do valor fixado em pecúnia em prestação de outra natureza como mão de obra para algum colher a sua aceitação (art. 45, § 2º, CP). Não havendo aceitação, a pena é considerada não cumprida com as consequências daí advindas.

**Obs.:** não há forma de execução fixada em lei (consultar o art. 45, §§ 1º e 2º, CP)

**Nota:** o valor pago, a título de prestação pecuniária, pode ser deduzido de eventual montante de indenização civil do dano, caso a vítima tenha pleiteado essa reparação no âmbito civil.



## **Perda de bens e valores**

**Obs.:** não há forma de execução prevista em lei (consultar o art. 45, § 3º, CP)

- a) na sentença condenatória, o juiz determina a perda de um bem ou valor, apontando-o e identificando-o;
- b) transitando em julgado, o juiz da execução deve intimar o sentenciado a depositar a quantia (se for em dinheiro) em conta do Fundo Penitenciário Nacional;
- c) cuidando-se de bem, como um carro, o sentenciado incumbe-se de vendê-lo, pelo preço de mercado, depositando o valor recebido em conta do Fundo Penitenciário Nacional;
- d) é importante observar que, em qualquer caso, não haverá execução forçada, com penhora de bens etc.;

É pena restritiva de direito e precisa ser cumprida espontaneamente.

## **Interdição temporária de direitos (art. 154, LEP)**

- a) proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como mandato eletivo (art. 47, I, CP) e proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial de licença ou autorização do poder público (art. 47, II, CP)  
Em ambos os casos, depende de cessação da atividade.  
No caso de atividade pública, o juiz oficia ao órgão público comunicando o tempo de interdição. Em 24 horas, a autoridade administrativa, após receber o ofício, deve baixar ato para aplicar a interdição. Na hipótese de atividade privada, o magistrado intima o sentenciado a entregar o documento de sua habilitação profissional (ex.: carteira da OAB), mas deve também oficiar aos Conselhos e Classe (OAB, CRM etc.) e locais onde o condenado trabalhava, comunicando o prazo da interdição;
- b) a suspensão da habilitação para dirigir veículo não mais é regida pelo art. 47, III, do Código Penal, mas pelo Código de Trânsito Brasileiro. A autorização para dirigir veículo dependerá da apreensão feita pelo juiz (art. 154, § 2º, LEP);
- c) a proibição de frequentar lugares exige uma intimação do juiz para que o sentenciado compareça em juízo a fim de ser advertido acerca dos lugares em relação aos quais não deve frequentar. Por óbvio, trata-se de uma pena alternativa inócua por falta de efetividade e fiscalização;
- d) a proibição de inscrever-se em concurso público depende de intimação do sentenciado para que não o faça durante certo período.

## SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA

PENA APLICADA NÃO SUPERIOR A DOIS ANOS



Suspensão de dois a quatro anos



“sursis” simples  
condições do art. 78, § 1º, CP

“sursis” especial  
condições do art. 78, § 2º, CP

**Nota:** não existe mais o “sursis” incondicionado

Audiência admonitória  
(art. 160, LEP)



O juiz adverte o sentenciado acerca  
das condições e do eventual  
descumprimento, bem como pelo  
cometimento de nova infração penal

**Obs.:** se intimado da audiência admonitória (pessoalmente ou por edital com prazo de 20 dias), não comparecendo, o “sursis” ficará sem efeito.

<sup>1</sup> *Em defesa do exame criminológico*, p. 3.

<sup>2</sup> Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho, *Exame criminológico, parecer da CTC e a nova Lei 10.792/2003*, p. 3.

<sup>3</sup> *Conceito de mérito, no andamento dos regimes prisionais*, p. 153.



Capítulo X

## Da execução das medidas de segurança

### 1. DISPOSIÇÕES GERAIS

---

“Ninguém será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou submetido a tratamento ambulatorial, para cumprimento de medida de segurança, sem a guia expedida pela autoridade judiciária” (art. 172, LEP). Para que não se perca o controle sobre quem está internado, por quanto tempo e sob ordem de que autoridade, é fundamental a emissão de guia de internamento pela autoridade judiciária competente. Lembremos, no entanto, que outros documentos podem existir, fornecendo base legal para a internação em Hospital de Custódia e Tratamento.

Atualmente, não mais existe a denominada *medida de segurança provisória*, eliminada após a Reforma Penal de 1984. Entretanto, a lacuna havida neste contexto foi suprida pelo advento da Lei 11.403/2011, que criou a medida de internação provisória (art. 319, VII, CPP); portanto, o juiz expede um mandado de internação provisória, que substitui a guia de internamento. Lembremos que esse hospital não é comum, mas um estabelecimento penal (antigo manicômio judiciário), que somente recebe pessoas doentes mentais autoras de fatos criminosos.

“Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução” (art. 171, LEP), que deverá ter o seguinte conteúdo: “I – a qualificação do agente e o número do registro geral do órgão oficial de identificação; II – o inteiro teor da denúncia e da sentença que tiver aplicado a medida de segurança, bem como a certidão do trânsito em julgado; III – a data em que terminará o prazo mínimo de internação, ou do tratamento ambulatorial; IV – outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento ou internamento. § 1.º Ao Ministério Público será dada ciência da guia de recolhimento e de sujeição a tratamento. § 2.º A guia

será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao prazo de execução” (art. 173, LEP).

O conteúdo da guia de internação ou tratamento ambulatorial constitui não somente a *petição inicial* da execução penal, como a comunicação formal e detalhada à autoridade administrativa, responsável pela internação e tratamento do agente, acerca do teor da sentença (medida de segurança aplicada, duração mínima, espécie etc.). Deve conter todos os dados descritos nos incisos do art. 173, acompanhada das cópias das peças que instruíram o processo principal, de onde se originou a absolvição imprópria, com imposição da medida. Os detalhes, em especial quanto às datas (fato, sentença, acórdão, trânsito em julgado etc.), são úteis para o cálculo da prescrição, uma das primeiras providências a ser tomada pelo juiz da execução penal. Não há sentido em se providenciar a execução de medida de segurança prescrita.

Além dos erros materiais que possa conter e merecerem ser corrigidos, altera-se a guia sempre que houver alguma modificação provocada por outros fatores, como, por exemplo, o provimento a um recurso do MP (no caso de guia de internação provisória) ou o deferimento de uma ação de revisão criminal (proposta pelo agente, após o trânsito em julgado), que altere a medida de segurança em qualquer dos seus aspectos.

Ao agente sujeito a medida de segurança torna-se importante realizar o exame criminológico para avaliar o seu grau de periculosidade (art. 8.º, LEP), auxiliando, pois, os médicos a realizar, no futuro, o exame de cessação da periculosidade. Se possível, haverá a interferência da Comissão Técnica de Classificação, colhendo outros dados a seu respeito (art. 9.º, LEP).

## **2. A CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE**

---

O inimputável não sofre juízo de culpabilidade, embora com relação a ele se possa falar em periculosidade (um estado duradouro de antissociabilidade de origem subjetiva). Quanto mais fatos criminosos o inimputável cometa, mais demonstra a sua antissociabilidade. A periculosidade pode ser *real* ou *presumida*. É real quando há de ser reconhecida pelo juiz, como acontece nos casos de semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP). Para aplicar uma medida de segurança ao semi-imputável, o magistrado precisa verificar, no caso concreto, a existência de periculosidade. É presumida quando a própria lei a afirma, como ocorre nos casos de inimputabilidade (art. 26, *caput*, CP). Nesse caso, o juiz não necessita demonstrá-la, bastando concluir que o inimputável praticou um injusto (fato típico e antijurídico) para aplicar-lhe a medida de segurança.

Por outro lado, em comparação, o imputável sofre juízo de reprovação (culpabilidade), merecendo receber em contraposição ao crime praticado a sanção penal denominada pena. A essencial diferença entre as duas situações é que o imputável tem consciência, ao menos potencial, da ilicitude, enquanto o inimputável não consegue vislumbrar a diferença entre o lícito e o ilícito, pautando-se apenas por atos voluntários e conscientes, porém impossíveis de sofrer um juízo de censura.



Segundo dispõe o art. 97, § 1.º, parte final, do Código Penal, o juiz deve determinar a internação ou o tratamento ambulatorial pelo prazo mínimo de um a três anos. A avaliação e a opção pelo prazo observarão os critérios de periculosidade do agente, baseados no fato cometido e na enfermidade mental ou perturbação apresentada. Portanto, um homicídio cometido de maneira cruel, por doente mental, pode levar o magistrado a impor o mínimo de três anos de internação. Entretanto, um homicídio culposo, praticado por quem padece de enfermidade considerada controlável, pode ser posto em tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de um ano.

Preceitua o art. 175 da LEP o seguinte procedimento para verificar a cessação da periculosidade: “será averiguada no fim do prazo mínimo de duração da medida de segurança, pelo exame das condições pessoais do agente, observando-se o seguinte: I – a autoridade administrativa, até 1 (um) mês antes de expirar o prazo de duração mínima da medida, remeterá ao juiz minucioso relatório que o habilite a resolver sobre a revogação ou permanência da medida; II – o relatório será instruído com o laudo psiquiátrico; III – juntado aos autos o relatório ou realizadas as diligências, serão ouvidos, sucessivamente, o Ministério Público e o curador ou defensor, no prazo de 3 (três) dias para cada um; IV – o juiz nomeará curador ou defensor para o agente que não o tiver; V – o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, poderá determinar novas diligências, ainda que expirado o prazo de duração mínima da medida de segurança; VI – ouvidas as partes ou realizadas as diligências a que se refere o inciso anterior, o juiz proferirá a sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias”.

Desse modo, um mês antes de expirar o prazo mínimo de duração da medida de segurança, a autoridade administrativa (diretor do hospital de custódia e tratamento) deve remeter ao juiz da execução penal um relatório detalhado do paciente, fornecendo um histórico completo da sua situação, desde que ingressou no nosocômio até aquele momento. Juntamente com esse relatório, é preciso anexar o laudo psiquiátrico, onde efetivamente constará a análise médica, sugerindo a manutenção da periculosidade ou a afirmando a sua cessação. É com base, essencialmente, nesse parecer médico que o magistrado decidirá acerca da liberação do internado ou da pessoa submetida a tratamento ambulatorial. O laudo não pode demorar abusivamente para ser emitido, sob pena de gerar constrangimento ilegal.

Esse laudo deve ser assinado por um perito oficial, nos termos do art. 159, *caput*, do Código de Processo Penal. No caso de internação e tratamento ambulatorial, não vemos como aplicar o disposto no art. 159, § 1.º, do CPP, em relação à nomeação de pessoas leigas e idôneas, embora com diploma em curso superior. Deve ser sempre médico o perito, em função da especificidade do exame realizado. Pode haver a assistência de médico particular, conforme art. 43 da LEP. Embora critiquemos essa postura autorizada pelo legislador, há viabilidade legal para que um médico particular influa na avaliação psiquiátrica do interno ou submetido a tratamento ambulatorial, tanto assim que o art. 43, parágrafo único, desta Lei, prevê a possibilidade de resolução da divergência pelo juiz.

Respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, na avaliação da cessação da periculosidade outros interessados devem ser, necessariamente, ouvidos. O Ministério Público, como órgão fiscalizador principal da execução penal, terá vista dos autos. Após, ouve-se a defesa técnica do agente internado ou submetido a tratamento. A lei menciona, alternativamente, a oitiva do curador, porque, quando do incidente para apurar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade (art. 149, § 2.º, CPP), o juiz deve ter nomeado ao réu um curador. Porém, na prática, o curador nomeado é sempre o advogado que já o defende (constituído ou dativo). Assim também ocorrerá na execução penal, vale dizer, não há necessidade de se ouvir o curador, pois este faria as funções de *defensor* do réu, agora submetido a medida de segurança. Basta, portanto, a manifestação do defensor.

Se o interno ou submetido a tratamento não possuir defensor (ou curador), o juiz lhe garantirá a nomeação de um. Normalmente, estruturam-se os Estados para manter defensores públicos vinculados às Varas de Execução Penal para suprir essas deficiências.

A duração mínima da medida de segurança não equivale à pena aplicada ao imputável. Esta, quando findar, não admite qualquer tipo de prorrogação, devendo ser colocado o condenado imediatamente em liberdade. Entretanto, tendo em vista que a medida de segurança não tem prazo determinado, ultrapassado o mínimo imposto pelo juiz, nada impede que outras diligências, além do relatório e do laudo psiquiátrico, possam ser realizadas. Lembremos, ainda, que, confirmada a manutenção da periculosidade, a medida de segurança será prorrogada indefinidamente, muito embora se promova, anualmente, um exame para a reavaliação do caso.

Permite-se a antecipação do exame de cessação de periculosidade, conforme previsto pelo art. 176: “em qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento fundamentado do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, ordenar o exame para que se verifique a cessação da periculosidade, procedendo-se nos termos do artigo anterior”. O prazo mínimo fixado pelo juiz não é estanque, de modo que seja compulsoriamente observado. Na verdade, cuida-se de uma referência para o tratamento realizar-se. Em casos mais sérios, aguarda-se pelo menos três anos para avaliar o paciente. Em outras situações, pode-se fazer o mesmo em um ou dois anos. Porém, advindo súbita melhora – por vezes, em razão da aplicação de novas drogas –, é possível antecipar a realização do exame de cessação de periculosidade, desde que alguém provoque o juízo da Execução Penal (MP, internado ou submetido a tratamento, seu procurador ou seu defensor).

Há, também, a possibilidade de o administrador do hospital ou do médico do paciente empreender essa provocação. O importante é ter em vista que a medida de segurança tem por finalidade a *cura* do agente e não a sua punição, motivo pelo qual a sua liberação eventual *antes* do prazo mínimo não destoia da finalidade dessa espécie de sanção penal.

Realizado o primeiro exame de cessação de periculosidade e constatada a sua manutenção, o interno ou aquele que estiver em tratamento continuará submetido à medida de segurança. Anualmente, far-se-ão exames sucessivos, observando-se o disposto no art. 175 da LEP.

Constatada, por perícia médica, a cessação de periculosidade, após o prazo mínimo fixado pelo juiz ou depois do tempo que for necessário para a eficácia do tratamento, ocorrerá a desinternação (para os que estiverem em medida detentiva) ou a liberação (para os que estiverem em tratamento ambulatorial). É preciso destacar que tanto a desinternação como a liberação serão sempre condicionais.

Durante um ano, ficará o agente sob prova; caso pratique algum ato indicativo de sua periculosidade – que não precisa ser um fato típico e antijurídico –, poderá voltar à situação anterior. Normalmente, faz-se o controle mediante análise da folha de antecedentes do liberado, pois não há outra forma de acompanhamento mais eficaz. E, havendo a desinternação ou a liberação do tratamento ambulatorial, fica o agente em observação por um ano, sujeitando-se, como determina o art. 178 da Lei de Execução Penal, às condições do livramento condicional (arts. 132 e 133, LEP): a) *obrigatórias*: obter ocupação lícita; comunicar ao juiz sua ocupação, periodicamente; não mudar do território da comarca; b) *facultativas*: não mudar de residência, sem prévia comunicação; recolher-se à habitação no horário fixado; não frequentar determinados lugares.

Tema que se tornou relevante diz respeito à desinternação progressiva. Prevê a lei penal que o tratamento ambulatorial pode ser convertido em internação, caso essa providência seja necessária para *fins curativos*. Nada fala, no entanto, quanto à conversão da internação em tratamento ambulatorial, o que se nos afigura perfeitamente possível. Muitas vezes, o agente pode não revelar periculosidade suficiente para ser mantido internado, mas ainda necessitar de um tratamento acompanhado.

Assim, valendo-se, por analogia, da hipótese prevista no art. 97, § 4.º, do Código Penal, pode o magistrado determinar a desinternação do agente para o fim de se submeter a tratamento ambulatorial, que seria a *conversão* da internação em tratamento ambulatorial. Leia-se, uma autêntica *desintegração progressiva*. Não é, pois, o método de desinternação previsto no art. 97, § 3.º, do Código Penal, porque cessada a periculosidade, porém se destina à continuidade dos cuidados médicos, sob outra forma. Essa medida torna-se particularmente importante, porquanto existem vários casos em que os médicos sugerem a desinternação, para o bem do próprio doente, embora sem que haja a desvinculação do tratamento médico obrigatório. Ora, o art. 178 da Lei de Execução Penal é claro ao determinar que, havendo desinternação ou liberação, devem ser impostas ao apenado as condições obrigatórias e facultativas do livramento condicional (arts. 132 e 133, LEP). Ocorre que nenhuma delas prevê a possibilidade de se fixar, como condição, a obrigação de continuar o tratamento ambulatorial, após ter sido desinternado.

Dessa forma, o melhor a fazer é converter a internação em tratamento ambulatorial, pelo tempo que for necessário à recuperação, até que seja possível, verificando-se a cessação da periculosidade, haver a liberação condicional. Essa metodologia terminou por predominar em muitas Varas de Execução Penal, em experiência pioneira implantada na de São Paulo. Ilustrando: a decisão do magistrado José Antonio Colombo, no processo n. 358.442, de um sentenciado internado há quase 7

anos, na Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, que, submetido a exame de cessação de periculosidade, teve sugerida a desinternação com aplicação de tratamento ambulatorial pelos peritos. Nesse prisma, por entender contraditória a decisão que declarasse cessada a periculosidade, mas, ao mesmo tempo, impusesse tratamento ambulatorial, deliberou o juiz converter a medida de internação na mais branda, consistente em tratamento ambulatorial.

Ademais, em reunião realizada no dia 26 de abril de 2001, no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Prof. André Teixeira Lima, de Franco da Rocha, com a participação de autoridades da área (juiz, promotor, procurador do Estado e diretores técnicos), foi deliberado que, para a progressão do regime de internação para o tratamento ambulatorial, devem os peritos, que examinem o internado, concluir pela cessação da periculosidade, embora seja recomendável o prosseguimento do acompanhamento com equipe técnica de saúde mental. Assim, os juízes das execuções penais poderiam viabilizar a colocação do internado em tratamento ambulatorial.

Preceitua o art. 179 da LEP que “transitada em julgado a sentença, o juiz expedirá ordem para a desinternação ou a liberação”. Portanto, contra a decisão de desinternação ou liberação do paciente, cabe agravo por parte do Ministério Público, com efeito suspensivo, de modo que a efetiva desinternação ou liberação somente ocorrerá com o trânsito em julgado. Por outro lado, não é demais lembrar que indeferida a desinternação ou liberação também cabe agravo, agora por parte da defesa (e mesmo do MP, em favor do agente), mas sem efeito suspensivo.

### **3. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA**

---

#### **Art. 176**

TJMG: “A aplicação de medida de segurança nada mais é do que a resposta penal ao injusto cometido pelo agente considerado inimputável e possui caráter preventivo e curativo. – Em casos excepcionais é admitida a substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial, mesmo quando a pena cominada ao delito for de reclusão, ainda mais quando inexistir no laudo técnico recomendação da internação. – Conquanto o art. 97, *caput*, do CPB estabeleça que a medida de segurança para réu inimputável, em caso de crime punido com reclusão, seja a internação, não há óbice para a submissão do agente a tratamento ambulatorial quando as circunstâncias do caso concreto e a ausência de informação quanto à periculosidade indicarem ao juiz ser esta medida suficiente. – O tratamento manicomial, de acordo com a nova Reforma Psiquiátrica, está em desuso, por ser medida inadequada e de pouca eficiência para a recuperação do portador de sofrimento mental. – A teor do artigo 176 da LEP, antes do final do tempo fixado na decisão pode ser realizado exame pericial para a verificação da necessidade ou não da manutenção da internação. – Recurso provido.” (Ap. Crim. 1.0024.15.188395-6/00 – MG, 2ª Câmara Criminal, rel. Nelson Missias de Moraes, 13.10.2016).

**Comentário do autor:** o art. 97 do Código Penal disciplina dever ocorrer internação, quando o “crime em tese” cometido pelo acusado seja punido com reclusão; pode haver internação ou tratamento ambulatorial, quando punido por detenção. Esse artigo é muito criticado, porque vincula a medida de segurança à espécie de pena prevista abstratamente no tipo. Ora, o acusado doente mental será absolvido e a ele imposta medida de segurança – e não pena. Portanto, o correto deve ser a observação do que narra o perito (médico) sobre a enfermidade mental do sujeito, recomendando a internação ou o tratamento ambulatorial. O julgado supramencionado encontra-se nessa linha, que hoje é a dominante.

## **Art. 178**

TJSP: “Agravado em execução penal. Medida de segurança. Internação. Laudo que constata a aparente cessação da periculosidade. Desinternação deferida, mas condicionada à submissão a tratamento ambulatorial. Possibilidade. Desinternação que é sempre condicional, aplicando-se, nos termos do art. 178 da LEP, o regramento do livramento condicional. Rol de condições meramente exemplificativo e sujeito à adequação, pelo Juiz das Execuções, às exigências do caso concreto. Medida recomendável no caso, de acordo com as condições concretas da agravante, observado seu quadro clínico e natureza do crime perpetrado. Recurso desprovido.” (AgExec Penal 9002299-79.2016.8.26.0050 – SP, 1ª Câmara de Direito Criminal, rel. Diniz Fernando, 24.04.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado encontra-se em perfeita harmonia com a nova forma de executar a medida de segurança, surgida na jurisprudência, que simboliza a *progressão* da internação para o tratamento ambulatorial, quando assim recomende o perito. A LEP prevê somente a internação para a completa liberdade ou o tratamento ambulatorial para a liberdade; deve-se chegar no meio-termo, que é o ideal: nem internação, nem liberdade, mas tratamento ambulatorial.

## **4. RESUMO DO CAPÍTULO**

---

**Medida de segurança:** é a sanção penal destinada ao inimputável ou ao semi-imputável, consistente em encaminhar o sentenciado a processos de cura – e não de reprimenda. A medida de segurança envolve a internação ou o tratamento ambulatorial.

**Cessação de periculosidade:** é o controle do estado mental do condenado, a fim de se saber, por laudo pericial, se o indivíduo continua seu estado de antissocialidade, capaz de oferecer perigo à sociedade, ou não.

## MEDIDA DE SEGURANÇA

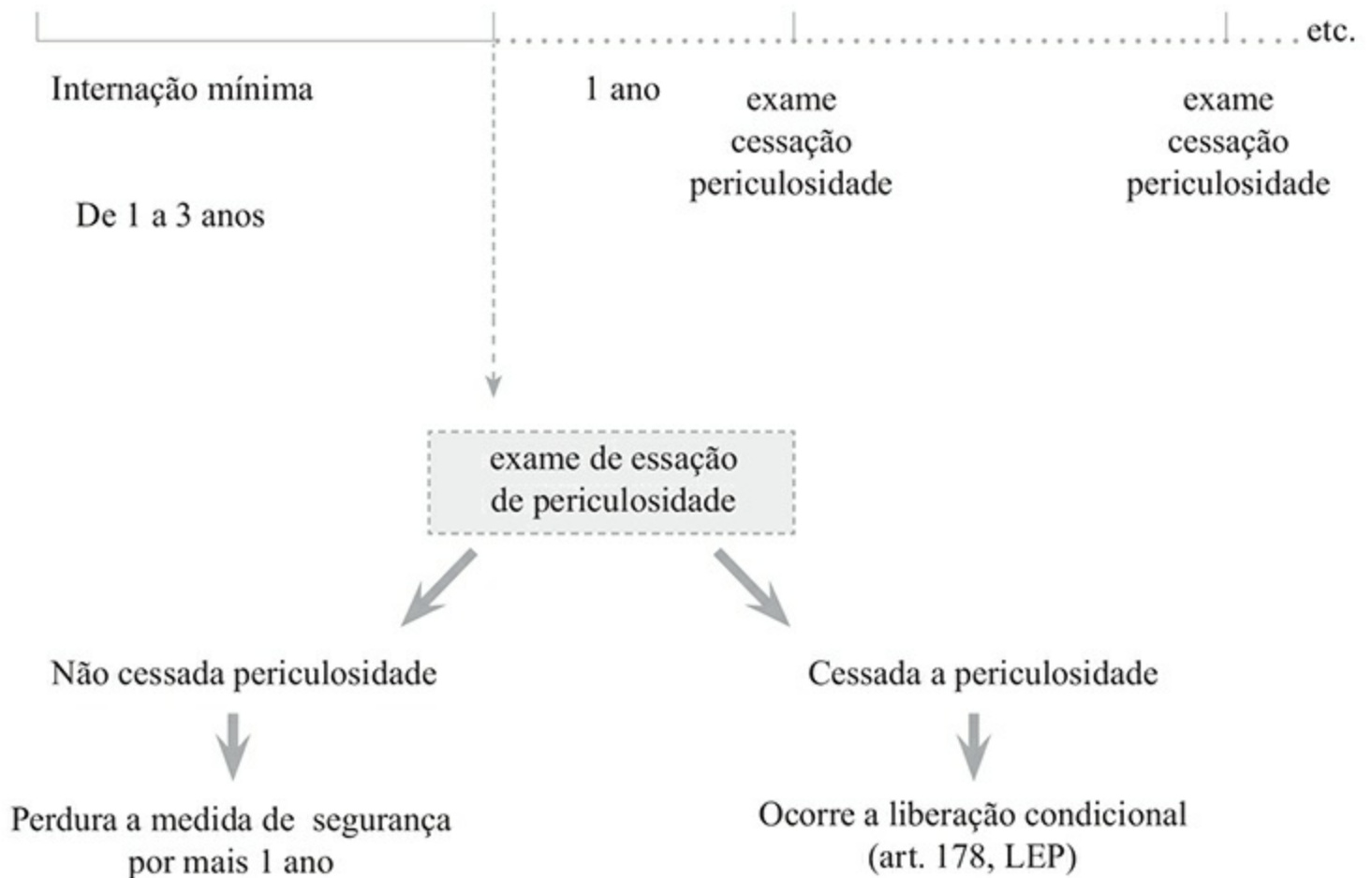
Espécies

Internação (art. 173, LEP)

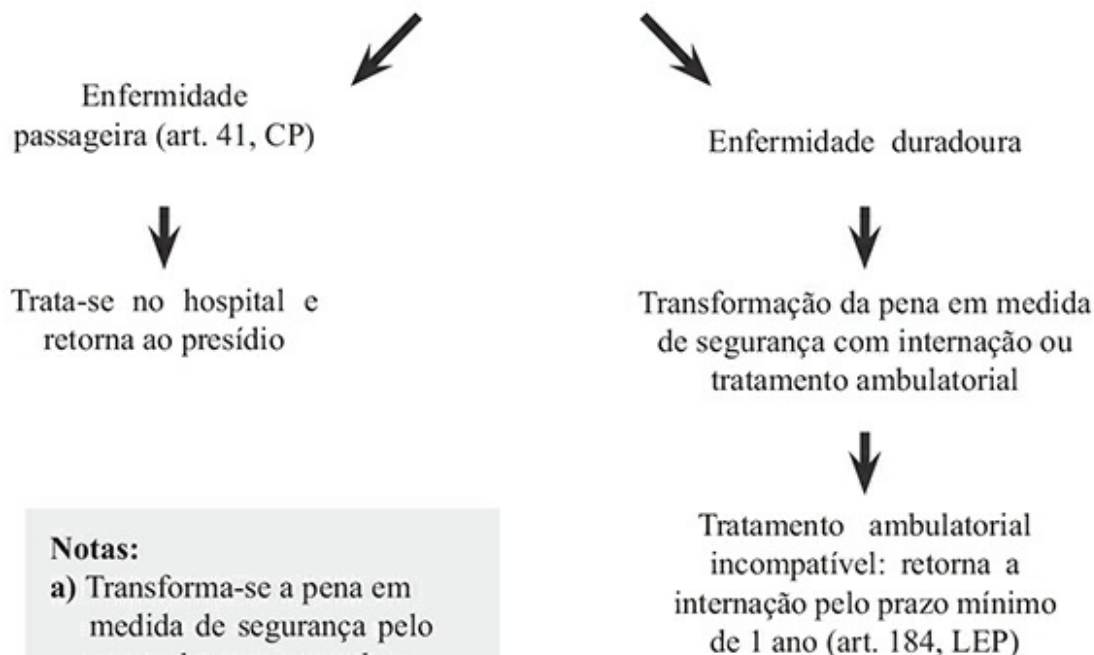
Tratamento ambulatorial

**Nota:** ninguém será internado sem a expedição de guia para a execução pela autoridade judiciária

Cessação de periculosidade (art. 175, LEP)



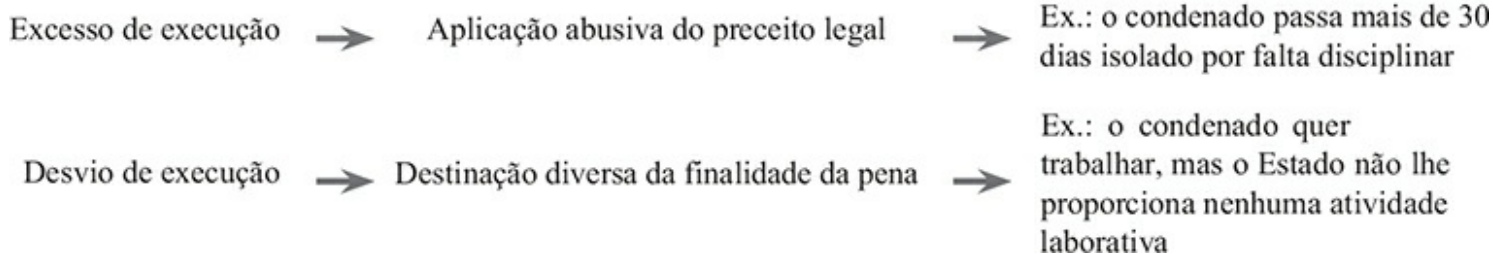
## DOENÇA MENTAL OU PERTURBAÇÃO DE SAÚDE MENTAL NO CURSO DA EXECUÇÃO PENAL (art. 183, LEP)



### Notas:

- a) Transforma-se a pena em medida de segurança pelo prazo da pena, quando a doença advém após o início de cumprimento da pena. Ex.: condenado a 15 anos, após 5 anos, advém doença mental. Terá 10 anos de medida de segurança a cumprir. Depois, trata-se de questão civil;
- b) A medida de segurança imposta na sentença tem prazo certo? Pela lei, o prazo é indeterminado. Porém, há decisões do STF impondo o prazo máximo de 30 anos nos termos do art. 75 do CP aplicado por analogia.

## EXCESSO E DESVIO DE EXECUÇÃO (art. 185, LEP)









## Capítulo XI

# Dos incidentes de execução

## 1. AS CONVERSÕES

---

Os incidentes processuais são as questões e os procedimentos secundários, que incidem sobre o procedimento principal, merecendo solução antes da decisão da causa ser proferida, quando tratamos do processo penal de conhecimento. Na execução, não há de ser diferente. Há questões e procedimentos secundários à execução da pena principal, merecedores de solução antes que esta termine. São os *incidentes de execução*. Podem ser nominados ou inominados. Os constantes dos capítulos I (conversões), II (excesso ou desvio) e III (anistia e indulto) do Título VII desta Lei são os nominados. Há outros que podem ocorrer, embora sem expressa menção da Lei de Execução Penal como tais (ex.: o incidente de unificação de penas).

## 2. CONVERSÕES POSITIVA E NEGATIVA

---

Dispõe o art. 180 da LEP que “a pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser convertida em restritiva de direitos, desde que: I – o condenado a esteja cumprindo em regime aberto; II – tenha sido cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena; III – os antecedentes e a personalidade do condenado indiquem ser a conversão recomendável”. Constitui a forma positiva de conversão de penas, durante a fase de execução.

A previsão feita no art. 180 desta Lei é, para muitas situações, inútil. Em primeiro lugar, quem foi condenado a pena privativa de liberdade não superior a dois anos, como regra, já obteve

benefícios penais na sentença condenatória (ex.: substituição por pena restritiva de direitos ou *sursis*). Imaginando-se não ter conseguido nenhum benefício, nessa ocasião, ainda poderia auferir alguma vantagem durante o cumprimento da pena. Mas, surge o segundo obstáculo: o condenado precisa estar inserido no regime aberto.

Ora, se considerarmos o cumprimento da pena em prisão albergue domiciliar, sem qualquer fiscalização efetiva, como ocorre na maior parte das comarcas brasileiras, não há vantagem alguma nessa conversão. O sentenciado deixaria o conforto da sua vida rotineira (lembremos que sua prisão é domiciliar, em período noturno ou de folga do trabalho e sem supervisão estatal) para passar, por exemplo, a uma prestação de serviços à comunidade, o que lhe tomaria pelo menos sete horas semanais de exercício de tarefas gratuitas a entidades sociais. Por uma questão de lógica, prefere o condenado permanecer no tranquilo regime aberto sem se empenhar em nada de proveitoso para a comunidade. Entretanto, onde houver casa do albergado, pode ser vantajosa a conversão em pena restritiva de direitos. Depende, pois, do caso concreto.

São requisitos objetivos para a conversão: a) *pena privativa de liberdade não superior a dois anos* (art. 180, *caput*). Não deixa claro o texto legal se a pena de dois anos precisa ser fixada na sentença condenatória ou, simplesmente, ser o montante atual em cumprimento pelo condenado. *In dubio pro reo*. Assim, parece-nos que qualquer que seja o montante da pena aplicada na decisão condenatória, tão logo atinja os dois anos, permite-se, associando-se aos demais requisitos, a conversão proposta neste artigo. Ex.: condenado a seis anos de reclusão, iniciando no regime fechado, passando pelo semiaberto, quando atingir a marca dos dois anos de pena faltante, estando no regime aberto, em que já cumpriu, pelo menos um quarto, pode pleitear a conversão para pena restritiva de direitos; b) *cumprimento em regime aberto* (art. 180, I). O condenado precisa estar inserido no mais brando dos regimes, o que significa, na prática, já gozar de liberdade, ao menos durante boa parte do seu dia; c) *cumprimento de, no mínimo, um quarto da pena* (art. 180, II). Parece-nos razoável associar esse requisito ao anterior, vale dizer, torna-se necessário que o sentenciado cumpra, ao menos, um quarto da pena *no regime aberto*. Ainda que ele já tenha cumprido dois terços do total da pena em outros regimes (fechado e semiaberto), soa-nos indispensável, para testar sua autodisciplina e senso de responsabilidade, que cumpra um quarto no regime aberto. Após, pode-se converter a privativa de liberdade em restritiva de direitos pelo tempo remanescente da pena.

São requisitos subjetivos: a) *análise dos antecedentes*. Deve o juiz verificar os antecedentes criminais do condenado. Se forem muitos, advindos de delitos dolosos e graves, pode negar-lhe a conversão; b) *análise da personalidade*. Sentenciados de boa índole – o que pode ser atestado pela Comissão Técnica de Classificação, nas periódicas avaliações feitas – merecem maior chance de afastamento de qualquer forma de prisão, ainda que aberta.

Por outro lado, prevê o art. 181 a forma negativa de conversão, autorizando a transformação da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Além do preceituado no referido art. 181,

respeita-se o disposto no art. 44, §§ 4.º e 5.º, do Código Penal.

*In verbis*, estabelece o art. 181 da LEP: “a pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal. § 1.º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: *a*) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital; *b*) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; *c*) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; *d*) praticar falta grave; *e*) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa. § 2.º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras *a*, *d* e *e* do parágrafo anterior. § 3.º A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras *a* e *e* do § 1.º deste artigo”.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos foi um benefício conseguido pelo agente na sentença condenatória. Não é cabível decepcionar o Estado, que confiou na sua condição moral e na sua responsabilidade para cumpri-la, sem necessidade da utilização de qualquer mecanismo de coerção. Assim não ocorrendo, a única alternativa viável é a conversão em privativa de liberdade novamente. Faz-se da forma estabelecida no art. 44, § 4.º, do Código Penal (a menção ao art. 45 feita no *caput* do art. 181 dizia respeito a momento anterior à edição da Lei 9.714/98, que alterou sua redação).

Portanto, no cálculo da pena privativa de liberdade, fruto da conversão, deduz-se o tempo de pena restritiva de direitos já cumprido, respeitando-se um saldo mínimo de 30 dias de detenção ou reclusão, conforme o caso.

Sobre o não atendimento ao cumprimento da prestação de serviços à comunidade, transitando em julgado a sentença condenatória, é medida consequencial o chamamento do réu para dar início ao cumprimento da pena restritiva de direitos imposta (art. 149, II, LEP). A intimação poderá ser providenciada pelo juiz da condenação ou da execução penal, conforme a organização judiciária local. Entretanto, não sendo encontrado no endereço constante dos autos, porque o alterou sem a necessária comunicação, será intimado por edital, de maneira ficta.

O não atendimento equivale ao descumprimento, justificando a conversão em pena privativa de liberdade, com expedição do mandado de prisão. É evidente que, encontrado posteriormente, ainda que em decorrência de prisão, dispondo-se, de imediato, a cumprir a pena restritiva de direitos, soa-nos razoável o restabelecimento do benefício, afinal, não houve falta grave ou cometimento de outro crime, obstáculos mais que justificáveis para a sua cassação.

Intimado a prestar o serviço no lugar que lhe for designado, o não comparecimento, sem motivo justo, implica, igualmente, o descumprimento da pena alternativa, dando margem à conversão. É

fundamental, nessa hipótese, ouvir o condenado *antes* da efetivação da prisão. Afinal, pode ele oferecer um motivo razoável para não ter comparecido, dispondo-se a fazê-lo prontamente.

A recusa em prestar o serviço, sem motivo justo, é causa de conversão. Porém, atividades humilhantes ou que impliquem esforço excessivo, configurando autêntico *trabalho forçado* ou *cruel*, estão completamente fora do parâmetro das penas restritivas de direitos. Por isso, a recusa do condenado pode apresentar motivação razoável. Ouvindo-o, previamente, terá o juiz condições de decidir, com prudência, acerca da necessidade de conversão, ou optar pela atribuição de outra tarefa, possivelmente em lugar diverso.

Quanto à prática de falta grave, estão elas descritas no art. 51 desta Lei, embora as previstas nos incisos I e II sejam, na essência, reiterações do disposto na alínea *c* do art. 181, § 1.º, ora em comento.

Se o condenado a cumprir pena restritiva de direitos terminar recebendo pena privativa de liberdade cuja execução não foi suspensa, por exemplo pela concessão de *sursis*, é natural que, em regime carcerário, não possa exercer a contento a prestação de serviços à comunidade. Entretanto, em alguns casos excepcionais, tal possibilidade se daria. Imagine-se alguém condenado a pena privativa de liberdade e inserido no regime aberto. Poderia encontrar algum período do seu dia ou do fim de semana, autorizado pelo juiz da execução penal, a cumprir a referida prestação de serviços à comunidade.

A conversão pode não atender aos reclamos da política criminal de reeducação, buscada pelo Estado, durante o cumprimento da pena, evitando-se o encarceramento, quando inútil.

No tocante à conversão da pena de limitação de fim de semana, o § 2.º apenas acrescentou algumas peculiaridades. Estabeleceu ser causa de conversão o não comparecimento à casa do albergado ou lugar alternativo, designado pelo juiz da execução penal (logicamente, sem motivo justo), bem como a recusa ao exercício de atividade nesse recinto (igualmente, sem razão justificável). Vale, sempre, ouvir o condenado *antes* de se determinar a conversão.

Sobre a conversão da pena de interdição temporária de direitos, valendo-se, ainda, do disposto no § 1.º, acresceram-se no § 3.º as particularidades dessa espécie de pena. É mais do que óbvio que o exercício de atividade da qual está impedido, sem motivo justo, implica descumprimento da medida (exemplo de motivo razoável: o médico, impedido de clinicar, atende um paciente em emergência).

Quanto à prestação pecuniária, basta intimar o sentenciado a depositar o seu valor em favor da vítima ou de entidade assistencial. Se não houver cumprimento espontâneo, deve-se converter para pena privativa de liberdade.

No tocante à perda de bens e valores, o mesmo deve dar-se. Intima-se o condenado a entregar o bem ou valor. Se não o fizer espontaneamente, cabe a conversão em pena privativa de liberdade.

### **3. CONVERSÃO DA PENA EM MEDIDA DE SEGURANÇA**

Estipula o art. 183 da LEP: “quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança”.

Nesse contexto, é preciso distinguir duas hipóteses:

- a) se o condenado sofrer de doença mental, não se tratando de enfermidade duradoura, deve ser aplicado o disposto no art. 41 do Código Penal, ou seja, transfere-se o sentenciado para o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo tempo suficiente à sua cura (considerando-se o período em que estiver afastado do presídio como cumprimento de pena). Não se trata de conversão da pena em medida de segurança, mas tão somente de providência provisória para cuidar da doença do condenado. Estando melhor, voltará a cumprir sua pena no presídio de onde saiu;
- b) caso a doença mental tenha caráter duradouro, a transferência do condenado não deve ser feita como providência transitória, mas, sim, definitiva. Por isso, cabe ao juiz converter a pena em medida de segurança, aplicando-se o disposto no art. 183 da Lei de Execução Penal. A discussão que se estabelece, no entanto, dá-se no tocante à duração da medida de segurança. Há quatro correntes a respeito: b.1) tem duração indefinida, nos termos do disposto no art. 97, § 1.º, do Código Penal; b.2) tem a mesma duração da pena privativa de liberdade aplicada. O sentenciado cumpre, internado, o restante da pena aplicada; b.3) tem a duração máxima de 30 anos, limite fixado para a pena privativa de liberdade (art. 75, CP); b.4) tem a duração do máximo em abstrato previsto como pena para o delito que deu origem à medida de segurança.

Parece-nos que o legislador deveria ter disciplinado melhor o disposto no referido art. 183 desta, deixando bem claro o limite para o seu cumprimento, após a conversão. Afinal, não mais sendo adotado o sistema do duplo binário (pena + medida de segurança), cabe a verificação de imputabilidade no momento do crime, e não depois. Caso fosse considerado inimputável à época do crime, receberia por tal fato medida de segurança, podendo cumpri-la indefinidamente. A situação ora aventada, portanto, é diferente: num primeiro caso, já que cometeu um crime no estado de imputabilidade, recebeu pena. Este é o pagamento à sociedade pelo mal praticado, embora com o objetivo comum de reeducação. Ficando doente, merece tratamento, mas não por tempo indefinido. Num segundo caso, uma vez que praticou o delito no estado de inimputabilidade, recebeu medida de segurança. Pode ficar detido até que se cure. O injusto cometido tem ligação direta com a medida de segurança aplicada, justificando-se, pois, a indeterminação do término da sanção penal.

Melhor teria sido a clareza da lei. Não existindo tal nitidez, parece-nos mais lógico não interpretar a lei penal em desfavor do réu. Assim, tendo em vista que, na época da infração penal, o

réu foi considerado imputável, recebeu do Estado, por consequência disso, uma pena, fixada em montante certo. Caso tenha havido conversão, é justo que a medida de segurança aplicada respeite o limite estabelecido pela condenação, ou seja, cumprirá a medida de segurança pelo prazo máximo da pena. Terminado esse prazo, continuando doente, torna-se um caso de saúde pública, merecendo ser interditado, como aconteceria com qualquer pessoa que sofresse de enfermidade mental, mesmo sem praticar crime.

Não há contradição com a tese de ser constitucional a medida de segurança ter duração indefinida. O que se busca é analisar a situação do criminoso no momento em que pratica o delito, para evitar o malfadado duplo binário. Se era inimputável, pode receber medida de segurança por tempo indefinido, já que essa é a sanção merecida pelo que praticou. Sendo imputável, cabe-lhe a aplicação de uma pena, que não deve ser alterada no meio da execução por uma medida indeterminada. Afinal, de uma pena com limite prefixado, com trânsito em julgado, passaria o condenado a uma sanção sem limite, não nos parecendo isso correto.

No mesmo prisma, encontramos o disposto no Código Penal português (arts. 104 e 105), determinando que a pena seja convertida em medida de segurança, se tal não se deu à época da sentença, quando ocorrer a constatação de doença mental e o agente se encontrar em estabelecimento prisional comum, pelo restante da pena aplicada. Explica Carlota Pizarro de Almeida que, nessa hipótese, o que está em jogo não é a periculosidade do agente, mas a sua inadaptação para permanecer no meio prisional. Por isso, a internação será determinada pelo restante da pena, como se fosse o cumprimento da pena em estabelecimento destinado a inimputáveis.<sup>1</sup>

## **4. RECONVERSÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA EM PENA**

---

Evitando-se qualquer tipo de subterfúgio, caso o condenado melhore, após a conversão de sua pena em medida de segurança, deve tornar a cumprir a pena privativa de liberdade, havendo, portanto, a reconversão. Outra solução implicaria abuso. Se a pena fosse convertida em medida de segurança indefinida, ultrapassando até mesmo o teto originalmente fixado como sanção penal pelo Estado, estaríamos diante de situação prejudicial ao sentenciado, uma vez que a imputabilidade deve ser analisada no momento do crime, como analisado na nota anterior. Se a pena fosse convertida em medida de segurança, mas, pouco tempo depois, fosse constatada a melhora do condenado, caso pudesse conseguir a sua liberdade, muitas seriam as situações injustas.

Ilustrando: se um condenado a 20 anos de reclusão por latrocínio adoecesse 5 anos após; convertida sua pena em medida de segurança e melhorando ele após 2 anos, o mais lógico é voltar a cumprir a pena faltante, ou seja, 13 anos. Liberdade imediata é o que não lhe cabe. O direito espanhol disciplinou tal situação expressamente, prevendo a possibilidade de haver a reconversão (art. 60, Código Penal).

O mesmo se dá no cenário do tratamento ambulatorial que poderá ser convertido em internação,

caso se vislumbre a incompatibilidade do agente com a medida (art. 184, LEP). Assim ocorrendo, o prazo mínimo de internação será de um ano (parágrafo único).

É o que está igualmente previsto no art. 97, § 4.º, do Código Penal, uma vez que se busca a cura do paciente, pouco importando se internado ou em liberdade. Faz-se o melhor para alcançá-la. Não havendo compatibilidade entre o tratamento ambulatorial e o fim da medida de segurança, deve o magistrado determinar a conversão.

## **5. EXCESSO OU DESVIO DE EXECUÇÃO**

---

Estabelece o art. 185 da Lei de Execução Penal que “haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

Instaura-se um incidente próprio, que correrá em apenso ao processo de execução, quando houver *desvio* (destinação diversa da finalidade da pena) ou *excesso* (aplicação abusiva do previsto em lei) em relação ao cumprimento da pena, seja ela de que espécie for.

Exemplos:

- a) o condenado é privado do trabalho, embora deseje participar das atividades, porque se encontra em cela isolada, apenas para garantir a sua incolumidade física, vez que se encontra ameaçado por outros presos. O Estado deve buscar formas alternativas de proteção à integridade dos presos, mas não pode privá-los do trabalho, que, além de um dever, é um direito do condenado. Trata-se de um desvio da execução penal;
- b) o condenado, por ter cometido alguma falta disciplinar, passa mais de trinta dias em isolamento, infringindo o disposto no art. 58 desta Lei. Há nítido excesso de execução;
- c) pode-se aventar uma hipótese mista, em que se vislumbra desvio e excesso. Imagine-se o preso inserido no regime disciplinar diferenciado por ter desrespeitado o diretor do presídio (falta grave), porém fato que não se coaduna com o previsto nas hipóteses do art. 52 desta Lei. A punição é desviada do preceituado em lei e, também, excessiva, pois a punição vai além do necessário.

São partes legitimadas para suscitar o incidente de desvio ou excesso, segundo o disposto no art. 186, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o sentenciado e os demais órgãos da execução penal (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o próprio juiz, agindo de ofício, os Departamentos Penitenciários, o Patronato e o Conselho da Comunidade). Acrescemos à lista, por decorrência natural e lógica da consagração do princípio da ampla defesa na execução penal, o defensor, constituído ou dativo.

## 6. ANISTIA E INDULTO

---

Anistia é a declaração feita pelo Poder Público, por meio de lei, editada pelo Congresso Nacional, de que determinado fato, anteriormente considerado criminoso, se tornou impunível por motivo de utilidade social. Volta-se, primordialmente, a crimes políticos, mas nada impede a sua aplicação a outras infrações penais.

Segundo o art. 187 da LEP, “concedida a anistia, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade”. Sob outro prisma, tanto a anistia quanto o indulto são vedados aos autores de crimes hediondos e equiparados (art. 5.º, XLIII, CF; art. 2.º, I, Lei 8.072/90).

Conforme o disposto no art. 107, II, do Código Penal, deve o magistrado declarar extinta a punibilidade do condenado. Caso esteja preso, será imediatamente libertado. Se já estiver cumprindo a pena em liberdade, de qualquer modo, terá extinta a sua punibilidade. E, caso já tenha cumprido a pena, o antecedente criminal por ela deixado na folha de antecedentes será apagado. A natureza jurídica da anistia é de autêntica extinção da tipicidade, pois o Legislativo declara, por lei, inexistente o fato que foi anteriormente objeto de tipificação em lei penal incriminadora.

O indulto é o perdão concedido pelo Presidente da República, dividindo-se em individual (também conhecido por *graça*) e coletivo.

O indulto individual é a clemência concedida pelo chefe do Poder Executivo, por meio de decreto, a um condenado específico, levando-se em conta, em tese, seu mérito incomum no cumprimento da pena (ex.: ato de bravura ou heroísmo), mas também por questões humanitárias (ex.: está gravemente enfermo, à beira da morte). Como preceitua o art. 188 desta Lei, pode ser provocado pelo próprio sentenciado, pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário e pela autoridade administrativa (diretor do presídio, por exemplo).

Quanto ao procedimento regular, quando parte o pedido do sentenciado, do Ministério Público, da autoridade administrativa ou de outro órgão da execução penal, ouve-se o Conselho Penitenciário e segue o expediente ao Ministério da Justiça. Há casos concretos em que o condenado encaminhou carta diretamente à Presidência da República e, por motivos variados, teve seu pedido conhecido e aprovado, auferindo o benefício do indulto individual. Tais situações demonstram, nitidamente, ser a decisão discricionária do Presidente da República, que pode, inclusive, ignorar o parecer formulado pelo Conselho Penitenciário.

O Conselho Penitenciário, à vista dos autos do processo e do prontuário, promoverá as diligências que entender necessárias e fará, em relatório, a narração do ilícito penal e dos fundamentos da sentença condenatória, a exposição dos antecedentes do condenado e do procedimento deste depois da prisão, emitindo seu parecer sobre o mérito do pedido e esclarecendo qualquer formalidade ou circunstâncias omitidas na petição.



Processada no Ministério da Justiça com documentos e o relatório do Conselho Penitenciário, a petição será submetida a despacho do Presidente da República, a quem serão presentes os autos do processo ou a certidão de qualquer de suas peças, se ele o determinar. O parecer do Conselho Penitenciário não vincula o Presidente da República, servindo, apenas, de base de dados para a formação do convencimento do Chefe do Poder Executivo. Nos termos do art. 192, “concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação”.

Cabe ao juiz, tomando conhecimento da publicação do decreto de indulto individual no Diário Oficial, declarar extinta a punibilidade do condenado (art. 107, II, CP). Nesse caso, apesar de dever ser o beneficiário colocado em liberdade, se preso estiver, ou cessar qualquer outra restrição, se em liberdade, não se apagará da sua folha de antecedentes a condenação. Esta, inclusive, pode gerar reincidência e ser considerada antecedente criminal para todos os efeitos.

O indulto coletivo é a clemência concedida pelo Presidente da República, por decreto, a condenados em geral, desde que preencham determinadas condições objetivas e/ou subjetivas. Cuida-se, também, de ato discricionário do chefe do Poder Executivo, sem qualquer vinculação a parecer de órgão da execução penal. Anualmente, no mínimo um decreto é editado (como regra, o denominado *indulto de natal*), podendo perdoar integralmente a pena, gerando a extinção da punibilidade, mas mantendo-se o registro da condenação na folha de antecedentes do beneficiário, para fins de reincidência e análise de antecedentes criminais, como pode perdoar parcialmente a pena, operando-se um desconto (comutação), sem provocar a extinção da punibilidade.

Conforme dispõe o art. 193 da LEP, “se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior”.

A prática de falta grave *pode* gerar a interrupção do prazo e o recomeço do cômputo para efeito de apurar o período de cumprimento da pena em que o sentenciado permaneceu com bom comportamento, fazendo jus ao benefício do indulto total ou parcial (comutação). Porém, depende dos termos do decreto concessivo do indulto. Ilustrando: se o decreto presidencial exigir 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena com bom comportamento, para efeito de aplicar o indulto, a prática de falta grave pode interromper essa contagem, determinando novo prazo, a partir do seu cometimento.

Por outro lado, caso o decreto mencione somente o não cometimento de falta grave nos últimos doze meses, logicamente, pouco importa a prática da falta em período anterior a esse. Tomando como exemplo o Decreto 6.294/2007, menciona-se, para a obtenção de comutação (indulto parcial), o cumprimento de 1/4 (um quarto) da pena, se não reincidente, ou 1/3 (um terço), se reincidente, além do não cometimento de falta grave nos últimos doze meses. Nessa situação, a prática de falta grave, antes dos doze meses, não serve para interromper o prazo relativo a um quarto ou um terço da pena.

## 7. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

### Art. 183

TJGO: “1. Comprovadas pelas provas coligadas ao feito a materialidade e autoria dos crimes de tráfico de drogas e corrupção de menores, imputados ao apelante, impõe-se referendar o decreto condenatório. Doença mental atestada por laudo pericial após prolação da sentença. Aplicação de medida de segurança. Artigo 183 da lei de execução penal. 2. Demonstrada a superveniente inimputabilidade do apelante acometido por doença mental (esquizofrenia), é de mister a conversão da privativa de liberdade em medida de segurança, em modalidade a ser definida no juízo das execuções, com duração limitada ao tempo da pena concretamente imposta. Recurso desprovido. Determinada a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança.” (Ap. Crim. 431970-59.2010.8.09.0168 – GO, 2ª Câmara Criminal, rel. Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira, 26.01.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado segue a tendência moderna e majoritária da jurisprudência brasileira ao determinar que, feita a conversão da pena em medida de segurança, deve-se respeitar o tempo previsto para a pena. Cessando esse período e continuando o sujeito doente, deve ser interditado civilmente para continuar seu tratamento.

### Art. 184

STJ: “I – Se a paciente revelar incompatibilidade com a medida de segurança, não comparecendo ao local determinado e recusando o tratamento ambulatorial, este poderá ser convertido em internação, independentemente da prévia realização do exame de cessação da periculosidade, *ex vi* do art. 184 da LEP. II – A Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispôs sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, garante ao paciente tenha ele praticado crime ou não: ‘12. A medida de segurança deve ser aplicada de forma progressiva, por meio de saídas terapêuticas evoluindo para regime de hospital-dia ou hospital-noite e outros serviços de atenção diária tão logo o quadro clínico do paciente assim o indique. A regressão para regime anterior só se justificará com base em avaliação clínica.’ III – A declaração da ONU de 17.12.1991, que dispõe sobre a proteção de pessoas acometidas de transtorno mental, determina no princípio 11.11 que: ‘Não deverá se empregar a restrição física ou isolamento involuntário de um usuário, exceto de acordo com os procedimentos oficialmente aprovados, adotados pelo estabelecimento de saúde mental e apenas quando for o único meio disponível de prevenir danos imediatos ou iminentes ao usuário e a outros. Mesmo assim, não deverá se prolongar além do período estritamente necessário a esse propósito (...)’. IV – Desse modo, a regressão da medida de segurança, de tratamento ambulatorial para a internação, pode ocorrer com fulcro no artigo 184 da LEP e 97, § 4º, do CP, contudo, ela só deve permanecer

válida até a realização de perícia médica para verificar a necessidade ou não da manutenção da medida de internação” (HC 373064 – SP, 5.<sup>a</sup> T., rel. Felix Fischer, 09.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** em posição avançada e correta, o STJ tem verificado o estado mental do internado para saber se, conforme o médico, pode seguir para um tratamento ambulatorial, valendo-se da Lei 10.216/2001. E vice-versa. Caso não cumpra o tratamento ambulatorial, torna-se necessário ouvir o parecer clínico.

## 8. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Incidentes de execução:** são as questões e os procedimentos secundários, que incidem sobre o procedimento principal, merecendo solução antes da decisão da causa ser proferida, quando tratamos do processo penal de conhecimento. Podem ser nominados ou inominados. Na Lei de Execução Penal encontram-se elencados os seguintes: a) conversões; b) excessos de execução; c) desvios de execução; d) anistia; e) indulto. Nada impede que outros incidentes possam instalar-se para a resolução de uma questão, antes de qualquer outra decisão ser tomada no processo de execução. Exemplo: aplicação retroativa de lei penal benéfica.

**Conversões:** são as alterações da natureza da pena, autorizadas em lei, permitindo-se, em tese, a transformação da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e também a modificação da restritiva de direitos em privativa de liberdade, conforme o preenchimento das condições legais.

**Excesso de execução:** cuida-se da imposição de mais restrições que as legalmente previstas para o cumprimento da pena.

**Desvio de execução:** significa o não cumprimento fiel da lei no tocante ao cumprimento da pena, gerando distorções indevidas.

**Anistia:** trata-se da clemência concedida pelo Poder Legislativo, por meio de lei, referindo-se ao esquecimento de fatos criminosos e gerando, com isso, a extinção da punibilidade dos envolvidos.

**Indulto:** é o perdão concedido pelo Presidente da República, por meio de decreto, podendo referir-se a vários condenados (indulto coletivo), sob determinadas condições, ou a um condenado (indulto individual ou graça), terminando por acarretar a extinção da punibilidade.

---

<sup>1</sup> *Modelos de inimputabilidade:* da teoria à prática, p. 121.



## Capítulo XII

# Do procedimento judicial

### 1. PROCEDIMENTO EXECUTÓRIO

---

Há nítida predominância do caráter jurisdicional da execução penal no Brasil, consagrado pela LEP (art. 194). Portanto, o procedimento desenvolvido para a individualização executória da pena é, basicamente, da alçada do juiz, pouco restando à autoridade administrativa (ex.: provocar o juízo para a inserção do preso em regime disciplinar diferenciado).

A execução da pena, como regra, inicia-se, de ofício, pelo Judiciário, sem necessidade da provocação de qualquer parte interessada, embora se admita pedido do Ministério Público, do interessado (réu), de quem o represente, de seu cônjuge (companheiro/a) e de qualquer parente do condenado (art. 195, LEP).

Transitada em julgado a sentença condenatória, preso o condenado, o juiz da condenação expede a guia de recolhimento (ou de internamento, quando se tratar de medida de segurança), encaminhando-a, juntamente com outras peças do processo, ao juízo da execução penal. Tem início o procedimento, contando, a partir daí, com a intervenção dos interessados: o Ministério Público, como fiscal da lei, bem como o condenado, como maior interessado no término breve da pena. Além deles, os demais órgãos da execução penal podem oficiar ao juiz, solicitando providências.

Além disso, preceitua o art. 196 que “a portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em três dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida”. No § 1.º: “sendo desnecessária a produção de prova, o juiz decidirá de plano, em igual prazo”. E o § 2.º fixa que “entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada”.

A progressão ou regressão de regime, a concessão de livramento condicional, o desconto de dias de pena em virtude da remição, a soma ou unificação de penas etc., podem ser medidas requeridas pelo Ministério Público ou pelo condenado (diretamente ou por intermédio de seu defensor). Instaura-se o apenso próprio e pode-se produzir prova, quando necessário (ex.: exame criminológico). Concluída a instrução, há o julgamento pelo juiz.

## **2. RECURSO**

---

O único recurso previsto na Lei de Execução Penal é o denominado *agravo em execução* (art. 197). Afinal, as decisões são, na imensa maioria, interlocutórias.

O recurso não tem efeito suspensivo, exceto no caso de desinternação ou liberação de pessoa sujeita a medida de segurança. O rito do agravo em execução é o mesmo do recurso em sentido estrito (arts. 582 a 592 do Código de Processo Penal). Atualmente, é a posição pacífica da jurisprudência brasileira.

## **3. DISPOSIÇÕES GERAIS**

---

### **3.1. Sigilo**

Estabelece o art. 198 da LEP o seguinte: “é defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso a inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena”.

A execução penal lida com a segurança pública e com a dignidade da pessoa humana, por si só em situação rebaixada por estar cumprindo pena, com direitos fundamentais cerceados. Assim, deve-se preservar o sigilo das informações concernentes à segurança e à disciplina dos presídios, bem como é fundamental evitar a exposição do preso à mídia e à população em geral. Cumprimento de pena não é show, nem tampouco divertimento para terceiros.

### **3.2. Algemas**

Quanto ao emprego de algemas, preceitua o art. 199 que será disciplinado por decreto federal.

Depois de vários anos, editou-se o Decreto 8.858/2016, nos seguintes termos: “art. 1º O emprego de algemas observará o disposto neste Decreto e terá como diretrizes: I – o inciso III do *caput* do art. 1º e o inciso III do *caput* do art. 5º da Constituição, que dispõem sobre a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e sobre a proibição de submissão ao tratamento desumano e degradante; II – a Resolução nº 2010/16, de 22 de julho de 2010, das Nações Unidas sobre o

tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok); e III – o Pacto de San José da Costa Rica, que determina o tratamento humanitário dos presos e, em especial, das mulheres em condição de vulnerabilidade. Art. 2º É permitido o emprego de algemas apenas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito. Art. 3º É vedado emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada”.

Editou-se, ainda, a Súmula Vinculante 11 do STF: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

### **3.3. Condenado político**

O preso político tem, de fato, *status* diferenciado, pois não se trata de criminoso comum. Volta-se ele contra o Estado, razão pela qual seus atos são previstos na Lei de Segurança Nacional. Assim, a atividade laborativa obrigatória, mormente a manual, pode não ser útil no seu processo de reeducação, até pelo fato de, muitas vezes, preferir atuar em ocupações intelectuais.

Em suma, dispõe o art. 200 da LEP que “o condenado por crime político não está obrigado ao trabalho”.

### **3.4. Separação de presos diferenciados**

Disciplina o art. 201 que “na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão administrativa se efetivará em seção especial da Cadeia Pública”

A prisão civil (ex.: do devedor de alimentos) e a prisão administrativa (ex.: do estrangeiro que aguarda a expulsão) têm natureza diversa da prisão decorrente da prática de crime, razão pela qual não se pode, de fato, misturar presos delinquentes e presos civis ou administrativos. Seria um abuso, com resultados imponderáveis.

### **3.5. Sigilo dos antecedentes**

Preceitua o art. 202: “cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros

casos expressos em lei”.

Extinta a punibilidade do condenado, pelo cumprimento da pena ou por outro motivo, não mais se fornecerá certidão, a qualquer do povo, sobre a condenação. Preserva-se o processo de reintegração do egresso à sociedade, permitindo-lhe conseguir emprego e restabelecer-se. Porém, para fins criminais e para concursos públicos, quando a banca requisita diretamente as informações, continuam a constar tais registros, o que é justo, pois o objetivo é completamente distinto. Um juiz criminal, para aplicar corretamente uma pena, precisa conhecer a vida pregressa do réu, o que incluirá todos os antecedentes registrados em sua folha. Lembremos que o disposto neste artigo terminou por esvaziar a função da reabilitação (art. 93, *caput*, CP), pois o ex-condenado não mais precisa disso para *apagar* os registros criminais existentes em sua folha, ao menos para fins civis.

## 4. JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

---

### Art. 197

TJDFT: “1. O recurso de agravo em execução, previsto no artigo 197 da Lei de Execuções Penais, não conta com regramento legal específico, sendo-lhe aplicado o procedimento do recurso em sentido estrito, cujo prazo é de 5 (cinco) dias (Súmula 700 do Supremo Tribunal Federal), e correndo em dobro em caso de apenado assistido pela Defensoria Pública. 2. A Lei de Execução Penal, artigo 41, inciso X, de forma expressa, garante ao preso o direito de receber visita do cônjuge, da companheira, de parentes e até mesmo de amigos, em dias determinados. Entretanto, o direito de visitas não é absoluto ou irrestrito, podendo ser restringido ou suspenso a depender das circunstâncias do caso concreto. 3. A visita do irmão, adolescente próximo a atingir a maioridade, acompanhado dos pais ou responsáveis, não implicará em prejuízo ao seu estágio de desenvolvimento e poderá contribuir para a preservação dos laços familiares e para a ressocialização do sentenciado. 4. Preliminar rejeitada. Recurso provido.” (RAG 20170020000484 – DFT, 2ª Turma Criminal, rel. Silvanio Barbosa dos Santos, 09.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** após muitas idas e vindas no campo da interpretação do rito a seguir pelo agravo em execução, firmou-se o entendimento de que deve basear-se no recurso em sentido estrito, tendo em vista ser o mais conhecido e mais próximo ao condenado, que, inclusive, pode apresentar o recurso sozinho.

### Art. 202

STJ: “2. Sem perder de vista o disposto no art. 202 da Lei de Execuções Penais, a manutenção, no banco de dados do IIRGD, de informações relativas a processos criminais cujas punibilidades foram extintas é de rigor posto que, como o Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo não possui sistema de armazenamento de dados próprio e centralizado, nos moldes do IIRGD, do qual constem informações oriundas de todo o Estado acerca de todos os processos em trâmite relacionados a determinada pessoa, a exclusão das informações implicaria na impossibilidade de sua recuperação nas hipóteses em que a lei o permite. Precedentes. 3. O acesso a tais dados é condicionado a requerimento fundamentado dirigido ao juiz criminal, única autoridade habilitada a autorizar o acesso aos antecedentes penais daqueles protegidos pelo manto da reabilitação, da absolvição ou da extinção da punibilidade pela prescrição. Isso porque, operada a reabilitação, aparenta vício de ilegalidade o livre acesso aos terminais de identificação por agentes públicos que não o juiz criminal, visto que a Lei de Execuções Penais, bem como o Código de Processo Penal, atentos à disciplina do Código Penal, fixaram o caráter sigiloso das informações penais acerca do reabilitado e daquele em favor de quem se tenha operado a extinção da punibilidade. 4. De outro lado, se o cidadão foi reabilitado, tem o direito de obter, perante a vara criminal, certidão negativa, para o fim de posse em concurso público, na qual não conste nenhuma referência à prévia existência de processo(s) no qual tenha sido reabilitado, já que nem sempre o destinatário da certidão consegue ler o seu conteúdo com o mesmo valor que aquela que informa ‘Nada Consta’, o que pode colocar em risco o exercício de direitos constitucionalmente garantidos, tais como o trabalho e a livre participação em certame público de provas e títulos. 5. Recurso provido, em parte, apenas para garantir ao recorrente o direito da obtenção de certidão de nada consta, perante a autoridade apontada como coatora, unicamente para a finalidade de apresentação dos documentos exigidos na convocação realizada no Concurso Público para o cargo de vigia do Município de Caraguatatuba.” (RMS 52714/SP, 5.<sup>a</sup> T., rel. Reynaldo Soares da Fonseca, 07.03.2017, v.u.).

**Comentário do autor:** o julgado é correto, pois impede o simples apagamento de todo o arquivo criminal do Estado, implicando perdas de diversos níveis. Por outro lado, permite que o interessado obtenha certidões sem constar seus antecedentes. Quando reabilitado, até mesmo para concurso público seus antecedentes não seriam aparentes.

## 5. RESUMO DO CAPÍTULO

---

**Procedimento executório:** predomina o caráter jurisdicional, desenvolvendo-se conforme a demanda pela individualização executória da pena. Instaura-se a partir da chegada da guia de recolhimento (ou de internação), no caso de sanção privativa de liberdade. Em outras penas (restritivas de direitos), intima-se o condenado para que comece a cumprir a sanção conforme determinado na decisão condenatória. O procedimento desenvolve-se informalmente, apenas para acompanhar o cumprimento da pena e decidir acerca de eventuais benefícios ou faltas cometidas.

**Agravo em execução:** é o único recurso previsto na Lei de Execução Penal e, como regra, tem efeito



meramente devolutivo. A única exceção – em que há o efeito suspensivo – é a interposição contra decisão liberatória de doente mental internado ou em tratamento ambulatorial. Segue o rito do recurso em sentido estrito do CPP.

## Bibliografia

- ADORNO, Sérgio. Sistema penitenciário no Brasil. Problemas e desafios. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 1, n. 2, Brasília, Ministério da Justiça, 1993.
- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de; FERNANDES, Antonio Scarance (coord.). *Sigilo no processo penal – eficiência e garantismo*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- ALMEIDA JÚNIOR, A.; COSTA JÚNIOR, J. B. *Lições de medicina legal*. 9. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.
- ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. 3. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1981. v. 1 e 2.
- ALVIM, Rui Carlos Machado. O direito de audiência na execução penal – Uma tentativa de sua apreensão. *RT* 636/257, out. 1988.
- \_\_\_\_\_. Execução penal: o direito à remição da pena. *RT* 606/286, abr. 1986.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes; REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- APPIO, Eduardo. *Mandado de segurança criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de. O cárcere e o juiz criminal. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coord. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- \_\_\_\_\_; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- AVENA, Norberto. Execução penal – esquematizado, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.
- BARBIERO, Louri Geraldo. Execução penal provisória: necessidade de sua implantação imediata. *RT* 764/471, jun. 1999.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- BARROS, Luiz Carlos Galvão de. O limite máximo de 30 anos estabelecido no artigo 75 do Código Penal, tal como no regime anterior à reforma penal de 1985, diz respeito tão somente ao tempo de cumprimento da pena, não se estendendo para regular outros benefícios prisionais (parecer). *Justitia*, v. 136, p. 140, out.-dez. 1986.
- BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BIASOTTI, Carlos. Do excesso ou desvio de execução. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP* (Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip). São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Competência para execução da pena de multa à luz da Lei 9.268. *Boletim IBCCRIM*, n. 69, ago. 1998, p. 17.
- \_\_\_\_\_. Limitação de fim de semana: uma alternativa inviável no Brasil. *RT* 693/297, jul. 1993.
- \_\_\_\_\_. Penas pecuniárias. *RT* 619/414, maio 1987.
- \_\_\_\_\_. Regimes penais e exame criminológico. *RT* 638/260, dez. 1988.
- \_\_\_\_\_. A suspensão condicional da pena. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 52, jul. 1991, p. 118.
- CAMARGO, Ruy Junqueira de Freitas. A execução das penas criminais e a atuação dos juizes corregedores. *Justitia*, v. 84, 1.º trim. 1974, p. 33.
- CARVALHO, França. Do livramento condicional. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP* (Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip). São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- COELHO, Luís Carlos Valois. Competência em execução provisória. *Boletim do IBCCRIM*, n. 81, ago. 1999, p. 8.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Execução penal. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.
- DAVIS, Francis Selwyn. Contradição entre as respostas e soberania do júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 10, abr.-jun. 1995.
- DIP, Ricardo Henry Marques. Competência para a execução da multa do art. 51, Código Penal:

Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP* (Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip). São Paulo, Oliveira Mendes, 1998.

\_\_\_\_\_. Execução jurídico-penal ou ético-penal. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP* (Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip). São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

DOTTI, René Ariel. A crise da execução penal e o papel do Ministério Público. *Justitia*, v. 129, abr.-jun. 1985.

\_\_\_\_\_. A lei de execução penal – Perspectivas fundamentais. *RT* 598/275, ago. 1985.

\_\_\_\_\_. As novas linhas do livramento condicional e da reabilitação. *RT* 593/295, mar. 1985.

\_\_\_\_\_. Problemas atuais da execução penal. *RT* 563/279, set. 1982.

\_\_\_\_\_. Processo penal executório. *RT* 576/309, out. 1983.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 1 a 8.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 1 a 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. Execução penal – Questões diversas. *Justitia*, v. 143, jul.-set. 1988.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público na execução penal. *Execução penal*. Coords. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.

FERRAZ, Devienne. Da pena de multa e sua execução. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

FERREIRA, Álvaro Érix. Penas restritivas de direito – Jurisprudência. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

FRANÇA, San Juan. Da revogação obrigatória. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

FRANCO, Ary Azevedo. *O júri e a Constituição Federal de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

GAGLIARDI, Pedro. Dos incidentes da execução: a reclamação. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GALL, Gerald L. *The canadian legal system*. 4. ed. Toronto: Carswell, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. Da inexecutabilidade da Lei de Execução Penal. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, v. 80, out.-dez. 1984, p. 15.

- GONZÁLE LEÓN, Carmen; VILLALVILLA MUÑOZ, José Maria; AZPEITIA GAMAZO, Fernando; HERNANDEZ MARTÍN, Valeriano. *El error judicial. Procedimiento para su declaracion e indemnizacion*. Madri: Civitas, 1994.
- GOULART, José Eduardo; PIRES NETO, Antônio Luiz. O direito da execução penal. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. *Execução penal*. Coords. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.
- MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARQUES, Teresa Cristina Motta Ramos. *Habeas corpus* e mandado de segurança na execução penal. *Execução penal*. Coords. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Processo de execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, abr.-jun. 1993, p. 98.
- MELLO, Marco Aurélio de. O *habeas corpus* e a competência originária do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 9, jan.-mar. 1995, p. 140.
- MIGUEL, Alexandre. LAGOS, Daniel Ribeiro. A execução penal: instrumentalização e competência. *RT* 690/398, abr. 1993.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MONTEIRO, Marisa Marcondes. A competência para a aplicação da lei nova mais benéfica. *Execução penal*. Coords. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.
- NALINI, José Renato. Pode o juiz melhorar a execução penal? *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal Comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. vol. 1
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. vol. 2
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. vol. 3
- \_\_\_\_\_. *Crimes contra a Dignidade Sexual*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Esquemas & sistemas. vol. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal – Parte Especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Esquemas & sistemas. vol. 2.
- \_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Esquemas & sistemas. vol.

3.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Individualização da Pena*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. vol. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Prática Forense Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Provas no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal do Júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUNES, Adeildo. *Comentários à lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIRES NETO, Antônio Luiz; GOULART, José Eduardo. O direito da execução penal. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e apreensão no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1999 (Coleção de Estudos de Processo Penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, v. 2).

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre a novíssima execução penal. *Reforma penal*. São Paulo: Saraiva, 1985.

\_\_\_\_\_. Emprego de algemas – Notas em prol de sua regulamentação. *RT* 592/275, fev. 1985.

\_\_\_\_\_. A identificação processual penal e a Constituição de 1988. *RT*, v. 635, 1988.

\_\_\_\_\_. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. *Processo penal e Constituição Federal*. Org. Hermínio Alberto Marques Porto. São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, n. 22, jun.-ago. 2003.

\_\_\_\_\_. Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico. *RT* 583/312, maio 1984.

\_\_\_\_\_; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; REALE JÚNIOR, Miguel. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PONTE, Antonio Carlos da. *Inimputabilidade e processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Penas alternativas. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

- RIBEIRO, Zilma Aparecida da Silva. O recurso de agravo na Lei de Execução Penal. *Execução penal*. Coords. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.
- RICUPERO, René. Livramento condicional. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- RULLI JÚNIOR, Antonio. Penas alternativas. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SAMUEL JÚNIOR; SANTOS, Evaristo dos. Remição – Perda dos dias decorrente de falta grave – Uma outra posição. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SANTOS, Evaristo dos; SAMUEL JÚNIOR. Remição – Perda dos dias decorrente de falta grave – Uma outra posição. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SANTOS, José Carlos Daumas. *Princípio da legalidade na execução penal*. São Paulo: Manole-EPM, 2005.
- SOUZA, Osni de. Da remição – A perda dos dias remidos por falta grave. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- SWENSSON, Walter. A competência do juízo da execução. *Execução penal – Visão do TACRIM-SP*. Coords. Caetano Lagrasta Neto, José Renato Nalini e Ricardo Henry Marques Dip. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. I, II, III e IV.
- TUCCI, Rogério Lauria. Progressão na execução das penas privativas de liberdade. *RT* 630/269, abr. 1998.
- \_\_\_\_\_. Suspensão condicional da pena. *RT* 541/309, nov. 1980.