

9

SABERES DO DIREITO

# *Execução Penal*

RENATO MARCÃO

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI

LUIZ FLÁVIO GOMES



 **Editora  
Saraiva**

# DADOS DE COPYRIGHT

## Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

## Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [xlivros.com](http://xlivros.com) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

***Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.***

9

SABERES DO DIREITO

*Execução  
Penal*

RENATO MARCÃO

COORDENADORES

ALICE BIANCHINI  
LUIZ FLÁVIO GOMES

2012

 **Editora  
Saraiva**



Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP  
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª,  
das 8:30 às 19:30

E-mail [saraivajur@editorasaraiva.com.br](mailto:saraivajur@editorasaraiva.com.br)

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

## **FILIAIS**

### **AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE**

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

### **BAHIA/SERGIPE**

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-  
0959 – Salvador

### **BAURU (SÃO PAULO)**

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 –  
Bauru

### **CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO**

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85)  
3238-1331 – Fortaleza

### **DISTRITO FEDERAL**

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 /  
3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

### **GOIÁS/TOCANTINS**

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax:  
(62) 3224-3016 – Goiânia

**MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO**

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo  
Grande

**MINAS GERAIS**

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo  
Horizonte

**PARÁ/AMAPÁ**

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91)  
3241-0499 – Belém

**PARANÁ/SANTA CATARINA**

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

**PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS**

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 –  
Recife

**RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)**

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 –  
Ribeirão Preto

**RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO**

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21)  
2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

**RIO GRANDE DO SUL**

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 –  
Porto Alegre

**SÃO PAULO**

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-17411-5

Marcão, Renato  
Execução penal. / Renato Marcão. – São Paulo :  
Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 9)  
1. Direito penal. – Brasil I. Título. II. Série

Índice para catálogo sistemático:  
1. Brasil : Execução penal 345.81

**Diretor editorial** Luiz Roberto Curia

**Diretor de produção editorial** Lígia Alves

**Editor** Roberto Navarro

**Assistente editorial** Thiago Fraga

**Produtora editorial** Clarissa Boraschi Maria

**Preparação de originais, arte, diagramação e revisão** Know -how Editorial

**Serviços editoriais** Kelli Priscila Pinto / Vinicius Asevedo Vieira

**Capa** Aero Comunicação

**Produção gráfica** Marli Rampim

**Produção eletrônica** Ro Comunicação

**Data de fechamento da edição: 17-2-2012**

**Dúvidas?**

Acesse [www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.  
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.



## **RENATO MARCÃO**

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado no curso de pós-graduação em Ciências Criminais na Rede de Ensino LFG e em diversas Escolas Superiores de Ministério Público e Magistratura.

Membro da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim, do Instituto de Ciências Penais – ICP e do Instituto Brasileiro de Execução Penal – IBEP.

Conheça o autor deste livro:  
<http://atualidadesdodireito.com.br/conteudonet/?ISBN=16423-3>

**COORDENADORES**

## **ALICE BIANCHINI**

Doutora em Direito Penal pela PUCSP. Mestre em Direito pela UFSC.  
Presidente do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN.  
Diretora do Instituto LivroeNet.

## **LUIZ FLÁVIO GOMES**

Jurista e cientista criminal. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto de Pesquisa e Cultura Luiz Flávio Gomes. Diretor do Instituto LivroeNet. Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001).

Conheça a LivroeNet: <http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

Dedico este livro ao meu amado sobrinho  
*Victor Hugo Marcão Crespo*, para registrar publicamente meu  
orgulho e minha admiração por seus incontáveis méritos.  
Desejo e peço a Deus que continue iluminando  
seu caminho, sempre.

Agradeço ao dileto *Luiz Flávio Gomes* por sua amizade e pelo honroso convite que me permitiu participar desta coleção.

## ◆ Apresentação

O futuro chegou.

A Editora Saraiva e a LivroeNet, em parceria pioneira, somaram forças para lançar um projeto inovador: a **Coleção Saberes do Direito**, uma nova maneira de aprender ou revisar as principais disciplinas do curso. São mais de 60 volumes, elaborados pelos principais especialistas de cada área com base em metodologia diferenciada. Conteúdo consistente, produzido a partir da vivência da sala de aula e baseado na melhor doutrina. Texto 100% em dia com a realidade legislativa e jurisprudencial.

### Diálogo entre o livro e o <sup>1</sup>

A união da tradição Saraiva com o novo conceito de *livro vivo*, traço característico da LivroeNet, representa um marco divisório na história editorial do nosso país.

O conteúdo impresso que está em suas mãos foi muito bem elaborado e é completo em si. Porém, como organismo vivo, o Direito está em constante mudança. Novos julgados, súmulas, leis, tratados internacionais, revogações, interpretações, lacunas modificam seguidamente nossos conceitos e entendimentos (a título de informação, somente entre outubro de 1988 e novembro de 2011 foram editadas 4.353.665 normas jurídicas no Brasil – fonte: IBPT).

Você, leitor, tem à sua disposição duas diferentes plataformas de informação: uma **impressa**, de responsabilidade da Editora Saraiva (livro), e outra disponibilizada na **internet**, que ficará por conta da LivroeNet (o que chamamos de  <sup>1</sup>).

No  <sup>1</sup> você poderá assistir a **vídeos** e participar de **atividades** como simulados e enquetes. **Fóruns de discussão e leituras complementares** sugeridas pelos autores dos livros, bem como comentários às novas leis e à jurisprudência dos tribunais superiores, ajudarão a enriquecer o seu repertório, mantendo-o sintonizado com a dinâmica do nosso meio.

Você poderá ter acesso ao  <sup>1</sup> do seu livro mediante **assinatura**. Todas as informações estão disponíveis em [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).

Agradecemos à Editora Saraiva, nas pessoas de Luiz Roberto Curia, Roberto Navarro e Lígia Alves, pela confiança depositada em nossa Coleção e pelo apoio decisivo durante as etapas de edição dos livros.

As mudanças mais importantes que atravessam a sociedade são representadas por realizações, não por ideais. O livro que você tem nas mãos retrata uma mudança de paradigma. Você, caro leitor, passa a ser integrante dessa revolução editorial, que constitui verdadeira inovação disruptiva.

**Alice Bianchini | Luiz Flávio Gomes**

Coordenadores da Coleção Saberes do Direito  
Diretores da LivroeNet

*Saiba mais sobre a LivroeNet*

<http://atualidadesdodireito.com.br/?video=livroenet-15-03-2012>

1 O  deve ser adquirido separadamente. Para mais informações, acesse [www.livroenet.com.br](http://www.livroenet.com.br).

## ◆ Sumário

### Capítulo **1** Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Objetivos da lei de execução penal](#)
- [3. Natureza jurídica](#)
- [4. Título executivo e legitimação ativa](#)
- [5. Exequente e executado](#)
- [6. Jurisdição executacional](#)
- [7. Execução provisória](#)
- [8. Condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar](#)
- [9. Direito não atingidos](#)

### Capítulo **2** Da Classificação e do Exame Criminológico

- [1. Da classificação](#)
- [2. Do exame criminológico](#)
  - [2.1 Exame criminológico por ocasião da progressão de regime prisional](#)

### Capítulo **3** Da Assistência

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Da assistência material](#)
- [3. Da assistência à saúde](#)
- [4. Da assistência jurídica](#)
- [5. Da assistência educacional](#)
- [6. Da assistência social](#)
- [7. Da assistência religiosa](#)

### Capítulo **4** Do Trabalho

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Do trabalho interno](#)
  - [2.1 Da jornada de trabalho](#)
  - [2.2 Gerenciamento e destinação de produtos](#)

3. Do trabalho externo

**Capítulo 5** **Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina**

1. Noções introdutórias

2. Dos deveres

3. Dos direitos

4. Da disciplina

4.1 Das faltas disciplinares

4.2 Das sanções disciplinares

4.3 Das recompensas

4.4 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)

4.5 Do procedimento disciplinar

4.6 Isolamento preventivo e RDD cautelar ou preventivo

**Capítulo 6** **Dos Órgãos da Execução Penal**

1. Noções introdutórias

2. Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

3. Do Juízo da Execução

4. Do Ministério Público

5. Do Conselho Penitenciário

6. Dos Departamentos Penitenciários

7. Do Patronato

8. Do Conselho da Comunidade

9. Da Defensoria Pública

**Capítulo 7** **Dos Estabelecimentos Penais**

1. Noções introdutórias

2. Disposições gerais

3. Da penitenciária

4. Da colônia agrícola, industrial ou similar

5. Da casa do albergado

6. Do centro de observação

7. Do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico

## 8. Da cadeia pública

### **Capítulo 8 Das Penas Privativas de Liberdade**

1. Noções introdutórias
2. Dos regimes
3. Expedição de guia de recolhimento
  - 3.1 Requisitos da guia de recolhimento
4. Conta de liquidação de pena
5. Soma ou unificação de penas
6. Superveniência de doença mental
7. Extinção da pena

### **Capítulo 9 Da Progressão e da Regressão de Regime**

1. Noções introdutórias
2. Da progressão de regime
  - 2.1 Requisitos para a progressão
    - 2.1.1 Requisito objetivo
    - 2.1.2 Requisito subjetivo
    - 2.1.3 Requisito especial
3. Progressão para o regime semiaberto
4. Progressão para o regime aberto
5. Progressão por salto
6. Albergue domiciliar
7. Procedimento e fundamentação da decisão judicial
8. Compreendendo o sistema progressivo
9. Regressão de regime prisional
  - 9.1 Contraditório e ampla defesa
  - 9.2 Regressão por salto
  - 9.3 Regressão cautelar

### **Capítulo 10 Das Autorizações de Saída**

1. Noções introdutórias
2. Da permissão de saída

3. [Da saída temporária](#)
  - 3.1 [Monitoramento eletrônico](#)

## **Capítulo 11 [Da Remição](#)**

1. [Remição de pena por trabalho](#)
2. [Remição de pena por estudo](#)
3. [Quem poderá remir pena por estudo](#)
4. [Declaração e perda dos dias remidos](#)
  - 4.1 [Declaração dos dias remidos](#)
  - 4.2 [Perda dos dias remidos](#)
5. [Como se deve fazer o abatimento dos dias remidos](#)
6. [Crimes hediondos e assemelhados](#)

## **Capítulo 12 [Do Livramento Condicional](#)**

1. [Noções introdutórias](#)
2. [Do livramento condicional](#)
  - 2.1 [Condições do livramento](#)
3. [Carta e cerimônia de livramento](#)
4. [Modificação das condições](#)
5. [Suspensão do livramento](#)
6. [Revogação do livramento](#)
  - 6.1 [Contraditório e ampla defesa](#)
7. [Extinção da pena](#)

## **Capítulo 13 [Monitoramento Eletrônico](#)**

1. [Noções introdutórias](#)
2. [Quem pode determinar o monitoramento](#)
3. [Hipóteses de cabimento](#)
4. [Condições](#)
5. [Revogação do monitoramento](#)

## **Capítulo 14 [Das Penas Restritivas de Direito](#)**

1. [Noções introdutórias](#)

- [2. Execução da pena de prestação pecuniária e da prestação de outra natureza \(prestação inominada\)](#)
  - [2.1 Prestação pecuniária](#)
  - [2.2 Prestação de outra natureza \(prestação inominada\)](#)
- [3. Execução da pena de perda de bens e valores](#)
- [4. Execução da pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas](#)
- [5. Execução da pena de interdição temporária de direitos](#)
- [6. Execução da pena de limitação de fim de semana](#)

## **Capítulo 15 Da Suspensão Condicional da Pena**

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. O \*sursis\* no Código Penal e sua concessão](#)
- [3. A execução do \*sursis\*](#)
- [4. \*Sursis\* sem efeito e \*sursis\* revogado](#)
- [5. Prorrogação e revogação do \*sursis\*](#)
  - [5.1 Prorrogação](#)
  - [5.2 Revogação](#)
    - [5.2.1 Revogação obrigatória](#)
    - [5.2.2 Revogação facultativa](#)
- [6. Extinção da pena](#)

## **Capítulo 16 Da Pena de Multa**

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Execução da pena de multa](#)
  - [2.1 Legitimidade ativa](#)
  - [2.2 Juízo competente](#)
- [3. Processamento](#)

## **Capítulo 17 Da Execução das Medidas de Segurança**

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Das medidas de segurança em espécie](#)
- [3. Execução da medida de segurança](#)

- [4. Da cessação de periculosidade](#)
- [5. Desinternação e liberação do tratamento](#)
- [6. Extinção da medida](#)

## **Capítulo 18** [Dos Incidentes de Execução](#)

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Das conversões](#)
  - [2.1 Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos](#)
  - [2.2 Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade](#)
    - [2.2.1 Conversão da pena de prestação de serviços à comunidade](#)
    - [2.2.2 Conversão da pena de limitação de fim de semana](#)
    - [2.2.3 Conversão da pena de interdição temporária de direitos](#)
    - [2.2.4 Conversão das penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores](#)
    - [2.2.5 Conversão da pena de prestação de outra natureza ou \*inominada\*](#)
    - [2.2.6 Conversão da pena de multa em detenção](#)
    - [2.2.7 Doença mental ou perturbação da saúde mental superveniente](#)
    - [2.2.8 Conversão do tratamento ambulatorial em internação](#)
- [3. Do excesso ou desvio](#)
  - [3.1 Do excesso](#)
  - [3.2 Do desvio](#)
- [4. Da anistia e do indulto](#)
  - [4.1 Da anistia](#)
  - [4.2 Do indulto](#)
    - [4.2.1 Indulto individual](#)
    - [4.2.2 Indulto coletivo](#)

## **Capítulo 19** [Do Procedimento Judicial](#)

- [1. Noções introdutórias](#)
- [2. Do procedimento](#)
- [3. Do agravo em execução](#)

## Capítulo 20 Disposições Finais e Transitórias

1. Divulgação de informações

2. Uso de algemas

3. Informações sigilosas

# Capítulo 1

## ◆ Do Objeto e da Aplicação da Lei de Execução Penal

### 1. Noções introdutórias

Nada obstante o tempo decorrido desde o início de sua vigência, a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) ainda pode ser considerada um excelente conjunto de regras executivas – um raro exemplo diante do péssimo emaranhado de *leis penais e processuais penais* produzidas no Brasil, onde o legislador ordinário insiste em ser muito mais ordinário que técnico, chegando muitas vezes a produzir verdadeiras aberrações normativas, como facilmente podemos identificar na produção legislativa a partir do início da década de 1990.

No geral a Lei de Execução Penal ainda está bem, muito embora mereça pequenos retoques pontuais, o que naturalmente decorre da dinâmica da vida em sociedade. O grave problema é o grande distanciamento, o verdadeiro abismo que há entre o ideal normativo e a realidade prática, algo que não se resolve com *outra lei* ou *mudanças na lei vigente*, mas com a força produtiva de uma nova cultura, capaz de um olhar atualizado sobre a questão carcerária; com a ideação e a implantação de políticas públicas inteligentes e efetivas, que se relacionem definitivamente e eficazmente com os princípios e garantias constitucionais, ideal do qual nos encontramos a anos-luz.

O problema, por aqui, não está *na lei*, mas na sua reincidente não aplicação.

### 2. Objetivos da lei de execução penal

Conforme anuncia o art. 1º da LEP, a execução penal tem por objetivo efetivar, dar cumprimento às disposições de sentença ou decisão proferida em sede de juízo criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Fazer executar a sanção penal judicialmente imposta, sem descuidar da imprescindível socialização ou ressocialização, com vistas à reinserção social, constitui, em síntese, os objetivos visados pela lei de execução penal.

Na busca a tais objetivos, o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade (LEP, art. 4º), cada vez mais imprescindível nas atividades de execução das penas e das medidas de segurança, especialmente em razão da incapacidade do próprio ente público de atender minimamente às demandas – éticas e materiais – da população.

### **3. Natureza jurídica**

Muito já se discutiu na doutrina a respeito da natureza jurídica da execução penal: se administrativa ou jurisdicional.

Não há dúvida de que sua natureza é jurisdicional.

Muito embora se desenvolva entrosadamente nos planos administrativo e jurisdicional, os verdadeiros rumos da execução são ditados pelo Poder Judiciário, e não é por razão diversa que na LEP há previsão a respeito do exercício da jurisdição no processo de execução (art. 2º); do juízo da execução (art. 65), com competências listadas, embora não taxativas (art. 66); e a indicação de que o procedimento a ser seguido é judicial (arts. 194-a 197).

De sua inegável natureza jurisdicional decorre a necessidade de observância aos princípios e garantias Constitucionais incidentes, dentre os quais merecem destaque: legalidade; publicidade; oficialidade; imparcialidade do juiz; devido processo legal; ampla defesa; contraditório; e duplo grau de jurisdição.

De forma muito particular, o processo execucional reclama observância aos princípios da dignidade da pessoa humana; razoabilidade; proporcionalidade; humanização da pena; e intranscendência ou personalidade da pena, segundo o qual a pena (e também o processo) não deve ir além da pessoa do executado.

### **4. Título executivo e legitimação ativa**

Não há execução sem título.

O título que legitima a execução penal é de natureza pública – é título judicial – e sua formação pode decorrer de sentença ou acórdão de natureza criminal, bem como de decisão que homologa transação penal levada a efeito em sede de Juizado Especial Criminal (Leis ns. 9.099/95 e 10.259/2011).

É possível que o título se forme em razão de condenação ou por força de absolvição imprópria, assim considerada a decisão em que o agente é absolvido em razão de sua inimputabilidade e é aplicada medida de segurança, que pode ser de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou de tratamento ambulatorial (CP, art. 96, I e II).

O único legitimado a deflagrar a execução de sanção penal é o *Estado*.

Ainda que formado em razão de condenação ou de absolvição imprópria em sede de ação penal privada, o título será sempre de natureza pública, sendo legitimado ativamente para a execução apenas o Estado, que deve agir *ex officio*; jamais o particular, a quem a lei outorga apenas o direito de acionar em juízo (*jus persequendi in judicio*), e não o direito de punir (*jus puniendi*).

## 5. Exequente e executado

Exequente é quem promove a execução, portanto, o Estado.

Somente o Estado pode ser exequente, qualquer que tenha sido o tipo de delito imputado no processo de conhecimento, pouco importando se de ação penal pública ou privada.

Considera-se executado aquele contra quem a execução é proposta.

Podem figurar como executado: a) o condenado definitivo, assim compreendido aquele que tem em seu desfavor sentença ou acórdão transitado em julgado para ambas as partes (acusação e defesa); b) aquele em relação a quem se impôs absolvição imprópria (absolvição com aplicação de medida de segurança); ou, c) aquele em relação a quem há transação penal homologada.

É possível que também ocorra execução em face daquele que, embora já tendo em seu desfavor condenação criminal, não tenha dita decisão transitada em julgado para a defesa, hipótese em que o correto é falar em execução provisória.

## 6. Jurisdição executacional

Em regra, inicia-se a atividade jurisdicional na execução penal após o trânsito em julgado definitivo da sentença.

Nestes termos, dispõe 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.

Preso o condenado e verificado o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, compete ao juízo de conhecimento providenciar a expedição e o encaminhamento da guia (carta de guia) ao juízo da execução. Recebida a guia, que deve atender ao disposto no art. 106 da LEP, caberá a este deflagrar e impulsionar o processo executacional.

Veze há, entretanto, em que, embora a condenação imponha pena privativa de liberdade, ocorre sua substituição por restritiva de direito, hipótese em que a execução será deflagrada nos moldes do art. 147 da LEP, após o trânsito em julgado da sentença e o recebimento da guia no juízo de execução.

No caso de suspensão condicional da pena (*sursis*), o deflagrar da jurisdição executacional também reclama o trânsito em julgado e é marcado pela audiência admonitória (ou de advertência), conforme determina o art. 160 da LEP.

A atividade jurisdicional na execução da medida de segurança também reclama o trânsito em julgado de decisão proferida em processo de conhecimento e a expedição de guia que será enviada ao juízo da execução, na dicção do art. 171 da LEP.

A pena de multa, dívida de valor que é, desde a vigência da Lei n. 9.268/96, não se submete a processo de execução de natureza criminal. Vale dizer: não se encontra submetida à jurisdição do juízo da execução penal.

À vista da existência de presídios federais que integram o Sistema Penitenciário Federal, dispõe o art. 1º da Resolução 557/2007, do Conselho da Justiça Federal, que “caberá aos Tribunais Regionais Federais, no âmbito de suas competências, a designação do juízo federal que desenvolverá a atividade jurisdicional de execução penal nos estabelecimentos penais federais”.

## 7. Execução provisória

Falamos no item anterior que a execução pressupõe, *em regra*, o trânsito em julgado, para acusação e defesa, da decisão proferida no processo de conhecimento (condenação ou absolvição imprópria).

Esta é a regra.

A exceção reside na possibilidade de se executar provisoriamente a medida de segurança ou pena aplicada.

Neste caso a execução virá em benefício do executado, na medida em que antecipará a obtenção de benefícios, tais como progressão de regime e livramento condicional, e só poderá ocorrer quando, verificado o trânsito em julgado da sentença para o Ministério Público, encontrar-se o condenado preso em razão da decretação de prisão preventiva (CPP, arts. 310, II, 321 e 387, parágrafo único), ou porque o recurso por ele interposto é destituído de efeito suspensivo, como ocorre com o Recurso Especial (STJ) e o Recurso Extraordinário (STF).

Em tais hipóteses não há falar em violação ao princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII).

Por aqui, o condenado não está sendo preso antecipadamente para dar início à execução da pena aplicada em sentença que não transitou em julgado, mas já se encontra preso por uma das razões acima indicadas: decretação de prisão preventiva *ou* ausência de efeito suspensivo do recurso interposto.

É lógica e juridicamente incogitável a execução provisória por encarceramento resultante de prisão temporária (Lei n. 7.960/89) ou de prisão preventiva decretada no momento da pronúncia (CPP, art. 413, § 3º), pois nestes dois casos não ocorre qualquer fixação de pena para que possa ser executada.

A execução é dita provisória porque ainda não ocorreu o trânsito em julgado para a Defesa e, portanto, não se pode falar em coisa soberanamente julgada.

Por outro vértice, é possível a execução provisória com a concessão de eventuais benefícios, tendo em vista que a situação jurídica do executado

não poderá ser modificada para pior, visto já ter ocorrido o trânsito em julgado para o Ministério Público.

A respeito da matéria, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 716, que tem o seguinte teor: “Admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

A Suprema Corte também editou a Súmula 717 nos seguintes termos: “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”.

## **8. Condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar**

Aplica-se a Lei de Execução Penal igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Nos precisos termos da Súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça: “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”.

## **9. Direito não atingidos**

Ressalvadas as restrições a direitos ou a forma de seu exercício determinadas pela sentença de condenação ou que impôs absolvição imprópria, ao condenado e ao paciente judiciário, assim considerado aquele em relação a quem foi aplicada medida de segurança consistente em internação ou tratamento ambulatorial, todos os demais direitos não atingidos pela sentença ou lei estão assegurados (LEP, art. 3º).

Disso resulta sem sentido lógico imaginar que após o transcurso de um processo em que necessariamente são discutidos de forma ampla todos os temas pertinentes, com estrita observância aos rituais judiciários, na execução da pena que dele resulta se possa desconsiderar os limites da decisão judicial e impor o cumprimento de pena em regime que não seja o determinado com base nas particularidades do caso concreto e fundamento no princípio da individualização da pena, ou o cumprimento de medida de segurança em estabelecimento inadequado.

Dentre outros direitos não atingidos pela condenação, merecem destaque: inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos da Constituição Federal (CF, art. 5º, *caput*); de igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações, nos termos da Constituição (CF, art. 5º, I); de sujeição ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II); de integridade física e moral, não podendo ser submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III e XLIX; Lei n. 9.455/97).

Na linha do que determina o art. 5º, *caput*, da CF, dispõe o parágrafo único do art. 3º da LEP a respeito da proibição de qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

## Capítulo 2

### ◆ Da Classificação e do Exame Criminológico

#### 1. Da classificação

O princípio da individualização da pena, de envergadura constitucional (CF, art. 5º, XLVI), apresenta-se sob três enfoques, levando em conta o momento de sua materialização, daí falar-se em: a) individualização legislativa ou formal; b) individualização judicial ou do caso concreto; e c) individualização execucional.

A *primeira* é levada a efeito pelo Poder Legislativo ao tipificar condutas e cominar as penas respectivas. A *segunda*, do caso concreto, é praticada pelos magistrados quando, ao sentenciar uma condenação, aplicam pena determinada. A *terceira* ocorre no processo de execução penal e também está exposta a determinadas variantes.

Para que se dê a individualização execucional, é preciso que ocorra inicialmente a classificação do condenado.

Por isso, diz o art. 6º da LEP que ao ingressar no sistema penitenciário o condenado deve ser *classificado*. Entenda-se: deve ser visto e tratado enquanto pessoa cuja personalidade e antecedentes permitem e até mesmo determinam uma atenção individualizada por parte do Estado, em respeito aos princípios da individualização e da dignidade da pessoa humana, e assim alcançar, da forma menos onerosa para o executado, o ideal ressocializador.

Sabido que a execução tem objetivos nobres a alcançar, a classificação é o primeiro passo a ser dado nesta direção, na perspectiva de orientar a individualização da execução penal.

A classificação deve ser feita por Comissão Técnica de Classificação – CTC, existente em cada estabelecimento, a quem incumbe elaborar o programa de individualização da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Considerando o foco das investigações que têm vistas à individualização da pena, a composição da Comissão é de natureza multidisciplinar. Presidida pelo diretor do estabelecimento, deve ser integrada, no mínimo, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social, quando se tratar de pena privativa de liberdade, o que revela a complexidade do exame de personalidade que deve resultar de tais avaliações técnicas.

O exame de personalidade, a propósito, tem fundamental importância na materialização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que devem nortear a execução da pena criminal.

Quando não se tratar de pena privativa de liberdade, a Comissão atuará no juízo da execução (e não em estabelecimento penal) e será integrada por fiscais do Serviço Social.

A adequada classificação e individualização executacional permitem não apenas a melhor terapêutica inicialmente reclamada para o caso concreto, mas também daí por diante a escolha e o emprego das melhores opções de encaminhamento disponíveis.

É do resultado do caminhar executacional, permeado de atividades e encaminhamentos entrelaçados com a individualização, que se poderá aferir, num certo tempo, se o executado reúne, ou não, mérito para determinado benefício, como veremos mais adiante.

Para o êxito da execução, o processo individualizador constitui atividade permanente, do qual não se deve permitir o distanciamento do executado.

## **2. Do exame criminológico**

Segundo o art. 8º da LEP, o exame criminológico tem por finalidade coletar elementos aptos a proporcionar a adequada classificação e orientar a individualização da pena.

O exame criminológico é *obrigatório* para o condenado ao cumprimento de pena no regime fechado, e *facultativo* para o condenado ao regime semiaberto.

Cercado de contornos psicológicos e psiquiátricos, enquanto o exame de personalidade tem molduras mais dilatadas, pois envolve a avaliação geral de referências psicossociais, de personalidade, de antecedentes, caráter etc.,

o exame criminológico tem foco mais limitado, centrando suas investigações no fenômeno delito-delinquente, com vistas a compreender o executado subjetiva e objetivamente, bem como o mote e o delito praticado, com a pretensão de estabelecer alguma prognose.

## ***2.1 Exame criminológico por ocasião da progressão de regime prisional***

Com a vigência da Lei n. 10.792/2003, estabeleceu-se acalorada discussão, ainda atual, a respeito do cabimento, ou não, de exame criminológico por ocasião da progressão de regime prisional, considerando a modificação imposta na redação do art. 112 da LEP, tema que estudaremos com mais profundidade no capítulo adequado.

A lei não muda para ficar tudo como estava, e neste caso, como se sabe, a lei mudou. Desde então, não é juridicamente correto exigir seja o executado submetido a exame criminológico visando apuração de mérito para a progressão. Basta que prove ter cumprido o lapso temporal exigido como requisito objetivo (1/6 da pena na generalidade dos casos; em relação aos hediondos e assemelhados: 2/5 se primário, ou 3/5, se reincidente) e apresente atestado de boa conduta carcerária, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional em que se encontrar.

Mudou para pior, registre-se, motivo pelo qual advogamos a volta do exame criminológico obrigatório para determinados tipos de crimes, especialmente em relação aos hediondos e assemelhados e também para aqueles praticados com violência real ou grave ameaça contra a pessoa, mas daí a corrigir “na caneta” as impropriedades do legislador é algo que não podemos aceitar tranquilamente.

É claro que, da maneira como está, o legislador terminou por facilitar a obtenção de benefícios prisionais, com a possibilidade de que algum condenado desmerecedor termine por receber benefício com o qual a rigor não deveria ser contemplado, mas nem isso justifica desconsiderar a – embora equivocada – clara opção expressamente adotada pelo legislador.

No império da lei, não podemos simplesmente ignorar a mudança, apenas porque não foi virtuosa.

Ao contrário do que sustentamos segue majoritariamente a doutrina e também a jurisprudência, para admitir que o juiz pode, diante do caso concreto, determinar – de forma fundamentada (como se fosse permitido ao juiz decidir de outra maneira sob a égide do art. 93, IX, da CF) – a realização de exame criminológico com vistas à aferição de mérito para progressão de regime prisional.

A esse respeito, a Súmula 439 do STJ tem a seguinte redação: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Na mesma linha de pensamento, mas referindo-se tão somente aos crimes hediondos e assemelhados, diz a Súmula Vinculante 26 (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.

De ver, entretanto, que a Súmula 439 do STJ não tem força vinculante, e que a Súmula Vinculante 26 (STF) se refere apenas aos hediondos e assemelhados, deixando de regular a generalidade dos casos, quando poderia, caso fosse essa a intenção do órgão de origem.

Veja-se ainda e em relação à Súmula Vinculante que, como é sabido, as normas nascem aos pares, de maneira que a letra expressa do texto traz sua sombra não menos eloquente, e sendo assim, se a Súmula de força vinculante permite apenas o exame criminológico em relação aos hediondos e assemelhados, em relação aos demais há implícita restrição, sendo estes os comandos que se deve extrair da regulamentação emprestada ao tema.

## Capítulo 3

### ◆ Da Assistência

#### 1. Noções introdutórias

Encontrando-se o executado sob a custódia do Estado, é evidente que a este incumbe prestar assistência àquele, na medida de suas necessidades, de modo a fornecer ou proporcionar o mínimo para que não ocorra ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Limitado em sua liberdade e no exercício de certas garantias constitucionais, isso por força de condenação ou de absolvição imprópria, não pode o executado, por si, obter livremente aquilo de que necessita, daí o dever do Estado de ampará-lo e suportar o ônus que desta relação jurídica decorre, naquilo que diz respeito às necessidades básicas; dentro do razoável.

Esta assistência estende-se também ao egresso.

No conjunto, a assistência que se presta também tem por objetivo dar eficácia ao ideal ressocializador; prevenir o crime; e orientar o retorno à convivência em sociedade.

◆ *Preso* é aquele que se encontra recolhido em estabelecimento prisional, cautelarmente ou em razão de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Portanto, preso provisório ou definitivo. A Lei não restringe a assistência apenas aos *condenados*.

◆ *Internado* é o que se encontra submetido à medida de segurança consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, em razão de decisão judicial proferida em processo de natureza criminal.

◆ *Egresso*, nos termos do art. 26 da LEP, é o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento, e o liberado condicional, durante o período de prova.

A assistência ao egresso consiste em orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade e na concessão, se necessária, de alojamento e

alimentação em estabelecimento adequado, por dois meses, prorrogável por uma única vez mediante comprovação idônea de esforço na obtenção de emprego.

Em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, tornou-se necessário esclarecer em que consiste cada uma das espécies de assistência, especialmente as que defluem das *regras mínimas* da ONU (item 41 da Exposição de Motivos da LEP).

A assistência a ser prestada, conforme elenca o art. 11 da LEP, será: I – material; II – à saúde; III – jurídica; IV – educacional; V – social; VI – religiosa.

## **2. Da assistência material**

A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (LEP, art. 12).

Determina o art. 13 da LEP que “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração”.

Privados que estão da liberdade, o preso e o internado não têm condições de adquirir alimentos, vestuário e produtos de higiene pessoal, e é preciso que assim seja não apenas em razão das limitações impostas pela sentença, mas também por questão de disciplina interna.

## **3. Da assistência à saúde**

A saúde – diz o art. 196 da CF – é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme o art. 14, *caput* e § 2º, da LEP, a assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.

A realidade mostra que os estabelecimentos penais não dispõem de equipamentos apropriados, tampouco de pessoal treinado para o atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Também por aqui o Estado não disponibiliza meios para a materialização dos direitos assegurados.

#### **4. Da assistência jurídica**

Uma das maiores aflições expostas pelos executados diz respeito à sua situação jurídica, o que em outras palavras traduz sua compreensível ansiedade em ter de volta a liberdade cerceada pela decisão judicial.

Diz o art. 5º, LXXIV, da CF, que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Informa o art. 134 da CF que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

A assistência jurídica determinada na LEP é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado.

O teor do disposto no art. 41, IX, da LEP, constitui direito do preso a entrevista pessoal e reservada com o advogado, garantia também assegurada nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil – Resolução 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), de 11 de novembro de 1994 (*DOU* 2-12-1994), e no Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão – Resolução 43/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas – 76ª Sessão Plenária, de 9 de dezembro de 1988.

As unidades da Federação devem ter serviços de assistência jurídica nos estabelecimentos penais, como diz o art. 16 da LEP.

#### **5. Da assistência educacional**

Na Constituição Federal, diz o art. 205 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”, e

o art. 208, § 1º, determina que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Harmoniosamente, a Lei de Execução Penal assegura ao preso o acesso à educação, dispondo seu art. 17 que a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Tais dispositivos atendem às determinações contidas nas Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes; nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil – Resolução 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de novembro de 1994 (*DOU* 2-12-1994); e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde consta que: “Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito”, e que:

A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações, e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso, visando sempre seu preparo para a vida produtiva; seu retorno à sociedade com melhores chances de manter-se afastado de práticas ilícitas.

Verdadeira norma programática, o art. 18 da LEP assegura como obrigatório o ensino de primeiro grau, que deve ser integrado com o sistema escolar da unidade federativa.

O ensino profissional deve ser ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

A mulher condenada tem direito a ensino profissional adequado à sua condição.

As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.

Deve ser permitido ao preso participar de curso por correspondência, rádio ou televisão, sem prejuízo da disciplina e da segurança do estabelecimento.

Em atendimento às condições locais, cada estabelecimento penal deve ser dotado de uma biblioteca provida de livros de conteúdo informativo, educativo e recreativo, adequados à formação cultural, profissional e espiritual do preso.

## **6. Da assistência social**

São inúmeros os fenômenos que podem influenciar o agente em sua determinação para o cometimento de crime, e não cabe, nos limites deste trabalho, enfrentá-las. É preciso registrar, entretanto, que enquanto para alguns a vida marginal é pura opção, para outros é destino.

Seja como for, quase sempre questões de ordem social estão a influenciar nas estatísticas criminais, daí a importância da assistência social não apenas como forma de amparar e dar tratamento humano ao executado, mas, sobretudo, com vistas a prepará-lo para o retorno à vida em sociedade, como é o desejo do art. 22 da LEP.

## **7. Da assistência religiosa**

O Estado brasileiro é laico e a Constituição Federal assegura em seu art. 5º, VI, a liberdade de crença, bem como o livre exercício de cultos religiosos. Bem por isso, e também em razão da regra expressa no art. 24, § 2º, da LEP, nenhum preso ou internado pode ser obrigado a participar de atividade religiosa.

É permitida a participação em cultos dentro do estabelecimento penal, desde que autorizados, tanto quanto a posse de livros religiosos, indistintamente.

Embora livre o exercício de cultos religiosos, é claro que tais atividades não podem ser praticadas de forma desregrada dentro de estabelecimentos penais.

A Lei n. 9.982/2000 dispõe sobre a prestação de assistência religiosa em estabelecimentos prisionais, matéria detalhadamente tratada na Resolução 8, de 9 de novembro de 2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), cuja consulta recomendamos.

# Capítulo 4

## ◆ Do Trabalho

### 1. Noções introdutórias

Assim como a instrução e a formação profissional do preso e do internado, o exercício de determinado trabalho durante o cumprimento da pena criminal constitui dever social e homenagem ao princípio da dignidade humana, contribuindo para prevenir a prática de novos delitos e orientar o retorno do executado à convivência social ordeira.

O trabalho durante o cumprimento de pena criminal constitui direito do preso (LEP, art. 41, II), tem finalidade educativa e produtiva (LEP, art. 28) e deve objetivar a formação profissional da pessoa privada de liberdade.

As vantagens da finalidade educativa resultam evidentes, especialmente quando aliado o trabalho à assistência educacional profissionalizante, visto que as estatísticas demonstram, à saciedade, que grande parte dos condenados ao cumprimento de pena criminal não conta com o aprendizado formal de uma profissão, e é cediço que a possibilidade de ativar-se no mercado formal de trabalho influencia positivamente no processo ressocializador e faz evitar a reincidência.

Dentre outras vantagens, o trabalho traz consigo a disciplina e a responsabilidade, bases indispensáveis para uma valorosa vida em sociedade.

Não menos importante é a finalidade produtiva, que materializada irá proporcionar, por meio de rendimentos lícitos, fruto de trabalho honrado, a percepção de contraprestação desvinculada da criminalidade, revelando ou aviventando no condenado a capacidade de manter-se dignamente com o produto de seu trabalho.

Dadas as peculiaridades em que é prestado e se desenvolve, o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, mas é imperioso que se observem, em relação à sua organização e aos

métodos de execução, as precauções ordinárias relativas à segurança e à higiene.

Também em razão das peculiaridades que permeiam, a remuneração do trabalho do preso – que é direito assegurado (LEP, arts. 29, *caput*, e 41, II; CP, art. 39) – não segue a regra praticada em ambiente livre.

Regulado em prévia tabela que deve levar em conta a natureza e a complexidade da prestação laborativa, o “salário mínimo” do preso não poderá ser inferior a 3/4 (três quartos) do valor do salário mínimo praticado no mercado livre de trabalho. Pode ser maior, menor nunca.

Com vistas a respeitar as finalidades educativa e produtiva, o art. 29, § 1º, da LEP, determina que o produto da remuneração pelo trabalho será destinado, nesta ordem: 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.

Se houver sobra, algo pouco provável que ocorra, será destinada à constituição de pecúlio (dinheiro acumulado por trabalho ou proveniente de economia), depositado em caderneta de poupança que lhe será entregue quando tiver restituída a liberdade, a fim de que possa se locomover até o local de sua residência e custear ao menos suas despesas básicas por certo período.

Para o preso provisório, assim considerado aquele custodiado em razão da decretação de prisão preventiva (CPP, art. 321) ou porque o recurso interposto contra a condenação não tem efeito suspensivo, o trabalho não é obrigatório. Embora possa exercê-lo, querendo, tal somente será possível no interior de estabelecimento prisional, vedado o trabalho externo.

O trabalho também é facultativo para o condenado a pena de prisão simples que não exceda a 15 (quinze) dias (LCP, art. 6º, § 2º – Decreto-lei n. 3.688/41).

O condenado por crime político não está obrigado ao trabalho (LEP, art. 200).

Tarefas executadas como prestação de serviço à comunidade não são remuneradas, visto que a gratuidade é da essência da prestação, que é

modalidade de pena (CF, art. 5º, XLVI, *d*), e está expressamente determinada (LEP, art. 30; CP, art. 46, § 1º).

O art. 39 do CP assegura não apenas que o trabalho do preso será sempre remunerado, mas também lhe garante acesso a benefícios da Previdência Social, na forma que a lei específica regular.

## **2. Do trabalho interno**

*Para o condenado à pena privativa de liberdade, o trabalho constitui obrigação da qual não é possível ordinariamente se eximir.*

*Para o preso provisório, o trabalho é facultativo, mas é recomendável que exerça trabalho regular sempre que possível, inclusive para que possa obter direito à remição de pena (LEP, art. 126) e, com isso, abreviar seu tempo sob privação de liberdade.*

Assim como ocorre em ambiente livre, na atribuição do trabalho a ser desempenhado pelo preso deverão ser observadas e respeitadas sua habilitação e condição pessoal; suas aptidões, habilidades e capacidade laborativa.

Deixar de observar tais diretrizes constitui no mínimo falta de bom senso, visto que implicaria tolher a iniciativa do trabalhador; inibir sua disposição para o trabalho ou, no mínimo, sua capacidade produtiva e de criação, quando o correto é exatamente o oposto, para fazer com que as práticas laborais sejam assimiladas, desejadas, buscadas rotineiramente pelo executado, de maneira a fazer surgir, ressurgir ou aviventar a vocação para a vida útil; o apego à ocupação lícita; a espera pela lida diária dignificante, com todas as vantagens que disso se extrai.

O trabalho desenvolvido pelo preso durante o cumprimento de pena criminal deve ter por objetivo atender às necessidades futuras que irá enfrentar quando do retorno à vida livre.

Não se trata de apenas mantê-lo ocupado com vistas a satisfazer o ideal de disciplina interna. O que se tem em mente é algo superior, que lança olhar para o futuro: manter o executado ligado à prática de um ofício lícito que possa voltar a exercer em vida livre ao final da expiação da pena, ou prepará-lo para o início de uma nova atividade profissional que, ao final da privação da liberdade, permita sobrevivência digna, com rendimentos honestos.

É preciso que se busque dar ao executado condições de exercer atividade profissional cuja remuneração atenda a suas necessidades futuras, bem como de sua família, sendo o caso.

Isso implica conhecer e analisar as oportunidades oferecidas pelo mercado de trabalho em ambiente livre; preparar o condenado para a realidade da vida.

Neste tema, é de fundamental importância que o Estado recorra à cooperação da comunidade, especialmente em busca da orientação de profissionais especializados em mercado de trabalho, para melhor pautar suas práticas em busca da imprescindível efetividade.

O trabalho deve se desenvolver o mais próximo possível dos padrões empresariais, daí ser conveniente que o poder público (governos federal, estadual e municipal) celebre convênio com a iniciativa privada visando a implantação de oficinas de trabalho que representem suporte às atividades profissionais desempenhadas nos estabelecimentos penais.

Bem por isso, e de modo a enfatizar que o trabalho deve ter por escopo permitir que o executado possa manter-se com seus próprios rendimentos, determina o § 1º do art. 32 da LEP que o trabalho com artesanato sem expressão econômica deverá ser limitado *tanto quanto possível*, salvo nas regiões de turismo.

De ver, entretanto, que diante das conhecidas dificuldades em se proporcionar ocupação lícita a quem se encontra no cumprimento de pena criminal, não havendo outra opção, mesmo que o estabelecimento prisional não se encontre em região turística, não é aconselhável se imponha qualquer óbice a este tipo de ocupação lícita, verdadeira laborterapia. É mais: se o preso trabalhar com artesanato cumprindo carga horária regular, terá os mesmos direitos que decorrem de qualquer outra atividade, inclusive remição de pena.

Os maiores de 60 (sessenta) anos, idosos por disposição expressa de lei (art. 1º da Lei n. 10.741/2003 – Estatuto do Idoso), devem ser direcionados ao exercício de trabalho compatível com sua idade.

Aos doentes e deficientes físicos só será permitido atribuir tarefas compatíveis com suas particularidades, devendo cuidar-se para que a prática laborativa não contribua para o agravamento da condição física ou de saúde, tampouco represente odiosa discriminação.

## **2.1 Da jornada de trabalho**

A fim de que se assemelhe tanto quanto possível à realidade vivida pela esmagadora maioria da população brasileira, o trabalho deve ser regulado e regular, com carga horária e disciplina.

A inexistência de jornadas mínima e máxima predeterminadas é algo distante do ideal que se busca com a obrigatoriedade do trabalho nos moldes acima alinhavados.

Atento a esta realidade, dispõe o art. 33 da LEP que, em regra, a jornada normal de trabalho não pode ser inferior a 6 (seis), nem superior a 8 (oito) horas diárias, com descanso nos domingos e feriados.

Considerando, entretanto, as particularidades de certas atividades laborativas, especialmente a demanda em horários específicos, poderá ser permitido horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal (faxineiro, cozinheiro, enfermeiro, dentre outros), inclusive aos domingos e feriados.

## **2.2 Gerenciamento e destinação de produtos**

Com os olhos voltados para o ideal ressocializador, o trabalho deve ser atribuído e desempenhado em busca da formação profissional do condenado e, para tanto, poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, hipótese em que 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 (LEP, art. 34).

Não sendo possível a venda do produto do trabalho do preso a particulares, o art. 35 da LEP *determina* que os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios, com dispensa de licitação, adquiram tais produtos, hipótese em que os valores arrecadados serão revertidos em favor da fundação ou empresa pública incumbida do gerenciamento ou, na sua falta, ao estabelecimento penal a que se encontrar vinculado o preso.

## **3. Do trabalho externo**

Trabalho externo é aquele desempenhado *extramuros*, fora de estabelecimento prisional.

Os presos que cumprem pena em regime fechado e semiaberto podem exercer trabalho externo.

Para os presos em regime fechado, entretanto, o trabalho externo só é admitido em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, neste caso somente se houver o consentimento expresso do preso, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina, respeitado o limite de 10% (dez por cento) do número total de trabalhadores na obra, ficando à cargo da administração, da entidade ou empresa a remuneração pelo trabalho prestado (LEP, art. 37).

Como é intuitivo, para obter autorização para trabalho externo é preciso que o preso atenda a certos requisitos, a saber:

- a) *requisito objetivo*: cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena;
- b) *requisito subjetivo*: demonstração de aptidão para o trabalho, disciplina e responsabilidade.

A apuração do requisito subjetivo deve ser feita mediante exame criminológico.

Presentes os requisitos legais, caberá ao diretor do estabelecimento autorizar o trabalho externo, mas eventual negativa poderá ser questionada no juízo executivo, até porque vigente o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

## Capítulo 5

### ◆ Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina

#### 1. Noções introdutórias

Como toda atividade que decorre das relações humanas, complexas por natureza, a execução penal se encontra permeada por deveres e direitos que vinculam reciprocamente todos os envolvidos, especialmente o Estado, o condenado, o preso provisório ou aquele submetido à medida de segurança.

Não é procedente a crítica feita amiúde no sentido de que aos presos são outorgados inúmeros direitos incompatíveis com a condição de condenado.

De igual maneira, também não é correto, segundo pensamos, afirmar a existência de *direitos humanos dos presos*, como se fosse possível compartimentar ou segmentar direitos fundamentais que interessam indistintamente a toda a sociedade.

Os deveres e os direitos expressamente apontados na LEP, sem exclusão de outros, representam um mínimo de observância obrigatória; uma cartilha básica para que se possa levar a bom termo a execução das penas e medidas de segurança, na pretensão de punir e humanizar.

Para melhor eficiência do desiderato execucional, o mínimo que se pode exigir é que o Estado cumpra suas obrigações e respeite os direitos do cidadão, ainda que este se encontre circunstancialmente preso, visto que esta particular e momentânea situação não lhe retira a condição de sujeito de direito.

Este hiato não pode ser levado ao extremo de fazer crer que o condenado se encontra absolutamente despido de direitos e da capacidade de movimentar a jurisdição, se necessário, para fazer respeitar sua *condição humana*.

#### 2. Dos deveres

É evidente que a particular situação de condenado – submetido ao cumprimento de pena criminal – afasta do executado por determinado período a possibilidade de exercício de certos direitos e garantias fundamentais, bem como impõe observância a deveres específicos que decorrem desta mesma excepcional situação.

Além das regras ordinárias de convivência social, deve o condenado observar deveres específicos que decorrem da própria condenação; de sua força que limita direitos ou a forma de seu exercício.

Muito particularmente, o condenado deve curvar-se aos deveres listados em estatutos penitenciários; deveres que determinam limitações que vão desde a maneira de se movimentar no interior do estabelecimento até a forma de se expressar; posse de objetos etc.

Conforme dispõe o art. 39 da LEP, constituem deveres do condenado e do preso provisório (no que couber):

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.

### **3. Dos direitos**

O art. 5º, XLIX, da CF, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e o art. 38 do CP enfatiza 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”.

Nesta mesma linha garantista, dispõe o art. 3º da LEP que ao condenado e ao internado estão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Sem deixar de ser sujeito de direito, como é intuitivo, o executado deve expiar a sanção penal com respeito aos deveres que lhe são impostos, inclusive porque, conforme veremos adiante, o desrespeito injustificado a qualquer deles acarretará consequências danosas aos destinos da execução e por isso deve ser evitado.

Além de listar deveres, em sintonia com os dispositivos acima invocados; com as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos; com Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (Resolução 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária); com o Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, e outros diplomas internacionais aos quais se encontra o Brasil vinculado, a LEP apresenta rol exemplificativo do que convencionou chamar direitos do preso.

Na dicção do art. 41 da LEP, constituem direitos do preso, provisório ou definitivo, e do submetido à medida de segurança, no que couber:

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.

Em relação ao paciente judiciário, assim entendido o executado submetido à medida de segurança – internação ou tratamento ambulatorial (CP, art. 96, I e II) –, o art. 43 da LEP assegura a liberdade de contratação

particular de médico de confiança, com vistas a acompanhar e orientar a terapêutica adequada.

Havendo divergência entre o encaminhamento sugerido pelo médico oficial e o particular, caberá ao juiz de execução decidir a respeito, podendo para tanto se valer de terceira opinião técnica, se necessário.

## **4. Da disciplina**

Onde quer que estejamos, qualquer que seja o ambiente, a vida em sociedade reclama pautarmos nossas condutas com disciplina.

No ambiente carcerário, com mais forte razão, não é de forma diversa.

Dentro dos limites da lei, tudo deve ser feito para que o cumprimento de pena não afaste o condenado do mínimo comportamental que a vida em grupo reclama; dos padrões básicos de coexistência harmoniosa.

Qualquer que seja o estabelecimento penal, não é possível deixar de reconhecer que sua configuração constitui perigoso ambiente de tensões, daí por que a disciplina interna adquire relevante papel não apenas para o êxito do processo ressocializador, mas também para a sobrevivência do próprio local e integridade da população que nele respira.

Portar-se de forma disciplinada é o mesmo que colaborar com a ordem desejada, cumprir as regras de convivência aceitas pela generalidade sem maiores inquietações, e isso implica obedecer às determinações emanadas das autoridades e seus agentes, sempre que não se revelarem ilegais ou abusivas.

Existem regras disciplinares escritas, particularizadas para a convivência em ambiente prisional.

Estas regras são listadas em estatutos penitenciários, de cujo teor não se pode presumir sabença, ao contrário do que ocorre com as leis, cujo conhecimento geral é presumido por expressa disposição (art. 3º do Decreto-lei n. 4.657/42, com a redação da Lei n. 12.376/2010).

Disso decorre a obrigatoriedade de dar ciência ao condenado ou preso provisório, já por ocasião de seu ingresso no estabelecimento prisional, a respeito destas normas disciplinares que deverá respeitar enquanto privado de liberdade, o mesmo ocorrendo em relação àquele que cumpre pena restritiva de direitos.

## **4.1 Das faltas disciplinares**

*Falta* é a conduta contrária à disciplina, por isso denominada falta disciplinar.

As faltas disciplinares classificam-se em: a) leves; b) médias; e c) graves.

Tanto o condenado definitivo quanto o preso provisório podem sofrer imposição de sanção disciplinar em razão do cometimento de falta.

Em relação às faltas e sanções disciplinares, é de se observar os princípios da reserva legal e da anterioridade (CF, art. 5º, XXXIX e XL), de maneira que “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar” (LEP, art. 45).

As faltas leves e médias, bem como as sanções correspondentes, são previstas em estatutos penitenciários.

As faltas graves são previstas taxativamente na LEP.

Nos precisos termos do art. 50 da LEP, constitui falta grave *no cumprimento de pena privativa de liberdade*:

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 (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e V (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas), do artigo 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.

O art. 52 da LEP diz que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave, e não poderia ser de maneira diversa.

Na forma do art. 51 da LEP, constitui falta grave *no cumprimento de pena restritiva de direitos*:

I – descumprir, injustificadamente, a restrição imposta; II – retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta; III – inobservar os deveres previstos nos incisos II (obediência ao servidor e

respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e V (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas), do artigo 39, da LEP.

Dispõe o parágrafo único do art. 48 que nas faltas graves a autoridade administrativa representará ao juiz da execução para os fins dos arts. 118, I (regressão de regime), 125 (revogação de saída temporária), 127 (perda de dias remidos) e 181, §§ 1º, *d* (conversão da pena de prestação de serviços em razão da prática de falta grave), e 2º (conversão da pena de interdição temporária de direitos), da LEP.

Diz a Súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça que “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.

Todas estas decorrências do cometimento de falta grave serão analisadas em momento próprio, quando cuidarmos, nos capítulos respectivos, da regressão de regime, das saídas temporárias, remição de pena etc., mas já é caso de adiantar que, comunicada a falta grave, o juízo da execução deverá instaurar procedimento para apuração, observando a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Muito embora a lei se refira apenas à comunicação de falta considerada grave, entendemos que todas as faltas devem ser comunicadas, independentemente de sua natureza, intensidade e repercussões, a fim de que o juízo possa dispor de pleno conhecimento a respeito do caminhar executacional e da personalidade do executado.

## **4.2 Das sanções disciplinares**

Com rol taxativo, a LEP apresenta no art. 53 as seguintes sanções disciplinares:

I – advertência verbal; II – repreensão; III – suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei (o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório); V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Tentada ou consumada a falta, a sanção ajustada será a mesma em intensidade. Vale dizer: ao contrário do que ocorre com a pena criminal, que é reduzida por força da tentativa (CP, art. 14, II), a sanção disciplinar não

deve ser graduada ou quantificada com o mesmo fundamento legal; não sofre tal influxo.

É vedada a imposição de sanções coletivas; o emprego de cela escura; e qualquer prática que possa colocar em perigo a integridade física e moral do condenado ou preso provisório.

A aplicação de sanção disciplinar deve nortear-se por critérios de individualização em que se considerem a natureza, os motivos determinantes, as circunstâncias e as consequências do fato praticado, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão (LEP, art. 57).

As sanções aplicáveis em se tratando de falta grave são aquelas previstas nos incisos III a V do art. 53.

A sanção de isolamento, sempre que aplicada, deverá ser comunicada ao juiz da execução e, assim como a suspensão e a restrição de direitos, não poderá exceder de 30 (trinta) dias, ressalvada a hipótese de imposição de regime disciplinar diferenciado, quando então o prazo a ser observado é o regulado no art. 52 da LEP, conforme veremos mais adiante.

### ***4.3 Das recompensas***

Se por um lado o mau comportamento é capaz de justificar a imposição de sanção disciplinar, de outro, o bom comportamento evidenciado em face da disciplina e dedicação ao trabalho autoriza a concessão de benesses que são denominadas recompensas. São elas: 1 – elogio; e 2 – concessão de regalias.

A LEP não diz quais são as regalias que se pode permitir ao executado e por isso elas devem estar dispostas em estatutos penitenciários.

Como é intuitivo, tais concessões não podem contrariar os objetivos da LEP, tampouco ensejar ilegalidade ou pura discricionariedade.

São exemplos de regalias: receber bens de consumo, patrimoniais, de qualidade, quantidade e embalagem permitida pela administração, trazidos por visitantes; visitas conjugais ou íntimas; assistir a sessões de cinema, teatro, *shows* e outras atividades socioculturais, fora do horário normal, em épocas especiais; participar de atividades coletivas, além da escola e do trabalho, em horário mais flexível; participar de exposições de trabalho, pintura e outros que digam respeito às suas atividades; concorrer em

festivais e outros eventos; praticar esportes em áreas específicas; visitas extraordinárias, devidamente autorizadas.

#### **4.4 Regime Disciplinar Diferenciado (RDD)**

O regime disciplinar diferenciado é modalidade de sanção disciplinar (LEP, art. 53, V) e, para sua aplicação, basta *a prática* do fato regulado.

Conforme disciplinado, o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) possui as seguintes características: 1<sup>a</sup>) duração máxima de 360 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; 2<sup>a</sup>) recolhimento em cela individual; 3<sup>a</sup>) visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; 4<sup>a</sup>) o preso terá direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol.

Em se tratando de preso provisório, sem pena aplicada, na falta de previsão expressa, o limite temporal do RDD é de 1/6 (um sexto) da pena mínima cominada. Na mesma hipótese, havendo concurso de crimes com penas desiguais, a referência será a pena mínima cominada para o crime mais grave.

Podem ser incluídos no regime disciplinar diferenciado:

##### **1<sup>a</sup> hipótese**

O preso provisório ou definitivo que praticar falta grave consistente em fato previsto como crime doloso, *desde que tal conduta ocasione subversão da ordem ou disciplina internas*.

Não basta, como se vê, a prática de falta grave consistente em fato previsto como crime doloso. É imprescindível que de tal agir decorra subversão da ordem *ou* disciplina internas.

◆ *Subversão* é o mesmo que tumulto. Assim, ocasionar subversão é o mesmo que tumultuar. É o “ato ou efeito de transtornar o funcionamento normal ou o considerado bom (de alguma coisa)”.

◆ *Ordem* lembra organização e, no léxico, significa “regulamento sobre a conduta de membros de uma coletividade, imposto ou aceito democraticamente, que objetiva o bem-estar dos indivíduos e o bom andamento dos trabalhos”.

◆ *Disciplina*, por sua vez, significa obediência às regras e aos superiores.

Destarte, se o crime doloso praticado pelo preso provisório ou definitivo tumultuar a organização, a normalidade do estabelecimento prisional, ou demonstrar descaso, desobediência aos superiores, abre-se a primeira hipótese para sua inclusão no regime disciplinar diferenciado.

## **2ª hipótese**

Os presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Ao contrário do que reclama o *caput* do art. 52, para a inclusão do preso provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, no regime disciplinar diferenciado, o § 1º do mesmo artigo não exige que tenha ele praticado crime doloso durante o período de permanência no estabelecimento prisional. Para a inclusão no RDD, basta que apresente *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*.

Por aqui, o problema crucial reside em especificar, em cada caso, o que se deve considerar como de *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*, não sendo demais lembrar que o fato de o preso ou condenado, nacional ou estrangeiro, ter envolvimento com organizações criminosas ou pertencer a quadrilha ou bando constitui fundamento distinto, regulado no § 2º do art. 52, conforme passaremos a expor.

## **3ª hipótese**

Determina, por fim, o § 2º do mesmo dispositivo legal que estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

A primeira observação a ser feita é no sentido de que não se fez, por aqui, como de resto também não se fez no *caput*, qualquer menção expressa ao *estrangeiro*, preso ou condenado, como constou no § 1º, restando excluída, sob tal fundamento, a possibilidade de sua inclusão no regime

disciplinar diferenciado, já que as normas que impõem limitações a direitos devem ser interpretadas restritivamente.

Por fim, é de se compreender que as “fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”, legitimadoras de inclusão no regime disciplinar diferenciado, devem ter relação com atos por ele praticados no estabelecimento prisional.

## **4.5 Do procedimento disciplinar**

Na execução da pena privativa de liberdade, o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa, conforme dispuser o regulamento. Em regra, a autoridade administrativa incumbida do poder disciplinar é o diretor do estabelecimento prisional em que se encontrar o executado.

Em relação às penas restritivas de direitos, o poder disciplinar compete à autoridade administrativa a que estiver vinculado o executado, levando em conta o local da prestação.

Se a prestação ocorrer em ambiente particular, o poder disciplinar caberá ao juiz da execução.

Determina o art. 150 da LEP que “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”.

Verificada a prática de falta disciplinar, deve ser instaurado procedimento administrativo com vistas à apuração do fato e todas as suas circunstâncias.

O procedimento deve tramitar de forma a respeitar os princípios da legalidade, ampla defesa e contraditório, e a decisão que nele se proferir deve ser circunstanciada, fundamentada.

## **4.6 Isolamento preventivo e RDD cautelar ou preventivo**

Diz o art. 60, *caput*, da LEP, que “a autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até 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”.

Cuidou a Lei de estabelecer duas hipóteses de medidas extremas, a saber:

1) decretação de *isolamento preventivo*, a cargo da autoridade administrativa (diretor do estabelecimento prisional); e 2) *inclusão preventiva* do preso no regime disciplinar diferenciado, *no interesse da disciplina e da averiguação do fato*; sendo que tal inclusão dependerá de despacho do juiz competente.

Por preso, entenda-se preso provisório ou definitivo, nacional ou estrangeiro, observadas as restrições que anteriormente apontamos, quando das anotações ao art. 52 da LEP.

*O prazo de isolamento preventivo ou de inclusão preventiva é de até dez dias, sem possibilidade de prorrogação ou nova decretação pelo mesmo fundamento.*

Escoado o prazo, ou se determina a inclusão no regime disciplinar diferenciado, conforme regulado no art. 52, observadas as hipóteses autorizadoras (*caput*, §§ 1º e 2º), ou se restitui ao preso sua *normal* condição de encarcerado.

*A inclusão preventiva no RDD é medida cautelar a ser decretada pelo juiz da execução, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, não se constituindo em distinta quarta hipótese de inclusão, apesar da confusa redação que foi dada ao dispositivo em comento.*

Sua decretação reclama a constatação e a demonstração, em despacho judicial fundamentado, de dois requisitos básicos: *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

A inclusão preventiva, como pode parecer à primeira vista, não é cabível apenas na hipótese regulada no *caput* do art. 52. Poderá ser decretada para qualquer das três hipóteses autorizadas (LEP, *caput*, §§ 1º e 2º, do art. 52).

## Capítulo 6

### ❖ Dos Órgãos da Execução Penal

#### 1. Noções introdutórias

O desenvolvimento do processo execucional e a eficácia social da Lei de Execução Penal reclamam o desempenho de múltiplas atividades; hercúlea conjugação de esforços por parte de órgãos diretamente ligados a este sensível microssistema que é a execução criminal em sentido amplo.

A busca dos objetivos indicados já no art. 1º da LEP – punir e humanizar – impõe a constante atuação de órgãos simples e colegiados, estes, multiculturais e multidisciplinares por excelência, todos vocacionados para o trato da tormentosa problemática que, de longa data, deixou de ser meramente jurídica, visto que de contornos sociais bem definidos.

O art. 65 da LEP diz quais são os órgãos da execução penal.

São eles: 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.

#### 2. Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) é órgão subordinado ao Ministério da Justiça, composto por 13 (treze) membros titulares e 5 (cinco) suplentes, designados pelo Ministro da Justiça para mandato de 2 (dois) anos.

Dadas a abrangência e a interdisciplinaridade dos temas que passam pelo crivo do Conselho, seus membros serão escolhidos dentre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, além de representantes da comunidade e dos Ministérios

da área social, tudo com o objetivo de melhor discutir, sob múltiplos enfoques ditados pela experiência de cada integrante, as relevantes questões sempre em pauta.

Nos precisos termos do art. 64 da LEP, incumbe ao CNPCP, em âmbito federal ou estadual:

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 relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida 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.

Nos termos da Portaria do Ministério da Justiça 1.107/2008 (*DOU* 6-6-2008), além das atribuições listadas no art. 64 da LEP, o CNPCP tem por finalidade, especificamente:

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 metas e prioridades da política criminal e penitenciária; III – promover a avaliação periódica do sistema criminal e penitenciário para 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, inclusive casas de albergados; VII – estabelecer os critérios para a elaboração de estatística criminal; VIII – inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios dos Conselhos Penitenciários, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbidas as medidas necessárias a seu aprimoramento; IX – representar ao juiz da execução ou à autoridade administrativa para a 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; XI – opinar sobre matéria penal, processual penal e execução penal submetida à sua apreciação; XII – responder a consultas sobre matéria de sua atribuição, não conhecendo, a juízo prévio do Plenário, aquelas referentes a fatos concretos; XIII – estabelecer os critérios e prioridades para aplicação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN; XIV – realizar audiências públicas para a discussão de temas pertinentes às atividades do Conselho; e XV – exercer outras atribuições, desde que compatíveis com sua finalidade.

### **3. Do Juízo da Execução**

Ultrapassada a época em que se dizia que a execução penal era de natureza administrativa, e reconhecida sua inegável natureza jurisdicional, só é possível materializar o *devido processo legal* em juízo.

Isso implica afirmar a necessidade de um órgão oficial; público; de um juiz natural; de um juiz competente (CF, art. 5º, XXXVII); legalmente investido e imparcial; vocacionado a respeitar princípios que são caros para a democracia, dentre os quais calha destacar: dignidade da pessoa humana; igualdade; legalidade; ampla defesa; contraditório; humanização das penas; e fundamentação das decisões judiciais.

Juízo da execução ou juízo competente para o processo execucional é aquele sob cuja jurisdição se encontra o estabelecimento penal em que o

executado cumpre pena privativa de liberdade. A transferência do preso de um estabelecimento a outro implica em modificação de competência, sendo caso, portanto, de encaminhamento dos autos de execução, pelo juízo que deixou de ser, àquele que se tornou competente por ter *recebido* o preso transferido.

No caso de pena restritiva de direitos, competente é o juízo da comarca em que residir o condenado, visto que lá, em regra, é que ocorrerá a prestação. Vezes há em que o condenado poderá residir em uma determinada comarca e prestar serviços em comarca contígua, por falta de estrutura adequada naquela. Mesmo neste caso pensamos que a competência deverá ser definida pelo local da residência do condenado, salvo se aqueloutro for o juízo da sentença.

Competente para a execução de medida de segurança – internação ou tratamento ambulatorial (CP, art. 96, I e II) – é o juízo do local em que efetivamente ocorrer o tratamento.

A execução da pena de multa, desde a vigência da Lei n. 9.268/96, deixou de tramitar no juízo da execução, visto que foi transformada em dívida de valor. Sua execução ocorre na Vara da Fazenda Pública e o Ministério Público não é parte legítima para promovê-la.

**A LEP apresenta no art. 66 um rol exemplificativo de competências** vinculadas ao juiz da execução, e todas as questões relacionadas estão tratadas em momento oportuno, nesta mesma obra, para onde remetemos o leitor visando evitar o enfado da repetição.

*De per si*, as competências listadas são as seguintes:

**I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;**

A Súmula 611 do STF tem semelhante mensagem, e tudo tem relação com o princípio da retroatividade da lei benéfica, regulado no art. 5º, XL, da CF.

**II – declarar extinta a punibilidade;**

O art. 107 do CP enumera exemplificativamente causas de extinção da punibilidade.

Dentre outras, é possível mencionar, ainda, o cumprimento da suspensão condicional do processo (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95); do *sursis* (CP,

art. 82); e do livramento condicional (CP, art. 90).

### **III – decidir sobre:**

#### **a) soma ou unificação de penas;**

Soma de penas ocorrerá em caso de condenações diversas, conforme determina o art. 111 da LEP.

É possível, entretanto, que em sede de execução penal se estabeleça discussão a respeito da ocorrência de concurso de crimes – se é caso de concurso material, de concurso formal ou de crime continuado – não analisado no processo de conhecimento.

Exemplo comum ocorre com a instauração de processos criminais diversos contra um mesmo réu – um para cada crime – quando na verdade deveria ter ocorrido unidade de processo e julgamento por se tratar de crimes praticados em continuidade delitiva (CP, art. 71), com pena total significativamente menor.

Neste caso, porquanto não observada a continuidade na fase de conhecimento, é evidente que as condenações distintas serão somadas em sede de execução (LEP, art. 111), caso não se faça a unificação de pena dentro da execução, com a aplicação do art. 71 do CP e suas repercussões favoráveis em termos de pena.

Consoante a Súmula 715 do STF: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

#### **b) progressão ou regressão nos regimes;**

Adotado um sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, cabe ao juiz analisar se estão presentes os requisitos para a progressão tratada no art. 112 da LEP e também se é caso, diante de certas situações, de se impor a regressão de que fala o art. 118 do mesmo Diploma.

São requisitos gerais para a progressão de regime (LEP, art. 112): a) *requisito objetivo*: cumprimento de 1/6 da pena no regime em que estiver; b) *requisito subjetivo*: apresentar atestado de boa conduta carcerária firmado pelo diretor do estabelecimento em que se encontrar o executado.

Em relação aos crimes hediondos e assemelhados, o requisito subjetivo é o mesmo exigido para a generalidade dos casos, mas os requisitos objetivos para progressão são mais severos: 2/5, se primário; e 3/5, se reincidente o executado (art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90).

Para o condenado por crime contra a administração pública, a progressão de regime prisional também está condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais (CP, art. 33, § 4º).

**c) detração e remição da pena;**

De detração, cuida o art. 42 do CP.

Remição é tema que cuidaremos de forma detalhada em capítulo específico (LEP, arts. 126 a 130).

**d) suspensão condicional da pena;**

A suspensão condicional da pena ou *sursis* é instituto regulado nos arts. 77 a 82 do CP, cuja execução está tratada nos arts. 156 a 162 da LEP e será objeto de apreciação em capítulo específico.

**e) livramento condicional;**

De livramento condicional, trata o CP nos arts. 83 a 90, e a LEP nos arts. 131 a 146, também objeto de reflexões detalhadas em capítulo distinto nesta mesma obra.

**f) incidentes da execução.**

Cabe ao juiz de execução analisar e decidir a respeito de qualquer incidente de execução, dentre os quais podemos citar o *excesso* e também o *desvio* de execução (LEP, arts. 185 e 186).

Estes temas também serão analisados em momento oportuno, mais adiante.

**IV – autorizar saídas temporárias;**

As saídas temporárias estão reguladas nos arts. 122 a 125 da LEP.

**V – determinar:**

**a) a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução;**

A execução das penas restritivas de direitos está regulada nos arts. 147 a 155 da LEP.

**b) a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade;**

A conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade é regulada no art. 181 da LEP.

Desde a vigência da Lei n. 9.268/96, o art. 182 da LEP foi revogado e não há mais autorização legal para converter pena de multa em privativa de liberdade.

**c) a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos;**

Esta matéria encontra-se regulada no art. 180 da LEP.

**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;**

A execução das medidas de segurança está tratada nos arts. 171 a 174 da LEP.

**g) o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca;**

Isso nada mais é do que autorizar a transferência do preso ou do paciente judiciário (assim compreendido aquele que se encontra submetido ao cumprimento de medida de segurança imposta em processo judicial de natureza criminal).

**h) a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta Lei.**

A Lei n. 11.671/2008, que regula a transferência e a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima, dispõe em seu art. 3º que serão recolhidos nos respectivos estabelecimentos “aqueles cuja medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório”.

A admissão do preso, condenado ou provisório, em estabelecimento penal federal de segurança máxima “dependerá de decisão prévia e fundamentada do juízo federal competente, após receber os autos de transferência enviados pelo juízo responsável pela execução penal ou pela

prisão provisória” (art. 4º da Lei n. 11.671/2008, regulamentada pelo Decreto n. 6.877/2009).

**VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;**

Se bem analisado, o cumprimento desta determinação alcança todas as demais, visto que não é possível conceber o correto cumprimento da pena e da medida de segurança sem que ocorra o ideal atendimento às situações anteriormente indicadas.

**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;**

A Resolução 47 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), determina aos juízes de execução criminal realizar pessoalmente inspeção mensal nos estabelecimentos penais sob sua responsabilidade e tomar providências para seu adequado funcionamento, promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

**IX – compor e instalar o Conselho da Comunidade;**

O Conselho da Comunidade está regulado nos arts. 80 e 81 da LEP.

A Resolução 96 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre o Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário, trata da instalação de Conselhos de Comunidade pelos juízes de execução, no âmbito de suas respectivas competências.

**X – emitir anualmente atestado de pena a cumprir.**

Esta obrigação imposta ao juiz tem relação com a necessidade de manter o executado informado a respeito de sua situação perante a Justiça Criminal; datas previstas para benefícios etc.

A respeito da matéria, sugerimos consulta aos arts. 12 e 13 da Resolução 113 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança.

## 4. Do Ministério Público

O Ministério Público – diz o art. 127, *caput*, da CF – “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

*Parte* que é no processo de conhecimento (e, portanto, parcial), na fase seguinte à condenação ou imposição de medida de segurança – em sede de execução, portanto –, incumbe-lhe *fiscalizar* a esmerada satisfação do título executivo judicial formado.

É difícil aceitar sem inquietações que aquele que figurou como parte durante toda a fase de conhecimento, justamente no momento da execução do título formado deixe de ser parte e de atuar como tal.

Ressalvadas as exceções – e sem que isso configure crítica à vigorosa Instituição ou à atuação particularizada de seus respeitáveis membros –, isso talvez explique, ainda que em parte, a insistência em teses que sempre contrariam os interesses do executado, ainda que sustentadas à revelia de argumentos jurídicos sólidos e não traduzam, em verdade, a propalada *defesa da sociedade*.

Não é incomum perceber que a tese ministerial, no mais das vezes, se acolhida, dará ensejo ao maior encarceramento possível e irá resultar em insuperáveis entraves à obtenção de benefícios catalogados na LEP, como se tal proceder-padrão traduzisse sempre o atingimento das finalidades da pena (prevenção; retribuição etc.) e os objetivos da execução (punir e humanizar; ressocializar).

Seja como for, diz o art. 67 da LEP que o Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.

Dito isto com tal abrangência, era absolutamente desnecessário o art. 68 da LEP trazer rol exemplificativo de atribuições ministeriais no processo execucional, em verdadeira superfetação. São elas: 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 penas, 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.

Em harmonia com o disposto no parágrafo único do art. 68 da LEP, a Resolução 56 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público.

## **5. Do Conselho Penitenciário**

Na expressão dos arts. 69 e 70 da LEP, o Conselho Penitenciário é órgão consultivo e fiscalizador da execução da pena, e será integrado por membros nomeados pelo Governador do Estado, do Distrito Federal e dos Territórios, dentre professores e profissionais da área do direito penal, processual penal, penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade. A legislação federal e a estadual regularão seu funcionamento, e o mandato de seus membros terá a duração de quatro anos.

Incumbe ao Conselho Penitenciário:

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.

## **6. Dos Departamentos Penitenciários**

Conforme a redação do art. 71 da LEP, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), “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”.

São atribuições do Departamento Penitenciário Nacional (LEP, art. 72):

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 na 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. Parágrafo único. Incumbem também ao Departamento a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais (LEP, art. 73).

Por lei própria, os Estados podem criar Departamento Penitenciário ou órgão similar, com as atribuições que houver por bem estabelecer.

## **7. Do Patronato**

O patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (LEP, art. 78), com orientação e apoio para reintegrá-los à vida em liberdade; na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de dois meses, que poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego (LEP, art. 25); orientar os condenados à pena restritiva de direitos; fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviços à comunidade e de limitação de fim de semana; colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional (LEP, art. 79).

## **8. Do Conselho da Comunidade**

Em cada comarca, deve funcionar um Conselho da Comunidade, composto, no mínimo, por um representante de associação comercial ou industrial, um advogado indicado pela seção da Ordem dos Advogados do Brasil, um defensor público indicado pelo defensor público-geral e um assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais. Na falta da representação prevista nesse artigo, ficará a critério do juiz da execução a escolha dos integrantes do Conselho.

O art. 5º, § 1º, da Resolução 96, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Projeto Começar de Novo no âmbito do Poder Judiciário –, dispõe sobre a necessidade de instalação e regular funcionamento dos Conselhos da Comunidade, sobretudo no que tange à implementação de projetos de reinserção social.

*Rotary, Lions*, clubes de serviços em geral, lojas maçônicas, igrejas católica (pastoral do preso), evangélica etc., federações espíritas, associações comerciais, de pais, de moradores, de bairro, Associação de Proteção e Assistência Carcerária (APAC) são exemplos de forças comunitárias que devem ser canalizadas para a melhoria da execução das penas, pela via do Conselho da Comunidade.

## **9. Da Defensoria Pública**

Os princípios constitucionais que garantem em termos formais a dignidade da pessoa humana, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal não se materializam no processo executacional sem que se verifique a presença de *defesa técnica efetiva* durante todo o tempo de expiação da sanção penal.

Nem é preciso insistir que se os princípios mínimos acima lembrados não forem observados estaremos a patrocinar, em outras palavras, a derrocada do próprio sistema democrático adotado e anunciado já no art. 1º da CF.

Neste contexto é que se põe com a nota de imprescindibilidade a exigência de atuação defensoria qualificada em favor dos interesses do executado, que em superior análise, sob a ótica da homenagem aos princípios constitucionais, representa também a luta em favor de *valores* que interessam a toda a sociedade.

A reforçar o conceito-ideia de que o Ministério Público não atua no processo execucional apenas como *fiscal*, mas como *parte*, é que se faz manifesta a necessidade de defesa técnica efetiva neste momento delicado em que o condenado passa a resgatar sua dívida social.

A representação técnica das pessoas materialmente menos favorecidas – economicamente hipossuficientes – é incumbência da Defensoria Pública, que “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal” (Lei Complementar n. 80/84, art. 1º; CF, art. 134).

A Lei n. 12.313/2010 alterou a Lei n. 7.210/84 para incluir a Defensoria Pública como órgão da execução penal; modificar a redação dos arts. 16, 61, 80, 83, 129, 144 e 183 da LEP; e introduzir o Capítulo IX ao Título III (Dos Órgãos da Execução Penal), com os arts. 81-A e 81-B.

Conforme dispõe o art. 81-A, 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.

O art. 81-B apresenta rol de atividades que poderão/deverão ser desenvolvidas pela Defensoria Pública no curso do processo execucional, mas tal previsão, que não é exaustiva, nem precisava ter sido feita, dados a abrangência e o alcance da redação do art. 81-A.

Estão listadas exemplificativamente as seguintes atribuições:

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 § 1º 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.

## Capítulo 7

### ◆ Dos Estabelecimentos Penais

#### 1. Noções introdutórias

Muito embora a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) tenha alcançado eficácia jurídica há muito tempo, a verdade é que ainda está distante da desejada eficácia social.

Suas normas programáticas não se materializam e aqui temos, sem sombra de dúvida, o maior problema vivenciado pela execução penal e refletido na sociedade, já apavorada com as estatísticas da criminalidade e os alarmantes índices de reincidência em se tratando de pena privativa de liberdade, estimados em cerca de 80%.

Como está, no mais das vezes a LEP não passa de uma “carta de intenções”, já que pouco adianta dispor sobre a classificação inicial do preso; o cabimento de exame criminológico; adotar um sistema progressivo de cumprimento de pena e tantos outros institutos, se não há o ferramental necessário para as práticas que a lei assegura e determina.

O Estado-administração não disponibiliza Delegacias de Polícia e policiais treinados para as investigações; não investe adequada e inteligentemente na Justiça e seus órgãos auxiliares; não disponibiliza estabelecimentos em números suficientes para o cumprimento de pena nos regimes fechado, semiaberto e aberto; não separa presos provisórios de presos definitivos; permite que Centro de Observação seja letra morta (LEP, arts. 96 a 98), e que a ausência de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico proporcione diuturna violação de direitos fundamentais.

Quando analisamos a realidade prática dos estabelecimentos penais é que constatamos o tamanho do descaso de nossos governantes com o tema execucional.

*Grosso modo*, a constatação é a seguinte em quase toda a vasta extensão do território nacional: superlotação do regime fechado (no final de 2010

eram 500.000 presos e um *déficit* de 200.000 vagas); ausência de estabelecimentos com vagas suficientes para o regime semiaberto; ausência quase total de estabelecimentos para o cumprimento de pena no regime aberto (o que enfraquece não apenas o sistema progressivo adotado como também a eficácia das penas restritivas de direitos, conforme veremos no capítulo específico).

É impossível punir e humanizar (LEP, art. 1º) ou perseguir qualquer ideal ressocializador quando a realidade execucional permite que o executado aprenda todos os dias, por meio de reiterados exemplos do próprio Estado, que o descumprimento da lei é algo *normal*, que se pode fazer impunemente; que o descumprimento de garantias fundamentais é algo aceitável sob certas circunstâncias.

## 2. Disposições gerais

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

A LEP indica a existência dos seguintes tipos de estabelecimentos penais: a) penitenciária; b) Colônia Agrícola, Industrial ou Similar; c) Casa do Albergado; d) Centro de Observação; e) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico; e f) Cadeia Pública.

No Estado de São Paulo também há: Centro de Detenção Provisória; Centro de Progressão Penitenciária; Centro de Readaptação Penitenciária; Centro de Ressocialização; Ala de Progressão Penitenciária (disponível em: <<http://www.sap.sp.gov.br/>>).

Com vistas a materializar a classificação inicial (LEP, art. 5º) e a necessária individualização execucional, determina a Constituição Federal que a pena *será* cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (art. 5º, XLVIII). Em razão disso, o preso provisório deve ficar separado do condenado definitivo; o primário em seção distinta daquela reservada aos reincidentes; e o idoso, assim considerado o maior de 60 (sessenta) anos, deve ser recolhido em estabelecimento também distinto, com condições de atender a suas necessidades.

As mulheres devem ser recolhidas a estabelecimento adequado, distinto de qualquer que tenha destinação para homens, e tais instalações, em homenagem, dentre outros, ao princípio da dignidade da pessoa humana, deverão ser dotadas, exclusivamente, de agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

Para atender às necessidades de assistência ao executado e ao egresso (LEP, art. 11 a 27) e também ao ideal ressocializador, conforme sua natureza, o estabelecimento penal deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva; instalação destinada a estágio de estudantes universitários; salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante (LEP, art. 83).

O art. 85 da LEP determina que o estabelecimento penal *deverá* – a regra é impositiva – ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade, e incumbe ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinar o limite máximo de capacidade de cada estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Mantidas e respeitadas as determinações que obrigam a separação da clientela, é possível que num mesmo conjunto arquitetônico funcionem estabelecimentos de destinações diversas – masculino e feminino, inclusive –, desde que isolados de maneira a garantir a impossibilidade de contato e convivência entre os executados.

Como se nota, também aqui a Lei de Execução Penal é de boa qualidade e nada deve à sociedade. O problema é o abismo que há entre o ideal normativo e a realidade prática, esta, patrocinada pelo desidioso administrador público.

### **3. Da penitenciária**

A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado, e a União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios podem construir penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sob regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 87).

A LEP determina que as penitenciárias devem ser dotadas de celas individuais com área mínima de 6,00 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados), com dormitório, lavatório e aparelho sanitário, aeração, insolação e condicionamento térmico que garantam condições de salubridade.

As mulheres devem cumprir pena em estabelecimento próprio (CP, art. 37). Entenda-se: adequado.

Quando se tratar de penitenciária feminina, além do acima anotado, as instalações devem ser ajustadas de forma a atender a certas particularidades, o que inclui seção para gestante e parturiente, bem como creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos cuja responsável estiver presa, com atendimento por pessoal qualificado e treinado para as especificidades do local e circunstâncias.

Determina o art. 5º, L, da CF, que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, o que, em última análise, traduz respeito ao princípio da intranscendência ou da personalidade da pena, segundo o qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado (CF, art. 5º, XLV). Isso porque ter acesso à amamentação interessa, e muito, à criança recém-nascida, especialmente para que possa ingerir o colostro encontrado no leite materno, substância capaz de imunizá-la em relação a inúmeras doenças que surgem nesta primeira fase da vida.

A penitenciária masculina deve ser construída em local afastado do centro urbano (LEP, art. 90), sem que disso possa decorrer restrição ao exercício das visitas por familiares e amigos, até porque estes contatos são importantes para a manutenção ou reestruturação de vínculos afetivos e sociais que interessam ao processo de ressocialização.

#### **4. Da colônia agrícola, industrial ou similar**

A depender das norteadoras dos arts. 33 e 59 do CP, basicamente, o condenado poderá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade – reclusão ou detenção – no regime semiaberto, também chamado intermediário (por estar entre os dois extremos: aberto e fechado).

Pode ainda ser inserido no regime semiaberto em razão de progressão (LEP, art. 112) ou regressão de regime prisional (LEP, art. 118).

Seja como for, pena em regime semiaberto deve ser cumprida em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, e não em outro estabelecimento penal.

A falta de vaga em estabelecimento semiaberto é uma vergonhosa realidade em quase todo o país, e disso decorrem distorções que fulminam o sistema progressivo adotado, de maneira a prejudicar o processo execucional em relação ao atingimento de suas finalidades.

Mesmo após conceder progressão de regime, diante da falta de vagas muitos juízes de execução têm determinado que executados permaneçam indefinidamente no regime fechado aguardando vaga para transferência a estabelecimento semiaberto. Nestes casos a situação é a seguinte: de direito estão no regime semiaberto, mas, de fato, permanecem no fechado, aguardando vaga.

Entre outras violações, tal forma de agir configura negativa de vigência ao art. 3º da LEP; constitui excesso de execução (LEP, art. 185); contribui para a superlotação do regime fechado; quebra o sistema progressivo e a individualização que o acompanha de regime em regime.

Contra tal estado de coisas, o Superior Tribunal de Justiça tem posição bem clara e definida, visto que reiteradamente, e de longa data, acode a reclamações defensórias para determinar que executados aguardem vaga em regime aberto, inclusive na modalidade domiciliar, por entender que ele não pode ser prejudicado pela desídia do Estado-administrador.

Situação ainda mais grave se verifica quando o cidadão é condenado a cumprir pena desde o início no regime semiaberto e alguns juízes entendem que deva aguardar no regime fechado a superveniência de vaga em estabelecimento adequado.

Esta situação pode levar ao absurdo. Veja o exemplo: condenado a cumprir pena em regime fechado pela prática de crime de roubo qualificado, “Carlos Henrique” recorre ao Tribunal de Justiça visando a fixação do regime inicial semiaberto. Sem conseguir êxito, com a mesma finalidade recorre ao Superior Tribunal de Justiça e também ao Supremo Tribunal Federal. Após longa batalha recursal, tem sua pretensão acolhida e é determinado o início do cumprimento da pena no regime semiaberto. Verificado o trânsito em julgado da decisão e o cumprimento do mandado de prisão, a guia de recolhimento é expedida e encaminhada ao juízo de

execução. Preso, “Carlos Henrique” é levado para uma penitenciária e lá permanece, segundo o entendimento do juiz de execução, aguardando a existência de vaga para sua transferência a estabelecimento penal adequado.

É claro que tal proceder não atende ao desejo da LEP e não é correto.

Sim, sabemos que a solução inversa é arriscada e tem consequências deletérias, pois implica determinar que o condenado aguarde em casa a existência de vaga em estabelecimento adequado.

Não é menos perigoso para o estado democrático de direito, entretanto, descumprir solenemente decisão judicial e desprezar garantias constitucionais que interessam à estabilidade social, simplesmente porque o Estado – o mesmo Estado que pune o réu que *não cumpriu a lei* – não cumpre com sua obrigação de materializar condições para que a LEP seja aplicada. Há aqui, no mínimo, um grave conflito ético.

No cumprimento de pena em regime semiaberto, o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observada a garantia de salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (LEP, art. 92).

Aponta a LEP como requisitos básicos das dependências coletivas: a) a seleção adequada dos presos; b) o limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos de individualização da pena.

## **5. Da casa do albergado**

A falta de Casa do Albergado é outro grande problema, e infelizmente isto constitui regra na esmagadora maioria das comarcas espalhadas por todo o Brasil.

É preciso registrar, entretanto, a valorosa iniciativa de muitos na instalação e manutenção de estabelecimentos desta natureza.

Falamos no item anterior que a falta de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime semiaberto tem produzido graves distorções no sistema progressivo adotado. Com o regime aberto, não é diferente. Na verdade, é ainda mais grave.

A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto (LEP, arts. 113 a 116), e da pena de limitação de fim de semana.

A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado. Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas (CP, art. 48).

Ocorre, entretanto, que a falta de tais estabelecimentos tem levado à seguinte situação: o preso recebe progressão do regime semiaberto para o aberto. Diante da ausência de Casa de Albergado, o juiz de execução se vê compelido a permitir que a pena seja cumprida na modalidade domiciliar, o que a rigor só poderia ocorrer naquelas situações excepcionais listadas taxativamente no art. 117 da LEP, a saber:

- I – condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II – condenado acometido de doença grave;
- III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV – condenada gestante.

Uma vergonha!

E há mais.

Em muitos casos ocorre condenação ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime aberto e, presentes os requisitos do art. 44 do CP, dá-se a substituição por restritivas de direitos.

Nesta hipótese, se o condenado se recusar a cumprir a restritiva de direitos ou se ela for convertida em privativa de liberdade em razão do cometimento de falta grave (LEP, art. 51), no final das contas o condenado será beneficiado. Sim, porque, desconsiderada ou revogada a restritiva de direitos (CP, art. 44, § 4º), deverá cumprir a pena aplicada com observância ao regime fixado na sentença, no caso do exemplo, o aberto, e diante da falta de estabelecimento adequado acabará recebendo o albergue domiciliar.

E depois querem que o sistema de Justiça Criminal e a LEP produzam efeitos positivos!

Hipocrisia pura.

A LEP diz que em cada região deve haver pelo menos uma Casa do Albergado, e segundo pensamos a expressão *região* quer dizer, em verdade, *comarca*.

Tais estabelecimentos devem conter aposentos para os presos em regime aberto e também espaços para que ali se possa ministrar cursos e palestras, bem como instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Onde houver, a Casa do Albergado deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (LEP, art. 94).

## **6. Do centro de observação**

No Centro de Observação, que será instalado em unidade autônoma ou em anexo a estabelecimento penal, realizar-se-ão pesquisas criminológicas, exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação (LEP, arts. 96 a 97).

Antevendo o descaso do administrador público, diz o art. 98 da LEP que os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação, na falta do Centro de Observação.

O problema é que na maioria das comarcas não é possível contar com qualquer das opções apontadas.

## **7. Do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico**

Adotado o sistema do duplo binário (pena ou medida de segurança, sem possibilidade de aplicação cumulativa), provada a prática de conduta típica, a respectiva autoria e, sendo o caso, a materialidade, se ficar apurado que ao tempo da ação ou omissão o réu era absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, ao invés de proferir sentença condenatória o juiz irá sentenciar a absolvição imprópria – que melhor seria chamar condenação imprópria – e aplicar medida de segurança.

Veze há em que a doença mental ou a perturbação da saúde mental se apresenta superveniente ao delito e à própria condenação: surge durante a execução da pena privativa de liberdade. Nestes casos, 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 (LEP, art. 183). Bem por isso diz o art. 108 da LEP que o condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, conforme complementa o art. 41 do CP.

Conforme o art. 96, I e II, do CP, as medidas de segurança são as seguintes:

- I – Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
- II – sujeição a tratamento ambulatorial.

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, que também deve atender aos requisitos de salubridade, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, é destinado ao acolhimento dos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do CP (LEP, art. 99).

Com vistas à adequada terapêutica neste campo sensível em que se insere o paciente judiciário, o exame psiquiátrico e os demais exames necessários ao tratamento são obrigatórios para todos os internados.

O tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação se o agente revelar incompatibilidade com a medida (LEP, art. 184, *caput*).

## **8. Da cadeia pública**

A fim de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar (LEP, art. 103), cada comarca deve ter ao menos uma Cadeia Pública, instalada próximo, mas não dentro de centro urbano, dotada de celas individuais com área mínima de 6,00 m<sup>2</sup> (seis metros quadrados), que devem conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, aeração, insolação e condicionamento térmico que permitam condições de salubridade compatíveis com a dignidade humana (LEP, art. 104).

Ocorre, entretanto, que Cadeia Pública não é local adequado para cumprimento de pena privativa de liberdade. Destina-se apenas e tão somente ao recolhimento de presos provisórios, vale dizer: presos que ainda não têm contra si sentença penal condenatória com trânsito em julgado para ambas as partes (acusação e defesa).

## Capítulo 8

### ◆ Das Penas Privativas de Liberdade

#### 1. Noções introdutórias

Nos precisos termos do art. 5º, XLVI, da CF, a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Largamente aplicadas, são estas as penas privativas de liberdade previstas na legislação brasileira: a) reclusão; b) detenção; e c) prisão simples.

Mesmo naquelas hipóteses em que a pena final é restritiva de direito, pela regulamentação contida no Código Penal deve ser aplicada, antes, uma pena privativa de liberdade, para que depois esta seja substituída por aquela, conforme decorre do disposto no art. 44.

Quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo, por outro vértice, o art. 72 da Lei n. 9.099/95 permite transação penal com a aplicação imediata de pena restritiva de direito, portanto, sem que antes tenha sido fixada reprimenda privativa de liberdade.

#### 2. Dos regimes

Deve o juiz, na sentença condenatória, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade (LEP, art. 110).

Nos precisos termos do art. 6º da LCP, “a pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto”.

Como regra geral, a depender da conjugação das norteadoras dos arts. 33 e 59 do Código Penal, as penas privativas de liberdade podem ser cumpridas em regime aberto, semiaberto ou fechado.

Na dicção do art. 33, *caput*, do CP, a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado, como decorre da incidência do art. 111 da LEP.

Esclarece o § 1º do citado art. 33 que se considera: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O Código Penal dispõe a respeito dos regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade nos seguintes termos:

### ***Regime fechado***

Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§ 1º O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§ 3º O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

### ***Regime semiaberto***

Art. 35. Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

### ***Regime aberto***

Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Tendo como base critério quantitativo, que nem por isso deixa de ser valorativo, o art. 33, § 2º, do CP, estabelece uma escala básica para a imposição de regime prisional, nos seguintes termos:

◆ *Pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos*: se primário e de bons antecedentes, o condenado poderá cumpri-la no regime aberto. Ao contrário, se for reincidente (CP, art. 63) ou ostentar antecedentes desabonadores, o regime inicial será agravado.

◆ *Pena superior a 4 (quatro) anos, mas que não excede a 8 (oito)*: se primário e de bons antecedentes, o condenado poderá iniciar o cumprimento no regime semiaberto. Conforme anotado na opção anterior, a reincidência e a presença de antecedentes desabonadores implicará exasperação do regime.

◆ *Pena superior a 8 (oito) anos*: independentemente da natureza da infração, da primariedade e da ausência de antecedentes desabonadores, deverá o condenado iniciar o cumprimento no regime fechado.

Estes parâmetros que devem ser observados pelo juiz de conhecimento não são tão exatos a ponto de não sofrer influências que permitam certa flexibilização. A propósito, diz o § 3º do art. 33 do CP que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do CP.

Em harmonia com o dispositivo apontado, extrai-se do art. 59, III, do CP, que na fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade o juiz deve levar em conta a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do delito, bem como o comportamento da vítima.

No exercício da atividade individualizadora, por ocasião da escolha e fixação do regime, deve o juízo de condenação observar critérios de *necessidade e suficiência* para a *reprovação e prevenção* do crime.

De ver, entretanto, que consoante a Súmula 718 do STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”. E esclarece a Súmula 719 do STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

É preciso consignar, nesse passo, que o art. 59 do CP é um dos dispositivos mais desprestigiados na realidade prática; em regra, incompreendido, e por isso muito mal interpretado e aplicado.

Calha anotar que a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), em seu art. 2º, § 1º, determina que o condenado por crime hediondo ou assemelhado deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, independentemente da quantidade de pena aplicada.

Com relação ao crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), muito embora seja apontado na Lei dos Crimes Hediondos, entendemos que é possível o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, semiaberto ou aberto, a depender das incidências das variantes dos arts. 33 e 59 do CP, por se tratar de crime previsto em lei especial (como sempre insiste em enfatizar o STF para outras situações), que é posterior à Lei dos Crimes Hediondos, e não haver na regulamentação especial qualquer vedação neste sentido, nada obstante o endurecimento revelado em seu art. 44 (da Lei de Drogas). Para melhor compreensão, conferir: Renato Marcão, *Tóxicos*, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

Também o art. 10 da Lei n. 9.034/95 (Lei de Combate ao Crime Organizado) impõe o regime inicial fechado aos crimes de que cuida.

Como veremos em capítulo específico, as penas privativas devem ser executadas de forma progressiva (CP, arts. 33, § 2º, e 40; LEP, art. 112), o que implica a passagem de um regime mais severo para outro mais brando. Exemplo: progressão do regime fechado para o semiaberto, ou deste para o aberto.

A regressão, a seu turno, determina caminho inverso: do regime mais brando para o mais rigoroso.

Ambos os institutos (progressão e regressão) não admitem *saltos*, o que também será analisado no momento adequado.

### 3. Expedição de guia de recolhimento

Não há execução sem título.

A execução de pena privativa de liberdade pressupõe, sempre, a existência de título executivo judicial.

A guia de recolhimento, também conhecida como carta de guia, é o documento que materializa o título executivo judicial que serve de base à instauração válida do processo execucional. É documento imprescindível para a execução, e por isso enfatiza o art. 107 da LEP que “ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária”.

Terminado o processo de conhecimento, se houver condenação é preciso que a pena aplicada seja executada.

Relembrando que estamos a tratar da **execução de pena privativa de liberdade**, verificado o trânsito em julgado da sentença ou acórdão condenatório, a serventia do juízo deverá providenciar certidão a respeito nos autos do processo de conhecimento (certidão de trânsito em julgado), e a partir daí surgem três situações distintas:

◆ *1ª situação*: o condenado já estava preso cautelarmente, e, portanto, já havia guia de execução provisória expedida, devidamente registrada no juízo de execução, como manda a Resolução 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (arts. 8º a 11).

Neste caso, com o trânsito em julgado absoluto da condenação o juízo de conhecimento determinará a expedição da guia de recolhimento definitiva e seu envio ao juízo competente para a execução, com a posterior remessa do processo de conhecimento ao arquivo.

◆ *2ª situação*: o condenado respondeu ao processo em liberdade.

Na situação tratada, depois de certificado o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, observado o regime prisional aplicado, será expedido mandado de prisão e enviado à polícia para cumprimento.

Cumprido o mandado de prisão, expedir-se-á guia de recolhimento, que será enviada ao juízo competente para a execução e depois o processo de conhecimento será enviado ao arquivo.

◆ *3ª situação*: o condenado respondeu ao processo em liberdade.

Na mesma situação tratada no item anterior, expedido o mandado de prisão o condenado não é encontrado por estar em lugar incerto e não sabido.

Diante de tal quadro, é preciso aguardar a prisão do condenado ou eventual prescrição.

Assim, deverá o juiz do processo de conhecimento determinar que se faça nos autos respectivos a conta de apuração do lapso prescricional, com a indicação da data prevista para a extinção da punibilidade (art. 104, IV, CP). Em seguida determinará a abertura de vista dos autos a fim de que Ministério Público e defesa se manifestem sobre o cálculo prescricional.

Vencido o prazo assinalado para as manifestações das partes, com ou sem elas nos autos o juiz irá lançar decisão de homologação, ou não, da conta referente ao lapso prescricional.

Se não a homologar, deverá mandar seja refeita, indicando os parâmetros que entender corretos.

Sobrevindo decisão de homologação (da conta originária ou daquela refeita), na mesma ocasião o juiz determinará que os autos permaneçam em cartório no aguardo do cumprimento do mandado de prisão para posteriores deliberações.

A partir daí surgem duas possibilidades: a) o mandado de prisão não é cumprido e ocorre a prescrição, quando então deverá ser julgada extinta a punibilidade com fundamento no art. 107, IV, do CP; ou, b) o mandado de prisão é cumprido antes de expirado o lapso prescricional, e então o juiz deverá determinar a expedição da guia de recolhimento, bem como sua remessa ao juiz competente para a execução, seguindo os autos do processo de conhecimento ao arquivo.

### **3.1 Requisitos da guia de recolhimento**

Diz o art. 106 da LEP que a guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o juiz, será remetida à autoridade 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.

O § 3º do art. 106 determina requisito especial, sempre que se tratar de condenado que era funcionário da administração da Justiça criminal quando da prática do delito. Manda que se faça tal menção na guia de recolhimento, a fim de que no juízo da execução se observe o comando do art. 84, § 2º, da LEP, que *assegura* ao executado o direito de cumprir sua pena em dependência separada dos demais detentos.

Para dar atendimento ao disposto no art. 67, determina o § 1º do art. 106, ambos da LEP, que o Ministério Público deverá ter ciência da guia de recolhimento, que, a seu turno, será retificada sempre que sobrevier modificação quanto às informações que nela constar, como é o caso das datas de início da execução ou tempo de duração da pena, o que poderá advir, inclusive, do teor de decisão proferida em sede de revisão criminal.

Sobre a expedição da guia de recolhimento, conta de liquidação e temas correlatos, é imprescindível que se consulte a Resolução 113, de 20 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

#### **4. Conta de liquidação de pena**

Para a correta orientação do processo executacional e respeito a princípios e garantias fundamentais, é imprescindível que já no primeiro momento, assim que instaurada a execução – provisória ou definitiva –, o juiz determine a realização da conta de liquidação de pena.

Esta conta deverá apontar a data de início do cumprimento da pena; eventual detração (CP, art. 42); soma ou unificação de pena (CP, arts. 69, 70 e 71; LEP, art. 111); comutação de pena (LEP, art. 192); a data prevista para o término da pena; datas estimadas para benefícios como progressão de regime, saídas temporárias e livramento condicional.

Elaborada a conta, o juiz deverá determinar a abertura de vista nos autos do processo de execução e a intimação do Ministério Público e da defesa para que sobre ela se manifestem, apresentando eventuais impugnações.

Após, decidirá em termos de homologação, ou não, e nesta última hipótese deverá determinar seja a conta refeita segundo os parâmetros que

entender corretos.

Contra a decisão de homologação cabe agravo em execução (LEP, art. 197), muito embora tal decisão homologatória não transite em julgado materialmente.

Com base nos apontamentos da conta de liquidação, compete ao juiz da execução emitir anualmente atestado de pena a cumprir (LEP, art. 66, X), que deverá ser entregue ao condenado. Neste particular, dispõe o art. 5º, § 2º, da Resolução 113 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que: “Homologado o cálculo de liquidação, a secretaria deverá providenciar o agendamento da data do término do cumprimento da pena e das datas de implementação dos lapsos temporais para postulação dos benefícios previstos em lei, bem como o encaminhamento de duas cópias do cálculo ou seu extrato ao diretor do estabelecimento prisional, a primeira para ser entregue ao executado, servindo como atestado de pena a cumprir e a segunda para ser arquivada no prontuário do executado”.

Ainda sobre o atestado de pena a cumprir, determina a Resolução 113 do CNJ:

Art. 12. A emissão de atestado de pena a cumprir e a respectiva entrega ao apenado, mediante recibo, deverão ocorrer: I – no prazo de sessenta dias, a contar da data do início da execução da pena privativa de liberdade; II – no prazo de sessenta dias, a contar da data do reinício do cumprimento da pena privativa de liberdade; e III – para o apenado que já esteja cumprindo pena privativa de liberdade, até o último dia útil do mês de janeiro de cada ano.

E arremata:

Art. 13. Deverão constar do atestado anual de cumprimento de pena, dentre outras informações consideradas relevantes, as seguintes: I – o montante da pena privativa de liberdade; II – o regime prisional de cumprimento da pena; III – a data do início do cumprimento da pena e a data, em tese, do término do cumprimento integral da pena; e IV – a data a partir da qual o apenado, em tese, poderá postular a progressão do regime prisional e o livramento condicional.

Dispõe a Súmula 715 do STF que “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código

Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

## **5. Soma ou unificação de penas**

Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, diz o art. 111, *caput*, da LEP, que 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. E acrescenta seu parágrafo único: “Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime”.

Analisando um caso concreto, é possível que o executado tenha praticado vários crimes e que em relação a eles tenham sido instaurados processos distintos, dos quais poderão resultar, ao final, várias condenações.

Imaginemos o seguinte caso: “Carlos Henrique”, circunstancialmente primário e de bons antecedentes, furtou 9 (nove) bicicletas em datas distintas, de vítimas diversas, e em razão disso foram instaurados 9 (nove) inquéritos policiais, dos quais resultaram 9 (nove) processos criminais e 9 (nove) condenações, todas aplicando pena mínima: 1 (um) ano de reclusão no regime inicial aberto, e multa.

Em sede de execução penal, é possível se discuta o acerto, ou não, das condenações terem sido proferidas em processos distintos, isso porque é cabível que se defenda, mesmo em sede de processo executacional, estejam os crimes ligados entre si pela continuidade delitiva (CP, art. 71), do que resultaria pena bem mais branda do que na hipótese de concurso material.

Disso resulta que: a) se for reconhecida a continuidade delitiva, deverá ocorrer unificação de pena nos moldes do art. 71 do CP, com significativa redução da pena total; b) caso se entenda que os crimes foram praticados em concurso material (CP, art. 69), ocorrerá a soma das penas para efeito de execução.

No exemplo usado, se as penas forem somadas o total irá ultrapassar o limite de 8 (oito) anos, e então o regime que era o aberto passará para o fechado, por força do disposto no art. 111 da LEP combinado com o art. 33, § 2º, *a*, do CP.

Se no curso da execução de pena privativa de liberdade sobrevier condenação nova, para efeito de apurar o regime que será observado na execução, a nova pena aplicada deve ser somada ao restante daquela que já estava sendo executada, na forma como delimita o art. 33, § 2º, *a, b e c*, do CP.

O reconhecimento em sede de execução penal do concurso formal de crimes (CP, art. 70), também irá implicar modificação no total da pena final imposta no processo de conhecimento.

Havendo condenações por crimes diversos, diz o art. 76 do CP que, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

É o que ocorre, por exemplo, quando houver condenação pela prática de crime hediondo ou assemelhado e outro não hediondo.

## **6. Superveniência de doença mental**

Pode ocorrer que no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade o executado seja acometido por doença mental ou perturbação da saúde mental, hipóteses em que 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 (LEP, art. 183) e o encaminhamento do executado a Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (LEP, art. 108), tema que trataremos com maior profundidade no capítulo 18, item 2, intitulado “Das conversões”.

## **7. Extinção da pena**

Cumprida ou extinta a pena – diz o art. 109 da LEP –, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do juiz, se por outro motivo não estiver preso.

O cumprimento a que se refere a lei não permite qualquer dúvida: é o cumprimento integral da reprimenda, observada eventual detração; unificação; remição; ou comutação.

A extinção, a seu turno, pode decorrer de causa diversa ao cumprimento, como é exemplo a concessão de anistia e o indulto (CP, arts. 107, II; LEP, 187 e 192).

## Capítulo 9

### ◆ Da Progressão e da Regressão de Regime

#### 1. Noções introdutórias

Com vistas à readaptação gradual do condenado, até que presumivelmente se encontre em condições de retornar à vida em sociedade, a Lei de Execução Penal adotou um modelo de sistema progressivo de cumprimento de pena privativa de liberdade, segundo o qual, atendidos os requisitos que especifica, o executado poderá passar de um regime mais rigoroso para outro mais brando, até que possa retornar definitivamente à vida livre.

Paralelamente à progressão, a lei regula a regressão de regime, que irá determinar o caminho inverso. Vale dizer: pela regressão o executado passará de um regime mais brando para outro mais severo.

É o que veremos a seguir.

#### 2. Da progressão de regime

Conforme dispõe o art. 112 da LEP, “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 um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”.

##### ***2.1 Requisitos para a progressão***

Na generalidade dos casos, para que consiga a progressão de regime prisional é imperioso que o executado atenda ao binômio “tempo e mérito”.

Para obter progressão, portanto, o executado deve provar que preenche os dois requisitos exigidos, a saber:

- a) *requisito objetivo*: cumprimento de determinada fração de pena (tempo de pena efetivamente cumprida);
- b) *requisito subjetivo*: mérito para a progressão, que deverá ser demonstrado em atestado de boa conduta carcerária firmado pelo diretor do estabelecimento prisional em que se encontrar.

A satisfação de apenas um dos requisitos, isoladamente, não autoriza o benefício.

Em se tratando de progressão para o regime aberto, o executado também deverá atender ao disposto no art. 114 da LEP.

### **2.1.1 Requisito objetivo**

Como regra geral, para a satisfação do requisito objetivo, o art. 112 da LEP exige o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena no regime em que se encontrar.

De forma especial, em se tratando de crime hediondo ou assemelhado, o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) exige que o executado cumpra 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, ou 3/5 (três quintos), caso seja reincidente.

### **2.1.2 Requisito subjetivo**

A Lei n. 10.792/2003 alterou o art. 112 da LEP e, dentre outras modificações, determinou que para obter progressão o executado terá que ostentar bom comportamento carcerário, cuja prova será feita nos autos com a apresentação de *atestado de conduta carcerária* firmado pelo diretor do estabelecimento.

A prova do mérito (requisito subjetivo) se faz, portanto, com a juntada do referido atestado.

Em última análise, quando o diretor do estabelecimento atesta que o preso tem bom comportamento carcerário, ele está afirmando sobre algo passado que também se faz manifesto no presente e que, ao que tudo indica, irá repercutir positivamente no futuro.

Em outras palavras, está a dizer que o preso respeitou e ainda respeita as regras internas de disciplina.

A leitura que se faz disso é de que, em melhores condições – alcançadas com a progressão –, deverá o executado comportar-se tal qual ou ainda melhor.

O atestado de conduta carcerária tem, portanto, os olhos voltados para o passado, o presente e o futuro. Não deixa de indicar, de certa forma, uma prognose.

Desde a Lei n. 10.792/2003, segundo pensamos, não é correto determinar que o preso seja submetido a exame criminológico para efeito de avaliar se conta com mérito para progressão.

A lei não muda para ficar tudo como estava, e é preciso admitir que a lei mudou, com vistas a alterar o método de avaliação do requisito subjetivo.

A mudança não foi saudável, sempre sustentamos isso, mas daí a corrigir “na caneta” as imperfeições legislativas...

Defendemos, mediante necessária mudança da lei, a volta do exame criminológico para apreciação do requisito subjetivo, mas apenas em relação a determinados tipos de crimes, tais como os hediondos e assemelhados e outros que escapam da Lei n. 8.072/90, praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

Da forma como a lei está, não dá para determinar o exame criminológico, até porque, se o executado provar que cumpriu a fração exigida como requisito objetivo e juntar aos autos atestado de bom comportamento carcerário, indeferir pedido de progressão com base em apontamentos do referido exame, em última análise, resultará em indeferir pedido de progressão com base em requisitos que a lei não reclama.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diverso, conforme exposto na Súmula 439, *verbis*: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Em relação aos crimes hediondos e assemelhados, o Supremo Tribunal Federal expediu a Súmula Vinculante 26, que tem a seguinte redação:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 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.

Desta Súmula Vinculante, é possível extrair que a realização de exame criminológico só é possível em se tratando de crime hediondo ou equiparado, o que afasta a possibilidade de realização quando se tratar de crime que escape de tal rotulação.

Com efeito, podendo dispor sobre a generalidade dos casos, o Supremo Tribunal Federal particularizou os crimes que menciona, o que permite concluir que não se buscou permitir a incidência da regra para a generalidade dos casos.

As decisões da Suprema Corte, entretanto, apontam em sentido contrário ao da nossa observação, sempre para permitir a determinação de exame criminológico, desde que o juiz assim proceda de forma fundamentada.

### ***2.1.3 Requisito especial***

Quando se tratar de condenação por crime praticado contra a administração pública, para obter progressão de regime, além dos requisitos gerais acima analisados o executado deverá provar que efetuou a reparação dos danos causados ou a devolução do produto do ilícito, com os acréscimos legais (CP, art. 33, § 4º).

## **3. Progressão para o regime semiaberto**

O regime semiaberto também é denominado na doutrina e na jurisprudência como *regime intermediário*, e isso por encontrar-se entre os regimes fechado e aberto.

Observados os requisitos legais, especialmente as norteadoras dos arts. 33 e 59 do Código Penal, é possível que o condenado inicie o cumprimento da pena privativa de liberdade em qualquer dos regimes prisionais previstos na lei brasileira, a saber: fechado, semiaberto ou aberto.

Se iniciar o cumprimento no fechado, atendidos os requisitos estudados no item anterior, receberá progressão para o regime semiaberto.

Recebida a progressão, deverá ser transferido da penitenciária (LEP, art. 87) para Colônia Penal Agrícola, Industrial ou similar (LEP, art. 91).

No regime semiaberto, durante o dia o executado fica sujeito ao trabalho em conjunto com os demais detentos, e é permitido o trabalho externo, bem como a frequência a cursos em todos os níveis, inclusive profissionalizante.

O problema, na prática, é que em boa parte das vezes o executado recebe a progressão só que, em razão da ausência de vaga em estabelecimento adequado, continua no regime fechado enquanto aguarda vaga que permita sua transferência.

Em casos tais, de direito o executado estará no regime semiaberto, mas, de fato, no fechado.

Para estas hipóteses, o STJ e STF têm posições bem definidas: o preso deve aguardar no regime aberto a superveniência de vaga.

Como em regra também não há estabelecimento adequado para cumprimento de pena no regime aberto, o que se tem feito desde longa data é determinar que aguarde vaga em casa, mediante albergue domiciliar (LEP, art. 117).

Veze há em que o executado inicia o cumprimento da pena no regime semiaberto, quando então, satisfeitos os requisitos anteriormente analisados, e outros mais que veremos a seguir, poderá receber progressão para o regime aberto.

#### **4. Progressão para o regime aberto**

Estando no regime semiaberto, para obter progressão de regime para o aberto o executado deverá demonstrar que satisfaz os requisitos objetivo e subjetivo (tempo e mérito).

Caso tenha ingressado no regime semiaberto por progressão, deverá cumprir 1/6 da pena restante e juntar atestado de boa conduta carcerária, firmado pelo diretor do estabelecimento em que agora se encontrar.

No caso de crime hediondo ou assemelhado, deverá cumprir 2/5 da pena restante, se primário, ou 3/5, se reincidente.

Além de demonstrar que satisfaz os requisitos gerais anteriormente analisados, à luz do disposto no art. 114 da LEP, 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.

Poderão ser dispensados do trabalho: a) o condenado maior de 70 (setenta) anos; b) o condenado acometido de doença grave; c) a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; d) a condenada gestante.

♦ *Condições legais, gerais e obrigatórias*: a lei determina (LEP, art. 115) que o executado que deva cumprir pena no regime aberto *ficará* sujeito às seguintes condições, que necessariamente devem ser impostas: a) permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; b) sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados; c) não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial; d) comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

*São condições legais* porque previstas na lei; *são gerais* porque, além delas, o juiz poderá estabelecer condições outras, ditas especiais; *são obrigatórias* porque a lei impõe sejam fixadas, não constituindo mera faculdade conferida ao juiz.

♦ *Condições judiciais, especiais e facultativas*: a lei outorga ao juiz a possibilidade/faculdade de fixá-las, ou não, conforme a individualização executiva da pena recomendar, e bem por isso o juiz poderá, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, proceder a determinados ajustes; modificar as condições estabelecidas, desde que as circunstâncias assim o recomendem (LEP, art. 116).

Na dicção do art. 113 da LEP, “o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz”.

É permitido ao legislador Estadual editar normas complementares para o cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto (LEP, art. 119).

Recebendo progressão do regime semiaberto para o regime aberto, o executado será transferido da Colônia Penal Agrícola, Industrial ou similar (LEP, art. 91) para a Casa do Albergado (LEP, art. 93).

Porque em vida livre, embora com algumas restrições, o cumprimento de pena em regime aberto pressupõe disciplina e responsabilidade.

Nestas condições, “o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga” (CP, art. 36, § 1º).

## **5. Progressão por salto**

É incabível progressão por salto, vale dizer: o executado não pode sair do regime fechado direto para o aberto, ainda que tenha cumprido tempo de pena suficiente e apresente atestado de boa conduta carcerária.

É preciso que passe, antes, pelo regime semiaberto, para depois seguir o caminho determinado pela lei.

## **6. Albergue domiciliar**

Albergue domiciliar é o cumprimento de pena no regime aberto, em residência particular; em casa.

Esta possibilidade extrema só ocorre diante de casos realmente particulares, e pela letra da lei não é possível conceder albergue domiciliar fora das hipóteses taxativamente previstas no art. 117 da LEP.

São requisitos para o ingresso no regime aberto, modalidade domiciliar: a) estar no regime aberto; b) encontrar-se em uma das situações que seguem: condenado maior de 70 (setenta) anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; condenada gestante.

Disso resulta afirmar que o condenado que estiver em regime fechado ou semiaberto, ainda que se encontre numa daquelas situações listadas no art. 117 da LEP, não poderá cumprir pena na modalidade domiciliar.

O art. 146-B, IV, da LEP, introduzido com a Lei n. 12.258/2010, diz que o juiz poderá definir a fiscalização por meio de monitoramento eletrônico quando conceder a prisão domiciliar.

Nada obstante a taxatividade do art. 117, o desleixo do Estado-administração com o sistema prisional faz com que todos os dias presos que não atendem aos requisitos legais sejam submetidos ao regime aberto, na

modalidade domiciliar, conforme já anunciamos em outras ocasiões neste mesmo livro.

Não se deve confundir a prisão albergue domiciliar com a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, portanto, de natureza cautelar, regulada nos arts. 317 e 318 do CPP. Sobre o tema, conferir: Renato Marcão, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

## **7. Procedimento e fundamentação da decisão judicial**

O art. 112, § 1º, da LEP, determina que a decisão sobre progressão de regime prisional será sempre fundamentada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

De ver, entretanto, que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais já consta do art. 93, IX, da CF, de maneira que a lembrança na LEP era até desnecessária, como de resto também eram desnecessárias as referências de igual teor na Súmula Vinculante 26 do STF e na Súmula 439 do STJ.

## **8. Compreendendo o sistema progressivo**

Conforme a lei, o sistema progressivo adotado é virtuoso.

Satisfeitos os requisitos indicados, o executado passará do regime mais severo para o mais brando.

Em situação extrema, iniciando o cumprimento da pena no regime fechado, após atender aos requisitos da lei, receberá progressão para o regime semiaberto, e deste, em iguais condições, para o regime aberto.

Estando no regime aberto, caso se encaixe em qualquer das situações listadas no art. 117 da LEP, poderá cumprir o restante da pena em sua residência.

Nesta ordem, iniciará o cumprimento da pena em penitenciária, depois será transferido para colônia penal agrícola, industrial ou similar, e desta para uma casa do albergado, podendo terminar em sua residência, nas hipóteses extremas já conhecidas.

O problema é que no Brasil alguns princípios constitucionais são diuturnamente desprestigiados e a LEP não é cumprida, e isso fulmina o sistema progressivo ideal, pois, conforme já dissemos, não há vagas nos regimes fechado e semiaberto e, em regra, não há sequer estabelecimento para cumprimento de pena no regime aberto.

## 9. Regressão de regime prisional

Conforme anotamos alhures, paralelamente à progressão de regime prisional a LEP disciplina a regressão, que implica no agravamento da situação do condenado, na medida em que irá ensejar sua transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos do que aquele em que estiver quando da verificação de uma das situações que autorizam regressão de regime.

*A primeira hipótese legal que autoriza regressão é a prática de fato definido como crime doloso ou o cometimento de falta grave (LEP, art. 118, I).*

Neste caso, basta a prática do crime; não é necessário aguardar o término das investigações; a instauração de ação penal; sentença de condenação ou o trânsito em julgado desta.

Aguardar tais rituais judiciais por certo implicaria no cumprimento integral da pena, sem que a regressão fosse levada a efeito.

Necessário notar que somente a prática de crime doloso é capaz de legitimar regressão, o que exclui tal consequência quando se tratar da prática de contravenção penal ou crime culposos.

A prática de crime preterdoloso autoriza regressão, visto que na hipótese há dolo na conduta antecedente e somente o resultado que agrava é alcançado mediante comportamento culposos (imprudência, negligência ou imperícia).

É indiferente seja o crime doloso punido com reclusão ou detenção; tanto faz.

Também a falta grave autoriza regressão, e neste caso é preciso consultar os arts. 50 e 52 da LEP, por serem estes os únicos dispositivos que indicam, de forma taxativa, quais são as condutas que ensejam falta grave no cumprimento de pena privativa de liberdade.

O art. 50 elenca as seguintes condutas: a) incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; b) fugir; c) possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; d) provocar acidente de trabalho; e) descumprir, no regime aberto, as condições impostas; f) inobservar os deveres previstos nos incisos II (obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se) e V (execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas) do art. 39 da LEP; g) ter em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

O art. 52, assim como o art. 118, I, diz que *a prática* de fato previsto como *crime doloso* constitui falta grave. Valem aqui as observações anteriormente feitas, no início desse item.

*A segunda hipótese* de regressão está prevista no art. 118, II, da LEP, que diz ser cabível a medida extrema se o executado sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

Neste caso o executado está cumprindo pena em regime semiaberto, por exemplo, e sobrevém nova condenação, por crime anteriormente praticado, quando então as penas deverão ser somadas e do resultado poderá advir a obrigatoriedade de regressão para o regime fechado se o total for superior a 8 (oito) anos, à luz do disposto no art. 111 da LEP combinado com o art. 33, § 2º, *a*, do CP.

O § 1º do art. 118 da LEP diz que o condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses acima tratadas, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a pena de multa cumulativamente imposta.

Em síntese, frustrar os fins da execução é o mesmo que não se comportar com a disciplina esperada; deixar de cumprir seus deveres na condição de encarcerado.

Quadra ressaltar, por oportuno, que após a vigência da Lei n. 9.268/96 a multa resultante de condenação em processo criminal passou a ser considerada dívida de valor e, desde então, não é possível a regressão de regime prisional com fundamento no inadimplemento.

## **9.1 Contraditório e ampla defesa**

No vigente Estado Democrático de Direito, o processo executacional, cuja natureza jurídica é jurisdicional, submete-se a diversos princípios que decorrem desta sua mesma natureza.

Assim, tem inteira aplicação em sede de execução penal, dentre outros, os princípios: da legalidade; da publicidade; da oficialidade; da imparcialidade do juiz; da ampla defesa; do contraditório; do devido processo legal; e do duplo grau de jurisdição.

Incabível pensar na possibilidade de perda ou redução de direitos sem que se dê atendimento aos princípios acima indicados e às implicações que deles decorrem.

Em se tratando da prática de fato definido como crime doloso ou falta grave, e também quando o executado se encontrar no regime aberto e “frustrar os fins da execução”, diz o § 2º do art. 118 que antes de decidir sobre a regressão o juiz deverá ouvir o condenado.

Em termos práticos, comunicada a falta grave nos autos, o juiz deverá designar dia e hora para audiência de justificação e determinar a notificação do Ministério Público, da Defesa e do executado para que a ela compareçam.

Na audiência o juiz ouvirá primeiro o executado, que terá oportunidade de apresentar sua versão a respeito dos fatos ou poderá optar por permanecer em silêncio, sem que disso se possa extrair admissão de culpa. Em seguida concederá a palavra ao representante do Ministério Público, a fim de que se manifeste, e depois à defesa, nesta ordem.

Na sequência proferirá sua decisão determinando ou não a regressão de regime prisional.

Afastada a justificativa eventualmente apresentada pelo executado e, portanto, reconhecida a prática da conduta ensejadora de regressão, na mesma decisão que a determinar o juiz deverá tratar da perda de dias remidos (LEP, art. 127), matéria que analisaremos em capítulo específico, bem como declarar a interrupção do lapso temporal para obtenção de novos benefícios e determinar a atualização da conta de liquidação.

Em regra a interrupção do lapso temporal para obtenção de novos benefícios deve coincidir com a data da falta cometida, exceto no caso de

fuga, falta grave regulada no art. 50, II, da LEP, quando então a interrupção ocorrerá na data em que o executado for recapturado.

## **9.2 Regressão por salto**

Assim como não é possível progressão por salto, também não cabe a regressão por salto.

Cada conduta autorizadora deve fundamentar uma regressão, e se num mesmo contexto forem praticadas duas ou mais das condutas referidas no art. 118 da LEP, ainda assim caberá única regressão, para o regime imediatamente mais severo do que aquele em que se encontrar o executado.

## **9.3 Regressão cautelar**

Embora a LEP não trate especificamente do assunto, é cabível regressão cautelar de regime prisional, especialmente nos casos de fuga do executado, quando então o juiz poderá adotar tal cautela e, após a recaptura do foragido, observar o procedimento indicado no item 9.1 *supra*.

É cabível a regressão provisória sem que antes o juiz faculte ao executado apresentar sua versão, mas a regressão definitiva exige, sob pena de violação ao devido processo legal, a prévia realização de audiência de justificação, em que se faculte ao executado, pessoalmente, dar sua versão sobre os fatos.

Também sob pena de nulidade da decisão, é imperioso seja esta precedida de manifestação do Ministério Público e de defesa técnica, constituída pelo executado ou nomeada pelo juízo.

# Capítulo 10

## ◆ Das Autorizações de Saída

### 1. Noções introdutórias

Com vistas ao processo ressocializador e também por questões humanitárias, a lei permite que em determinadas situações e sob certas condições o executado que se encontrar sob cumprimento de pena privativa de liberdade deixe o estabelecimento penal para finalidades específicas, após o que deverá retornar ao local de onde saiu.

São as denominadas autorizações de saída, gênero do qual retiramos as espécies *permissão de saída* (arts. 120 e 121) e a *saída temporária* (arts. 122 a 125).

### 2. Da permissão de saída

A permissão de saída é medida de natureza administrativa cuja análise se encontra submetida ao diretor do estabelecimento em que se encontrar o preso.

Podem dela se beneficiar os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios.

Tem natureza humanitária e só pode ser concedida mediante escolta.

O executado pode legitimamente postular permissão de saída nas seguintes hipóteses listadas de forma taxativa no art. 120 da LEP: a) falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; b) necessidade de tratamento médico, quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária (LEP, art. 14, § 2º).

Concedida a permissão de saída, o preso poderá ficar fora do estabelecimento penal o tempo que for necessário para a finalidade visada, cumprindo ao juiz da execução avaliar criteriosamente, caso a caso, a necessidade de obstar situações que exorbitem os limites do bom senso.

### 3. Da saída temporária

Ao contrário da permissão de saída, a saída temporária é medida de natureza jurisdicional. Só o juiz da execução é que pode concedê-la, sempre com a prévia oitiva do Ministério Público e da administração do estabelecimento penal.

Apenas os presos que cumprem pena em regime semiaberto podem beneficiar-se com saída temporária, cabível nas seguintes hipóteses, taxativamente listadas no art. 123 da LEP: a) visita à família; b) frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do juízo da execução; c) participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Para conseguir autorização judicial que permita saída temporária, o executado deve provar que atende aos seguintes requisitos: a) comportamento adequado; b) cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; c) compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

A Súmula 40 do STJ (*DJ* 12-5-1992) dispõe que, “para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado”.

Como o próprio nome indica, e ao contrário do que ocorre com a permissão de saída, a *saída temporária* é por tempo certo; por prazo determinado.

Pode ser concedida por prazo *não superior* a 7 (sete) dias.

É possível a concessão de saída temporária até o limite de 5 (cinco) vezes em um ano.

Não é correto conceder em um mesmo despacho as 5 (cinco) autorizações possíveis ao longo do ano, pois o correto é que se avalie, a cada postulação da defesa, a concorrência dos requisitos legais exigidos. O preso pode ter bom comportamento na data da primeira postulação, mas deixar de se comportar bem posteriormente. Ademais, é preciso avaliar a real finalidade da saída e sua compatibilidade com os objetivos da pena.

Quando se tratar de frequência a curso, no ato da autorização o juiz deverá observar a duração necessária do benefício para que o executado possa cumprir adequadamente com as atividades discentes.

♦ *Revogação automática*: à luz do disposto no art. 125 da LEP, sem que ocorra violação à ampla defesa e ao contraditório, o benefício será revogado automaticamente se o executado praticar fato definido como crime doloso (culposo ou contravenção, não), for punido por falta grave (LEP, art. 50), desatender às condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso que frequentar, quando a autorização objetivar este tipo de atividade.

A revogação do benefício, contudo, não impede a recuperação do direito de obter saídas temporárias, e, para que isso ocorra, é preciso que a situação que autorizou a revogação se resolva em favor do executado.

Sendo assim, se a revogação decorrer da prática de fato definido como crime doloso, o superveniente arquivamento dos autos de inquérito ou a absolvição em relação a este mesmo fato fará restabelecer o direito. Nesta mesma linha, terá idêntica repercussão o cancelamento da falta disciplinar, nas hipóteses em que a revogação decorrer de punição pela prática de falta grave, bem como a superveniente demonstração de mérito.

### **3.1 Monitoramento eletrônico**

Embora não se encontre submetida à obrigatoriedade de escolta, o juiz poderá determinar a fiscalização do executado sob saída temporária por meio de monitoramento eletrônico (LEP, art. 146-B, II).

Conforme o art. 146-C, *caput*, da LEP, concedido o benefício, o condenado deverá ser 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.

A violação injustificada e provada dos deveres previstos no art. 146-C, I e II, poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa, a *revogação da autorização de saída temporária* (LEP, art. 146-C, parágrafo único, II), caso não se revele suficiente a aplicação da medida de *advertência escrita* a que se refere o inciso VII do parágrafo único do art. 146-C da LEP.

# Capítulo 11

## ◆ Da Remição

### 1. Remição de pena por trabalho

O condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho, parte do tempo de execução da pena, o que se aplica também aos presos provisórios.

Não há falar em remição de pena por trabalho estando o condenado no regime aberto ou em livramento condicional, visto que nestes casos o trabalho é condição de ingresso e permanência, respectivamente, conforme decorre dos arts. 114, I, e 132, § 1º, *a*, ambos da LEP.

Para cada 3 (três) dias de trabalho regular, nos moldes do art. 33 da LEP, o preso terá direito a 1 (um) dia de abatimento da pena a cumprir (LEP, art. 126, § 1º, II).

### 2. Remição de pena por estudo

Na falta de regra específica na lei, doutrina e jurisprudência divergiam sobre a possibilidade de remição por estudo.

De nossa parte, sempre entendemos cabível a remição tomando por base o tempo dedicado ao aprimoramento estudantil.

Diante da celeuma, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 341, com a seguinte redação: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

Com vistas a incrementar o estudo formal no ambiente prisional, o art. 83, § 4º, da LEP, determina que nos estabelecimentos penais, conforme a sua natureza, serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizante.

Para colocar fim à discussão, a Lei n. 12.433/2011 alterou o art. 126 da LEP, para incluir a normatização da remição por estudo.

O atual art. 126, *caput* e § 1º, inciso I, da LEP, assegura o direito à remição por estudo, na proporção de 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.

Isso quer dizer que o estudo poderá ter carga horária diária desigual, mas para que se obtenha direito à remição é imprescindível que estas horas somadas resultem em 12 (doze) a cada 3 (três) dias para que se alcance o abatimento de 1 (um) dia de pena, e, portanto, se o preso tiver jornada de 12 (doze) horas de estudos em um único dia, isso não irá proporcionar isoladamente 1 (um) dia de remição.

Tais atividades de estudo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados (§ 2º).

Admite-se a acumulação dos casos de remição (trabalho + estudo), desde que exista compatibilidade das horas diárias (§ 3º), e, sendo assim, o preso que trabalhar e estudar regularmente e com atendimento à carga horária diária que a lei reclama para o trabalho e também para o estudo poderá, a cada 3 (três) dias, reduzir 2 (dois) dias de sua pena.

O preso impossibilitado, *por acidente*, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição (§ 4º).

Outra previsão louvável com vistas à ressocialização pelo aprimoramento cultural vem expressa no § 5º do art. 126, nos seguintes termos: “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”.

### **3. Quem poderá remir pena por estudo**

Segundo o art. 126, *caput*, têm direito à remição por estudo os presos que se encontrarem no regime fechado ou semiaberto.

Já, pela redação do § 6º do art. 126, o condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional (entenda-se: livramento 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, à razão de 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.

Nos termos do art. 126, § 7º, da LEP, é possível a remição por estudo também em relação ao preso cautelar (preso em razão de prisão preventiva), ficando a possibilidade de abatimento condicionada, é claro, à eventual condenação futura.

Como se vê, caiu por terra a Súmula 341 do STJ, que teve importante efeito em termos de orientação antes da Lei n. 12.433/2011.

## **4. Declaração e perda dos dias remidos**

### ***4.1 Declaração dos dias remidos***

O condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal, sob pena de revogação do benefício, deverá comprovar mensalmente à autoridade administrativa do estabelecimento penal em que se encontrar, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

A autoridade administrativa deverá encaminhar mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os detentos 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 (art. 129).

A remição deverá ser declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa (§ 8º do art. 126).

Ao condenado será dada a relação de seus dias remidos (§ 2º do art. 129).

### ***4.2 Perda dos dias remidos***

A perda dos dias remidos estava regulada no art. 127 da LEP com a seguinte redação: “O condenado que for punido por falta grave perderá o

direito a tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

O rol das faltas consideradas graves no cumprimento de pena privativa de liberdade encontra-se nos arts. 50 e 52 da LEP.

Doutrina e jurisprudência debatiam sobre a possibilidade, ou não, de perda integral dos dias remidos, em razão do cometimento de falta grave.

Segundo nosso entendimento, a perda dos dias remidos não viola direito adquirido ou coisa julgada.

Nesta mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradas vezes que o sentenciado não tem direito adquirido ao tempo remido, pois o art. 127 da Lei n. 7.210/84 o subordina a condição do não cometimento de falta grave, sob pena de perda daquele período, e terminou por editar a Súmula Vinculante 9, que tem a seguinte redação: “O disposto no artigo 127 da Lei n. 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58”.

Segundo o vigente 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 da LEP, segundo o qual, na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

A nova redação não está imune a críticas, pois permite preocupantes discussões onde não deveria.

Com efeito, na redação antiga o legislador dizia claramente: o condenado **que for punido** por falta grave **perderá** o direito ao tempo remido. Reclamava-se expressamente a **devida apuração da falta grave e punição** pelo seu cometimento, e neste caso a perda dos dias remidos era consequência jurídica inafastável.

Agora a lei não faz referência expressa à necessidade de **punição** por falta grave, o que pode sugerir suficiente, na interpretação de alguns, o simples cometimento, e fala, na situação tratada, que o juiz **poderá** revogar tempo remido, indicando mera faculdade conferida ao juiz.

Mesmo nos termos do regramento novo, observadas as balizas do art. 127 da LEP, não basta o simples cometimento de falta grave. Somente a

falta devidamente apurada e reconhecida judicialmente justifica a declaração de perda de dias remidos, conforme decorre do princípio da presunção de inocência e do devido processo legal.

Apurada a falta, poderá ou não o juiz determinar a perda de dias remidos. Esta consequência deixou de ser automática e agora é uma faculdade conferida ao magistrado, guiada pelas norteadoras do art. 57 da LEP.

Há mais.

Reconhecida judicialmente a prática de falta grave, e feita a opção sancionatória, poderá o juiz quantificar a revogação em até 1/3 (um terço) dos dias remidos, cumprindo seja balizada sua decisão em critérios de necessidade, utilidade, razoabilidade e proporcionalidade, com adequada fundamentação (CF, art. 93, IX) no tocante a sua escolha entre os limites mínimo (1 dia) e máximo (1/3).

Como se percebe, deixou de ter aplicação prática a Súmula Vinculante 9 (STF), exceto para afirmar a constitucionalidade da perda de dias remidos, em razão do cometimento de falta grave. Acabou a discussão quanto à recepção do art. 127 pela ordem constitucional vigente, como também está resolvida a questão relacionada ao limite de perda dos dias remidos.

As modificações determinadas pelo novo art. 127 da LEP **têm aplicação retroativa**, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência, por força do disposto no art. 5º, XL, da CF, na Súmula 611 do STF e no art. 66, I, da LEP, do que decorre a necessidade de revisão *ex officio* (por iniciativa do próprio juiz) das decisões que determinaram perda de dias remidos em razão de falta grave, visto que, no máximo, será caso de decotar 1/3 (um terço) dos dias remidos, o que implicará na imediata *devolução* a estes executados de, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos dias que haviam perdido.

## **5. Como se deve fazer o abatimento dos dias remidos**

Sempre foi relevante saber a fórmula a ser empregada para o desconto dos dias remidos, pois sobre tal questão existiam duas posições, e da adoção de uma ou outra resultava manifesto benefício ou prejuízo ao sentenciado.

♦ *1ª posição*: o tempo remido deve ser somado ao tempo de pena cumprida;

♦ *2ª posição*: o tempo remido deve ser abatido do total da pena aplicada.

A primeira posição apontada é a correta e se revela mais benéfica ao sentenciado, mas na prática judiciária não prevalecia, especialmente no Primeiro Grau de jurisdição, o que terminava por ensejar a interposição de recursos evitáveis.

A Lei n. 12.433/2011 colocou fim à discussão quando deu nova redação ao art. 128 da LEP, que agora está grafado nos seguintes termos: “O tempo remido **será computado como pena cumprida**, para todos os efeitos” (negritei).

A regra é impositiva.

## **6. Crimes hediondos e assemelhados**

As regras relacionadas à remição por trabalho e por estudo são aplicáveis, sem restrições, aos condenados por crimes hediondos ou assemelhados.

# Capítulo 12

## ◆ Do Livramento Condicional

### 1. Noções introdutórias

No livramento condicional, como o próprio nome do instituto anuncia, após cumprir certo tempo de pena, o executado é colocado em liberdade mediante condições que deverá cumprir até que a pena seja finalmente julgada extinta, sob pena de revogação e retorno ao cárcere.

Atendidos os requisitos que a lei enumera, o livramento passa a configurar direito subjetivo do executado.

### 2. Do livramento condicional

O juízo da execução é o juízo originariamente competente para a concessão de livramento condicional, que também poderá ser concedido por tribunal, no caso de provimento a recurso, não sendo correto endereçar pedido de livramento diretamente ao tribunal, sem antes submetê-lo ao juízo competente.

Formulado o pedido pelo executado, antes da decisão judicial é necessário se proceda à oitiva do Ministério Público.

É possível a concessão de livramento condicional a estrangeiro, desde que satisfeitos os requisitos legais.

Muito embora o art. 131 da LEP faça referência à necessidade de oitiva prévia do Ministério Público e do Conselho Penitenciário, a Lei n. 10.793/2003 modificou o art. 70, I, da LEP, e retirou do Conselho Penitenciário a atribuição de que antes dispunha para emitir parecer em pedido de livramento condicional.

Para a obtenção do livramento condicional, é preciso que o executado atenda aos requisitos ou pressupostos objetivos e subjetivos indicados no art. 83 do Código Penal.

## ***Pressupostos objetivos***

- a) É preciso que a pena privativa de liberdade aplicada seja igual ou superior a 2 (dois) anos.

Para tal finalidade admite-se a soma de todas as penas sob execução (CP, art. 84).

A quantidade de pena que autoriza o benefício diz respeito à pena *aplicada*, pena total sob execução, e não à pena restante quando da formulação do pedido.

- b) Atendido o primeiro pressuposto, é preciso que o executado tenha cumprido determinada fração da pena: 1) *mais de um terço* da pena se o condenado não for reincidente em *crime doloso* e tiver bons antecedentes (CP, art. 83, I); 2) *mais da metade* da pena se o condenado for reincidente em *crime doloso* (CP, art. 83, II).

Quando o liberado não é reincidente em crime doloso e tem bons antecedentes, temos o *livramento condicional simples*.

Se for reincidente em crime doloso, a hipótese é de *livramento condicional qualificado*.

Em se tratando de crime hediondo, tortura e terrorismo, o executado deverá cumprir *mais de 2/3* (dois terços) da pena (CP, art. 83, V), salvo hipótese de reincidência específica, quando então será incabível o livramento.

O art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas) diz que, no caso de crime de tráfico (art. 33, *caput* e § 1º) e também das condutas tratadas nos arts. 34 a 37, a fração de cumprimento da pena para obtenção de livramento é de 2/3 (dois terços), vedada a concessão ao reincidente específico. Sobre a matéria, consultar: Renato Marcão, *Tóxicos*, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

Diz a Súmula 441 do Superior Tribunal de Justiça que “a falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”.

- c) Reparação do dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (CP, art. 83, IV).

Dispõe o art. 387, IV, do CPP, que ao proferir sentença condenatória o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Se o executado provar nos autos que não conta com recursos financeiros que permitam a reparação, ou que o valor desta é de difícil apuração, é justo que se defira o livramento condicional independentemente da satisfação deste pressuposto objetivo.

### ***Pressupostos subjetivos (CP, art. 83, III)***

- a) Comprovação de comportamento satisfatório durante a execução da pena.
- b) Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído.
- c) Aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto.
- d) Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir (CP, parágrafo único, do art. 83).

Atendidos tais pressupostos ou requisitos, será concedido o livramento, e durante o período de sua duração o executado ficará submetido à observação cautelar e proteção realizada por serviço social penitenciário, Patronato ou Conselho da Comunidade, com vistas à fiscalização do cumprimento das condições fixadas, orientação na execução de suas obrigações e auxílio na obtenção de atividade laborativa (LEP, art. 139), ficando a entidade incumbida da observação cautelar encarregada de enviar relatórios circunstanciados ao Conselho Penitenciário, para que se possa analisar ser caso, ou não, de revogação do livramento (LEP, art. 143) ou modificação das condições fixadas na sentença concessiva (LEP, art. 144).

## ***2.1 Condições do livramento***

Como o próprio nome do instituto tratado anuncia, sua concessão se verifica mediante fixação de *obrigações*, que nada mais representam do que condições de permanência. Bem por isso, o art. 85 do CP diz que na sentença concessiva o juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento, o que também está expresso no art. 132 da LEP.

A lei *determina* a fixação de *condições obrigatórias* e *permite* a fixação de *condições facultativas* e *condições judiciais*. Há também previsão de *condições legais indiretas*.

◆ *Condições obrigatórias*: estão previstas no art. 132, § 1º, *a*, *b* e *c*, da LEP. São elas: *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.*

◆ *Condições facultativas:* estão previstas no art. 132, § 2º, *a, b e c*, da LEP. Observada a imprescindível individualização executiva, além das condições obrigatórias *poderão* ser impostas cumulativamente 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.*

◆ Podem ainda ser fixadas *condições judiciais*, assim consideradas aquelas escolhidas a critério do juízo da execução, com vistas à melhor individualização frente ao caso concreto, sem deixar, contudo, de observar a necessidade, a adequação, a razoabilidade e a proporcionalidade, daí por que vedada a fixação de condição vexatória, humilhante, ou que em última análise represente outro tipo de pena criminal.

A autorização para fixação de *condições judiciais* se extrai do art. 132, § 2º, que diz serem possíveis – *dentre outras* – as facultativas que indica.

A decisão que fixar condições facultativas e/ou judiciais deve ser convenientemente fundamentada (CF, art. 93, IX).

◆ *Condições legais indiretas:* são condições que podem ser extraídas do ordenamento vigente e que indiretamente podem levar à revogação do livramento. De tal sorte, durante o período de prova o liberado condicionalmente também não poderá *ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício, ou mesmo por crime anterior, observado o disposto no art. 84 do Código Penal (CP, art. 86), ou sofrer condenação irrecorrível por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade (CP, art. 87).*

### **3. Carta e cerimônia de livramento**

Deferido o pedido, 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.

Por *autoridade administrativa incumbida da execução*, entenda-se a autoridade administrativa encarregada do serviço ou do estabelecimento

incumbido da observação cautelar e de proteção a que se refere o art. 133 da LEP.

Determina o art. 137 da LEP 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.

#### **4. Modificação das condições**

Com vistas ao processo ressocializador e à adequada individualização da pena, autoriza o art. 144 da LEP que o juiz, de ofício ou em razão de requerimento formulado pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, ou ainda em razão de representação do Conselho Penitenciário, ouvido o liberado, modifique as condições especificadas na sentença que conceder o livramento, devendo o respectivo ato decisório ser lido ao liberado pelo presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado (ou, na falta, pelo próprio juiz).

Na hipótese de revogação facultativa, tema que veremos mais adiante, mantido o livramento, o juiz poderá agravar as condições, como permite o art. 140, parágrafo único, da LEP.

Modificada qualquer das condições impostas, é obrigatório se faça nova cerimônia de livramento, nos termos do art. 137 da LEP.

#### **5. Suspensão do livramento**

Se no curso do livramento o liberado praticar nova infração penal, atento à razoabilidade e à proporcionalidade, ouvido o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, o juiz poderá ordenar sua prisão, bem como suspender o curso do livramento condicional até decisão final no novo processo de conhecimento instaurado, após o que decidirá sobre a revogação.

Na hipótese tratada, é suficiente a *prática* de nova infração penal para que o juiz da execução determine a suspensão do livramento, sem que disso se extraia violação ao princípio da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII).

A revogação do livramento, entretanto, só poderá ocorrer após decisão condenatória com trânsito em julgado definitivo para o Ministério Público e para a defesa.

A suspensão pode ser decretada *ex officio* (de ofício; sem qualquer provocação; por iniciativa do próprio juiz); atendendo a requerimento do Ministério Público; ou em razão de representação formulada pelo Conselho Penitenciário.

É possível que em situações excepcionais e plenamente justificadas o juiz determine a *suspensão cautelar* do livramento.

## **6. Revogação do livramento**

Porque condicional, para sua permanência o livramento reclama a satisfação das condições impostas, e, como é intuitivo, o descumprimento destas acarretará consequências jurídicas negativas, danosas ao executado.

Considerando a gravidade do fato, os arts. 86 e 87 do CP indicam que ocorrerá *revogação obrigatória* ou *facultativa*.

### ***Revogação obrigatória***

A primeira hipótese de revogação obrigatória surge quando o liberado, em razão da prática de novo crime, vem a ser irrecorrivelmente condenado a pena privativa de liberdade: a) por *crime* praticado durante a vigência do livramento; b) por *crime* anterior à decisão concessiva de livramento, se a soma das penas não permitir o benefício, por desatender ao disposto no art. 83 do CP.

Apenas a prática de *crime*, e não de contravenção penal, constitui causa de revogação obrigatória.

A simples *prática* do crime determina a suspensão do livramento, e não a revogação.

Para a revogação, é imprescindível que a condenação seja irrecorrível; tenha transitado definitivamente em julgado.

Se a revogação decorrer de crime cometido antes do início do livramento, diz o art. 141 da LEP que neste caso será computado como tempo de cumprimento de pena o período de prova. Se a revogação decorrer de qualquer outro fundamento, o tempo em que o liberado esteve solto – durante o período de prova – não será computado como pena cumprida, e não será possível novo livramento em relação à mesma pena (LEP, art. 142; CP, art. 88).

## ***Revogação facultativa***

A revogação será facultativa se o liberado deixar injustificadamente de cumprir qualquer das condições impostas.

Também será facultativa a revogação caso venha o liberado a sofrer nova condenação, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade (CP, art. 87): multa, restritiva de direitos, ou uma dentre as previstas no art. 28, I e III, da Lei de Drogas.

Se na hipótese de revogação facultativa o juiz houver por bem manter o livramento, deverá advertir novamente o liberado ou agravar as condições (LEP, art. 140, parágrafo único).

## **6.1 *Contraditório e ampla defesa***

Antes de decidir sobre a revogação, ou não, é necessário que o juiz da execução faculte ao liberado apresentar sua versão a respeito dos fatos imputados.

Para tanto, deverá ser designada audiência de justificação, intimando-se para comparecimento o executado (ainda que por edital no caso de estar em lugar incerto e não sabido), seu Defensor e o Ministério Público.

Na audiência, se presente, ao liberado será facultado apresentar sua versão sobre os fatos. Em seguida, será colhida a manifestação do Ministério Público e da defesa, após o que decidirá o juiz a respeito da revogação, ou não, do livramento.

## **7. *Extinção da pena***

Como visto, a prática de novo crime no curso do período de prova acarreta a suspensão do livramento, e enquanto não transitar em julgado a sentença proferida neste novo processo o juiz não poderá julgar extinta a

pena a que se refere a execução (CP, art. 89), até porque eventual condenação poderá acarretar a revogação.

A prática de crime após o término do prazo previsto para o livramento, ainda que não exista decisão judicial julgando extinta a pena, não acarreta a suspensão do livramento nem pode determinar sua revogação.

Cumprido o prazo do livramento sem que tenha ocorrido sua revogação, o juiz, de ofício, a requerimento do executado, do Ministério Público ou em razão de representação do Conselho Penitenciário, julgará extinta a pena privativa de liberdade (CP, art. 90; LEP, art. 146).

# Capítulo 13

## ◆ Monitoramento Eletrônico

### 1. Noções introdutórias

Foi a Lei n. 12.258/2010 quem instituiu o monitoramento eletrônico no âmbito da execução penal, impondo alterações aos arts. 122 e 124 e incluindo os arts. 146-B a 146-D. Tal realidade indica uma tomada de rumo em direção à utilização de novas tecnologias neste campo sensível do sistema criminal, embora que ainda timidamente.

A Lei n. 12.403/2011, por sua vez, instituiu o monitoramento eletrônico como medida cautelar restritiva, conforme dispõe o art. 319, IX, do CPP, e sobre a matéria recomendamos consultar nosso: *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, São Paulo, Saraiva, 2011.

O Decreto n. 7.627/2011 (*DOU* de 25-11-2011), regulamenta o monitoramento eletrônico de pessoas previsto na LEP e no CPP.

### 2. Quem pode determinar o monitoramento

Somente a *autoridade judiciária* (Juiz, Desembargador ou Ministro) é que pode determinar seja o executado submetido a monitoramento eletrônico.

### 3. Hipóteses de cabimento

Somente é cabível o monitoramento em duas hipóteses: a) em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125 c.c. o art. 146-B, II, todos da LEP); b) aos que se encontrarem em prisão domiciliar (art. 117 c.c. o art. 146-B, IV, ambos da LEP).

A prisão domiciliar do art. 117 da LEP, cabível nas hipóteses indicadas no dispositivo e em relação *ao condenado* que se encontrar no regime

aberto, não se confunde com a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva tratada nos arts. 317 e 318 do CPP.

## 4. Condições

Nos precisos termos do art. 146-C, da LEP, o condenado será orientado e advertido acerca dos cuidados que deverá adotar *com o equipamento eletrônico e também de seus deveres*, com vistas a garantir a efetividade e a permanência da medida.

Embora a lei nada diga a respeito, é de boa cautela que tudo seja formalizado em audiência de advertência a respeito da concessão e aceitação das condições, e que tudo seja reduzido a termo e assinado, pelo juiz, pelo representante do Ministério Público, pelo condenado e por seu defensor, que deverão estar presentes ao ato judicial.

Para que permaneça sob monitoramento, é imprescindível que o executado não adote qualquer prática que contrarie a eficiência da medida, e dentre elas a LEP destaca que deverá abster-se de *remover, violar, modificar, danificar* de qualquer forma o dispositivo de monitoramento eletrônico ou permitir que outrem assim proceda.

◆ *Remover* significa retirar do corpo o equipamento que permite o monitoramento, burlando assim a efetividade da medida.

◆ *Violar* significa romper.

◆ *Modificar* é o mesmo que adulterar o equipamento, mudando sua forma de funcionamento, com vistas a furta-se ao monitoramento.

◆ *Danificar* corresponde a causar dano que torne o equipamento imprestável à estrita finalidade a que originariamente fora destinado.

Dispõe o parágrafo único do art. 146-C da LEP que a *violação comprovada* dos deveres nele previstos poderá acarretar, *a critério do juiz da execução*, ouvidos o Ministério Público e a defesa: 1º – a regressão do regime; 2º – a revogação da autorização de saída temporária; 3º – a revogação da prisão domiciliar; e, 4º – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas anteriormente mencionadas.

Por *violação comprovada* dos deveres, entenda-se a violação noticiada nos autos e submetida ao *contraditório*; à *ampla defesa*; apurada mediante

*devido processo legal, com imparcialidade, pelo juiz natural, devendo a decisão que a respeito dela tratar ser convenientemente fundamentada e lastreada em critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.*

## **5. Revogação do monitoramento**

As práticas elencadas no art. 146-C, I e II, da LEP, podem acarretar, como visto, a imposição de advertência escrita (cabível tanto em relação ao que se encontrar em albergue domiciliar quanto àquele faltoso que se encontrar no gozo de saída temporária); a revogação da prisão domiciliar (somente cabível em relação àquele que se encontre em prisão domiciliar, como é óbvio); e a regressão de regime prisional (destinada àquele que se encontrar no regime semiaberto, em gozo de saída temporária).

Embora a lei não diga expressamente, a revogação do monitoramento eletrônico é consequência natural da revogação da prisão domiciliar ou da regressão de regime prisional, até porque não se admite o monitoramento quando o condenado estiver cumprindo pena no regime aberto (consequência da revogação da prisão domiciliar) ou no fechado (consequência da regressão).

Além destas situações, diz expressamente o art. 146-D da LEP que o monitoramento eletrônico *poderá* ser revogado: I – quando se tornar desnecessário ou inadequado; II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

# Capítulo 14

## ◆ Das Penas Restritivas de Direito

### 1. Noções introdutórias

O art. 5º, XLVI, da CF, estabelece que à lei cabe regular a individualização da pena e adotar, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos.

A pena de prisão é um mal necessário do qual a sociedade moderna ainda não conseguiu se livrar, e nem conseguirá, ao que tudo indica, até porque imprescindível em relação aos crimes mais graves e criminosos com acentuado grau de periculosidade.

As penas restritivas de direitos, sem dúvida alguma, constituem o melhor caminho a se seguir na busca de evitar o encarceramento tradicional para aquelas hipóteses em que não se afigurar imprescindível a segregação.

O art. 43 do CP lista as seguintes penas restritivas de direitos: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos; e e) limitação de fim de semana.

O cabimento e a forma das restritivas de direitos, que são autônomas e só podem ser aplicadas em substituição às privativas de liberdade (exceto em sede de transação penal: art. 76 da Lei n. 9.099/95), estão delineados nos arts. 44 a 48 do CP e não constituem objeto de estudo nesta obra, que se restringe a discorrer sobre a LEP, que trata da execução destas mesmas penas nos arts. 147 a 155.

Pois bem.

Após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão que aplicou pena restritiva de direitos, passa-se à execução, podendo o juiz agir de ofício ou em razão de requerimento do Ministério Público.

Quando cabível e necessário para o êxito execucional, o juiz poderá requisitar a colaboração de entidades públicas, ou solicitá-la a particulares (LEP, art. 147), visto que não há, a rigor, um estabelecimento penitenciário em que se possa executá-las, salvo em relação à pena de limitação de fim de semana, que deverá ser expiada em Casa do Albergado (LEP, art. 93), e por aqui o problema é que, em regra, na maioria das comarcas do país não há Casa do Albergado, o que sacrifica as chances de êxito do sistema progressivo adotado na LEP e também a pena de limitação de fim de semana.

Em geral, o cumprimento da pena restritiva de direitos fica submetido à opção do próprio executado, sendo certo que o descumprimento injustificado acarretará sua conversão em privativa de liberdade, observada a pena e o regime fixados na condenação.

No mais das vezes, o regime fixado no processo de conhecimento é o aberto e, sendo assim, o descumprimento da restritiva será vantajoso ao executado, visto que não existindo local adequado para o cumprimento – Casa do Albergado – a pena será cumprida na modalidade domiciliar (LEP, art. 117), conforme se tem concedido *excepcionalmente* desde sempre na maioria das comarcas do país com o aval da jurisprudência do STF e do STJ.

## **2. Execução da pena de prestação pecuniária e da prestação de outra natureza (prestação inominada)**

### **2.1 Prestação pecuniária**

Dos contornos do art. 45, § 1º, do CP, retiramos que a pena de prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Na LEP não há um único dispositivo tratando da execução da pena de prestação pecuniária, e isso se deve ao fato de que esta modalidade punitiva foi introduzida no Código Penal com a Lei n. 9.714/98, sabidamente mais jovem que aquele Estatuto, que é de 1984.

Mesmo assim, é possível apresentar um procedimento executivo para a espécie, e neste caso é preciso lembrar que sua aplicação, salvo hipótese de transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95) reclama condenação em que se tenha imposto pena privativa de liberdade (CP, art. 44, *caput*).

Verificado o trânsito em julgado da condenação, o juiz do processo de conhecimento deverá determinar a expedição de *guia de execução*, que será enviada ao juízo competente. Feito isso, os autos do processo de conhecimento deverão ir ao arquivo.

No juízo executivo, deverá ser determinada a elaboração de conta de liquidação para apuração do valor atual da prestação pecuniária, após o que serão intimados o Ministério Público e a defesa, a fim de que se manifestem sobre o apurado, seguindo os autos conclusos para que o juiz homologue, ou não, a conta de liquidação.

Homologada a conta, o juiz determinará a intimação do executado para que efetue o pagamento integral no prazo de 10 (dez) dias. Neste mesmo prazo, é cabível pedido de parcelamento, que poderá ser deferido em caso de comprovada necessidade.

Efetuada o pagamento, extingue-se a punibilidade e os autos de execução devem ser remetidos ao arquivo, após as providências, anotações e comunicações necessárias.

A ausência de pagamento autoriza a conversão da pena de prestação pecuniária em privativa de liberdade, observada a aplicada na condenação, e isso por força do disposto no art. 44, § 4º, do CP.

Nada obstante a natureza pecuniária da pena, sua execução não se confunde com a execução da pena de multa – pecuniária por excelência – que é considerada dívida de valor e não pode ser convertida em privativa de liberdade em caso de inadimplemento.

Frise-se que a conversão só é possível quando a prestação pecuniária for aplicada em substituição à pena privativa de liberdade, em sede de condenação em processo de conhecimento, como veremos em capítulo específico, neste mesmo livro, onde trataremos detalhadamente *das conversões*.

Se a prestação pecuniária decorrer de transação penal, não será possível sua conversão em privativa de liberdade.

## **2.2 Prestação de outra natureza (prestação inominada)**

O § 2º do art. 45 do CP diz que a pena de prestação pecuniária poderá consistir em *prestação de outra natureza, se houver aceitação do beneficiário*.

Esta pena “de outra natureza” ou inominada é inconstitucional, pois fere o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX; CP, art. 1º), de onde se extrai a impossibilidade de penas indeterminadas.

Em razão da impossibilidade de ser aplicada, não há como pensar em um processo e/ou procedimento para sua execução.

## **3. Execução da pena de perda de bens e valores**

Dotadas que são de fundamentos jurídicos, finalidades e balizas de fixação diversas, a pena de perda de bens e valores não se confunde com a pena de prestação pecuniária.

A perda de *bens e valores* pertencentes aos condenados, diz o art. 45, § 3º, do CP, dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – *o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro*, em consequência da prática do crime.

Como *pena restritiva de direitos*, substitutiva de pena privativa de liberdade, não se confunde com a perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, regulada como *efeito da condenação* no art. 91, II, *b*, do CP, cuja efetividade decorre automaticamente do trânsito em julgado da condenação, sem reclamar a instauração de processo executacional típico.

Por se tratar de pena, e não de efeito automático da condenação, a perda de bens e valores *não se confunde com o confisco* e precisa ser executada.

Para tanto, após o trânsito em julgado da condenação o juízo de conhecimento deve determinar a expedição de guia que será remetida ao juízo da execução.

Se a pena se referir à perda de bem(ns) específico(s), o executado será intimado a entregá-lo(s) no prazo de 10 (dez) dias. Se versar sobre perda de valor(es), deverá ocorrer apuração em conta de liquidação (pode correr longo período de tempo entre a fixação da pena e sua execução, daí a necessidade de apuração do valor atualizado), e após homologada a conta o juiz deverá determinar a intimação do executado para pagamento em 10 (dez) dias (LEP, art. 164). Neste prazo poderá ocorrer pedido de parcelamento, que comportará acolhimento caso demonstrada a necessidade da pretensão.

Efetuada a entrega do bem ou o pagamento, extingue-se a punibilidade.

Se não ocorrer a entrega nem o pagamento, converte-se a pena de perda de bens e valores em privativa de liberdade, observada a aplicada na condenação, conforme orienta o § 4º do art. 44 do CP.

Pelas mesmas razões expostas no item anterior, a execução específica da pena de perda de bens e valores não está regulada, mas, observadas as suas peculiaridades, na hipótese de não ser convertida em privativa de liberdade e seguir a execução, esta deverá ser materializada nos moldes do art. 164 e seguintes da LEP, no que couber.

#### **4. Execução da pena de prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas**

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (CP, art. 46, § 1º) e deve ser cumprida em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais (CP, art. 46, § 2º), conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho (CP, art. 46, § 3º). Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (CP, art. 46, § 4º).

Verificado o trânsito em julgado da decisão condenatória, o juiz do processo de conhecimento determinará a expedição de guia que será remetida ao Juízo da Vara das Execuções Penais (LEP, art. 147), e o processo de conhecimento será arquivado.

Recebida e autuada a guia, o Juízo da Vara das Execuções deverá designar a entidade ou programa comunitário ou estatal credenciado ou convencionado, no qual a pena deverá ser cumprida, e em seguida determinar a intimação do condenado para que tome conhecimento do local, dos dias e horários em que deverá resgatar sua dívida social (LEP, art. 149, I e II).

Ao invés de determinar a simples intimação do condenado com as indicações acima anotadas, é comum a designação de *audiência de advertência* pelo juízo das execuções e a intimação daquele para comparecimento, quando então é informado a respeito do local e da forma de prestação, bem como advertido sobre as consequências de eventual descumprimento injustificado.

A prestação de serviços terá a duração de 8 (oito) horas semanais e deverá ser executada aos sábados, domingos e feriados, ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho, nos horários estabelecidos pelo juiz (LEP, art. 149, § 1º), e bem por isso *a forma de cumprimento* poderá ser alterada para adequá-la a eventuais modificações na jornada de trabalho do executado (LEP, art. 149, III) e também com vistas a atender às condições pessoais do executado e às características do estabelecimento, entidade ou programa em que se der a execução específica (LEP, art. 148).

Conta-se o início da execução a partir da data do primeiro comparecimento à entidade designada, desde que na mesma ocasião ocorra efetivo cumprimento de pena (LEP, art. 149, § 2º).

Com vistas ao imprescindível controle da prestação de serviços, determina o art. 150 da LEP que a entidade beneficiada deverá encaminhar relatório mensal ao juiz da execução informando sobre o cumprimento da pena, ou, a qualquer tempo, no caso de descumprimento ou falta disciplinar (LEP, art. 51).

## **5. Execução da pena de interdição temporária de direitos**

O art. 47 do CP lista as seguintes penas de interdição temporária de direitos:

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de frequentar determinados lugares.

É simples a execução da interdição temporária de direitos.

Para tanto, recebida e autuada a guia de execução no juízo natural, basta que se expeça ofício comunicando à autoridade competente a pena aplicada e se providencie a intimação do condenado a respeito da mesma (LEP, art. 154).

Quando se tratar de proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo (CP, art. 47, I), a autoridade competente terá o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contados do recebimento da comunicação feita pelo juízo das execuções, para baixar o ato que irá materializar o cumprimento da decisão judicial e marcar o início da execução propriamente dita (LEP, art. 154, § 1º), devendo comunicar eventual descumprimento da pena ao juízo, a qualquer tempo, o que também poderá ser feito por qualquer prejudicado (LEP, art. 155).

Nas hipóteses em que a pena for de proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (CP, art. 47, II) ou suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo (CP, art. 47, III), o juízo da execução determinará a apreensão dos documentos que autorizam o exercício do direito interditado (LEP, art. 154, § 2º).

A Lei n. 12.550/2011 acrescentou ao art. 47 do CP a pena de proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos, isso em razão de fraudes verificadas no Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM. Disso resulta manifesto o desejo do legislador, a evidenciar a relação que há entre esta pena com fraudes no referido exame; no certame do Programa Universidade para Todos (ProUni), sem prejuízo de qualquer outro concurso, avaliação ou exame.

Após o trânsito em julgado definitivo da condenação, que deverá especificar o prazo de duração da pena, será expedida guia de execução que

será enviada ao juiz competente, que determinará seja o apenado intimado a respeito da proibição imposta.

Sem prejuízo da expedição de ofícios a determinados órgãos e autoridades a respeito da pena aplicada, sua efetividade executiva dependerá da exigência de folha de antecedentes criminais no ato de inscrição para estes tipos de certames, quando então será possível constatar eventual tentativa de descumprimento da pena aplicada.

## **6. Execução da pena de limitação de fim de semana**

A pena de limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, período em que poderão ser ministrados cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas ao executado (CP, art. 48; LEP, art. 152).

Quando a condenação versar sobre violência doméstica contra mulher (Lei n. 11.340/2006), *sem prescindir da necessária individualização*, diz o art. 152, parágrafo único, da LEP, que o juiz poderá determinar que o executado frequente programas de recuperação e/ou reeducação.

A qualquer tempo, a forma de cumprimento da pena poderá ser ajustada por decisão judicial, desde que demonstrada a necessidade em razão da situação atual do executado, com base em suas condições pessoais, e também atendendo às características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal em que se hospedar a execução específica.

Transitada em julgado a decisão condenatória, o juízo de conhecimento fará expedir a guia necessária, que será remetida ao juízo da execução, e então os autos do processo de conhecimento serão remetidos ao arquivo.

O juízo de execução determinará a intimação do condenado para que tome conhecimento do local, dias e horários em que deverá se submeter ao cumprimento da limitação imposta, cuja execução específica terá como marco inicial a data do primeiro comparecimento.

Como vimos, em regra a pena deve ser cumprida em Casa do Albergado, estabelecimento inexistente na esmagadora maioria das comarcas, salvo poucas e valiosas exceções, situação que pode ser contornada com a

ressalva expressa na lei de modo a permitir o cumprimento em outro local adequado.

Seja como for, independentemente de qual seja o local em que se der o cumprimento da pena, o responsável pelo estabelecimento será comunicado via ofício a respeito de seu dever de informar mensalmente o juízo da execução sobre o comparecimento e atividades desenvolvidas pelo executado, e bem assim sobre eventual ausência ou falta disciplinar (LEP, arts. 51 e 153).

# Capítulo 15

## ◆ Da Suspensão Condicional da Pena

### 1. Noções introdutórias

A suspensão condicional da pena, instituto vulgarmente conhecido por *sursis*, constitui valiosa alternativa ao cumprimento de pena privativa de liberdade, na medida em que, estando presentes seus requisitos, ao proferir sentença condenatória o juiz *deverá* suspender a execução da pena mais drástica, mediante a imposição de certas condições e por prazo certo.

Como é intuitivo, o descumprimento das condições e a prática de certas condutas no curso do período de prova (tempo de duração do *sursis*) influenciam na subsistência do benefício e acarretam consequências danosas ao executado.

Não cabe *sursis* em relação à pena restritiva de direitos nem à multa.

Não é juridicamente possível *sursis* incondicionado, e a fixação de condições reclama raciocínio de individualização, pois devem ser adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

Os arts. 78 e 79 do CP indicam a existência de *condições obrigatórias* e *condições facultativas*.

Denomina-se *período de prova* o tempo de duração do *sursis*, e o mesmo se inicia com a realização da audiência admonitória (também chamada audiência de advertência) a que se refere o art. 160 da LEP.

### 2. O *sursis* no Código Penal e sua concessão

No CP, o *sursis* está regulado nos arts. 77 a 82.

Diz o art. 77, *caput*, do CP, que a pena privativa de liberdade não superior a 2 (dois) anos poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III – não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

Se o condenado for maior de 70 (setenta) anos de idade ou razões de saúde justificarem, a execução da pena não superior a 4 (quatro) anos poderá ser suspensa, por 4 (quatro) a 6 (seis) anos.

É possível identificar, portanto, quatro tipos de *sursis*: a) *sursis simples*, previsto no art. 77, *caput*, do CP; b) *sursis especial*, regulado no art. 78, § 2º, do CP; c) *sursis etário*, tratado no § 2º do art. 77 do CP; e d) *sursis humanitário* ou *por motivo de saúde*, igualmente regulado no § 2º do art. 77 do CP.

Presentes os requisitos legais, o *sursis* constitui direito subjetivo do agente, e na sentença condenatória, sob pena de nulidade, o juiz *deverá* pronunciar-se a respeito, para concedê-lo ou negá-lo (LEP, art. 157).

Se o *sursis* for concedido ou modificado pelo tribunal em grau de recurso, a este caberá fixar as condições, mas é possível que confira ao juízo da execução tal incumbência e, em qualquer caso, a de realizar a audiência admonitória (LEP, art. 159, § 2º).

Desde a vigência da Lei n. 9.714/98 (Lei de Penas Alternativas), o *sursis* perdeu espaço na prática judiciária, visto que se a pena privativa de liberdade imposta na condenação não for superior a 4 (quatro) anos, presentes os requisitos legais, deverá ser substituída por restritivas de direitos (CP, art. 44).

Nestes termos, o *sursis* somente será concedido quando não for indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP.

### **3. A execução do *sursis***

Na LEP, o *sursis* está regulado nos arts. 156 a 163.

Transitada em julgado a sentença ou o acórdão que conceder *sursis*, caberá ao juízo da condenação – juízo do processo de conhecimento – realizar a audiência admonitória (LEP, art. 160), ocasião em que o

condenado será advertido a respeito das consequências da prática de nova infração penal e do descumprimento injustificado das condições.

Realizada referida audiência, expedir-se-á a guia de execução, que será enviada ao juízo das execuções penais competente, acompanhada dos documentos necessários.

É possível que no curso do *sursis* seja necessário modificar as condições impostas, para melhor ajustá-las à realidade do executado (tendo em vista sua jornada de trabalho, profissão ou condição de saúde, por exemplo), e o art. 158, § 2º, da LEP, autoriza que o juiz da execução assim proceda, a qualquer tempo, de ofício ou em razão de requerimento do Ministério Público ou da defesa, bem como por proposta do Conselho Penitenciário.

Se o executado não for o autor do pedido de ajuste das condições, deverá ser previamente ouvido a respeito.

Se o executado for o autor da postulação, antes de decidir o juiz deverá determinar a abertura de vista dos autos ao Ministério Público, a fim de que se manifeste sobre a pretensão deduzida.

A respeito da fiscalização das condições, dispõe o art. 159 da LEP:

§ 3º A fiscalização do cumprimento das condições, reguladas 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.

§ 4º 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.

§ 5º 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.

§ 6º 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.

#### **4. *Sursis* sem efeito e *sursis* revogado**

Não se deve confundir *sursis* sem efeito com *sursis* revogado.

Ficará sem efeito o *sursis* na hipótese do condenado, regularmente intimado, injustificadamente deixar de comparecer à audiência admonitória.

Neste caso a execução do *sursis* não se inicia, daí por que o correto é falar em *sursis* sem efeito.

Se após a audiência de advertência e, portanto, iniciada a execução, ocorrer o descumprimento injustificado de qualquer das condições, por exemplo, o *sursis* será revogado.

Caso o *sursis* seja declarado sem efeito ou revogado, a pena privativa de liberdade fixada na sentença deverá ser executada, no regime aplicado (LEP, arts. 161 e 162).

#### **5. Prorrogação e revogação do *sursis***

##### **5.1 Prorrogação**

Se no curso do benefício o executado praticar nova infração penal – crime ou contravenção –, o período de prova ficará prorrogado até o trânsito em julgado definitivo da sentença ou acórdão que neste novo processo se proferir.

Esta prorrogação é automática e, por isso, independe de decisão judicial a respeito.

Mesmo que a existência do novo processo tenha sido levada a conhecimento no processo de execução depois de escoado o período de prova, não poderá ser julgada extinta a punibilidade antes do término daquele novo processo, exatamente por independe a prorrogação de decisão judicial.

##### **5.2 Revogação**

A revogação do *sursis* determina o cumprimento da pena imposta na sentença ou acórdão de condenação.

Considerando a gravidade do fato, a revogação será *obrigatória* ou *facultativa*.

### 5.2.1 Revogação obrigatória

Nos casos de revogação obrigatória, a lei impõe ao juiz o dever de assim decidir nos autos, e tais hipóteses estão listadas no art. 81 do CP, segundo o qual *será revogada a suspensão* se, no curso do período de prova – portanto, após a realização da audiência admonitória –, o executado: a) sofrer condenação irrecorrível por crime doloso; b) frustrar, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano; c) descumprir a condição do § 1º do art. 78 do CP (prestar serviços à comunidade *ou* submeter-se à limitação de fim de semana no primeiro ano do benefício).

A prática de *infração penal* no curso do período de prova determina a prorrogação deste.

Se a nova infração for *crime doloso*, sobrevivendo condenação irrecorrível o *sursis* será obrigatoriamente revogado.

Muito embora o art. 81, II, do CP, ainda se refira à revogação do *sursis* na hipótese do executado solvente frustrar o pagamento da pena de multa, esta prática não é possível, por força da interpretação que se extrai da Lei n. 9.268/96, que transformou a multa penal em dívida de valor e proibiu sua conversão em pena privativa de liberdade.

### 5.2.2 Revogação facultativa

Nos precisos termos do art. 81, § 1º, do CP, a revogação da suspensão será apenas facultativa se o executado descumprir qualquer outra condição imposta (qualquer outra que não constitua causa de revogação obrigatória) ou sofrer condenação irrecorrível por *crime culposo ou por contravenção*, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Diz o § 3º do art. 81 que, na hipótese de revogação facultativa, o juiz poderá decretá-la *ou* prorrogar o período de prova até o máximo, se este não foi o fixado.

Disso resulta que, se o período de prova já tiver sido fixado no máximo, deverá ocorrer revogação do *sursis*, pois não haverá o que prorrogar.

## 6. Extinção da pena

Ainda que não se tenha verificado qualquer descumprimento ou notícia de nova infração penal durante o prazo do período de prova, ao término deste o juiz deverá determinar a abertura de vista ao Ministério Público nos autos do processo de execução, a fim de que se manifeste.

Para a correta verificação, nesta ocasião o Ministério Público deverá requerer a vinda aos autos de folha de antecedentes criminais atualizada e, após sua juntada, checar se ocorreu, ou não, instauração de nova ação penal durante o benefício.

Expirado o prazo do período de prova sem que tenha ocorrido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade, que assim deverá ser declarada pelo juízo da execução, sempre depois da prévia oitiva do Ministério Público.

# Capítulo 16

## ◆ Da Pena de Multa

### 1. Noções introdutórias

Genericamente, a aplicação de pena de multa em razão da prática de delito está autorizada no art. 5º, XLVI, da CF, e também no art. 32, III, do CP.

A pena de multa é modalidade de pena pecuniária, que consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na condenação e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa (CP, art. 49), cujo valor será fixado pelo juiz, não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário (CP, art. 49, parágrafo único).

Pode ser aplicada isolada ou cumulativamente com pena privativa de liberdade.

É possível, ainda, seja objeto de transação penal, conforme dispõe o art. 76 da Lei n. 9.099/95.

### 2. Execução da pena de multa

Com a vigência da Lei n. 9.268/96, a pena de multa passou a ser considerada dívida de valor, e por isso impossível sua conversão em pena privativa de liberdade como antes ocorria, quando da antiga redação do art. 51 do CP.

Na sistemática atual a pena de multa submete-se às normas da legislação que trata da dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que se refere às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, e disso decorrem várias repercussões jurídicas, como veremos nos itens seguintes.

Não é possível execução provisória de pena de multa.

Verificado o trânsito em julgado da sentença condenatória, será extraída certidão da condenação, que valerá como título executivo judicial.

## **2.1 Legitimidade ativa**

Considerada a natureza jurídica da multa – dívida de valor –, o Ministério Público não é parte legítima para sua execução.

Desde a Lei n. 9.268/96, parte legítima ativa para a execução é a Fazenda Pública, Estadual ou Federal, a depender do juízo que proferir a condenação.

Se a condenação for proferida pela Justiça Estadual, ainda que em sede de ação penal privada, legitimada será a Fazenda Pública Estadual. Caso a condenação tenha sido proferida pela Justiça Federal, à Fazenda Pública Federal caberá propor a execução.

## **2.2 Juízo competente**

Pela mesma razão anotada no item anterior, o Juízo da Vara das Execuções Criminais não é o competente para a execução da pena de multa, mas sim a Vara da Fazenda Pública, Estadual ou Federal, a depender do juízo da condenação.

Juízo competente, em síntese, é aquele em que deva tramitar a execução dos créditos da Fazenda Estadual ou da União, respectivamente.

## **3. Processamento**

É possível que a pena de multa seja aplicada isolada ou cumulativamente com pena privativa de liberdade.

*Aplicada isoladamente*, após transitar em julgado a sentença ou o acórdão condenatório o juízo da condenação determinará que a serventia elabore a conta de liquidação e dela providencie intimar o Ministério Público e a Defesa, a fim de que se manifestem sobre o valor apurado, após o que, decidirá sobre eventuais impugnações apresentadas. Se entender incorreta a apuração, determinará seja refeita e para tanto indicará os parâmetros que entender corretos. Homologada a conta, mandará intimar o condenado para que efetue o pagamento em 10 (dez) dias, sob pena de execução forçada.

Verificado o pagamento, extingue-se a punibilidade.

Neste momento, é possível o parcelamento da multa (LEP, art. 169).

Caso não ocorra o pagamento nem pedido de parcelamento, o juiz determinará a extração de certidão que será encaminhada ao órgão legitimado para execução visando a adoção das medidas cabíveis.

*Aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade*, após transitar em julgado a decisão condenatória, verificada a remessa da guia de recolhimento ao juízo da execução, quando da elaboração da conta de liquidação de penas far-se-á a apuração do valor da multa para fins de execução.

Após, segue-se conforme o anotado no item anterior, com a intimação do Ministério Público e da defesa para manifestação sobre a conta etc., até extinção em razão do pagamento ou extração de certidão e remessa desta ao órgão legitimado para execução.

No caso de pena de multa cumulada com privativa de liberdade, é possível que o juiz determine que durante a execução desta a multa seja cobrada mediante desconto na folha de pagamento do executado (LEP, art. 170), e a esse respeito dispõe o art. 168 da LEP que:

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.

Na Vara da Fazenda Pública, o processamento da execução de pena pecuniária deve seguir o rito estabelecido na Lei n. 6.830/80, inclusive com a inscrição na dívida ativa, daí por que inaplicáveis as disposições *relativas ao processamento da execução forçada* conforme a regulamentação da LEP, art. 164 e seguintes.

A atualização da pena de multa deve ser feita levando em consideração a data do fato delituoso, pois foi nesse momento que ocorreu a lesão ao bem jurídico tutelado, mas é preciso dizer que há divergência na doutrina e na jurisprudência a esse respeito, já que existem posicionamentos apontando os seguintes marcos iniciais: a) data da sentença condenatória; b) data do trânsito em julgado da sentença para ambas as partes; c) o 11º dia, contado a

partir do vencimento do prazo da primeira intimação para pagamento; e d) data da citação na execução.

# Capítulo 17

## ◆ Da Execução das Medidas de Segurança

### 1. Noções introdutórias

Pressuposto para a aplicação de medida de segurança é a precedente prática de ilícito penal.

Superado o período em que a legislação brasileira admitia o *duplo binário* (aplicação conjunta de pena e medida de segurança em razão da periculosidade do agente), e adotado o sistema *vicariante* ou *unitário*, só é possível a aplicação de medida de segurança se ficar apurada pericialmente a incapacidade mental do acusado, indicadora de presumível periculosidade.

Nos precisos termos do art. 26 do CP, se *ao tempo da ação ou omissão*, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o agente era *inteiramente incapaz* de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, ainda que provadas a ocorrência do delito, a autoria atribuída e eventual materialidade, ficará isento de pena. Não será possível impor-lhe condenação.

Se em virtude de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era apenas *parcialmente capaz* de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, ao invés de ficar isento de pena, terá esta reduzida de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Nesta mesma situação, a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por internação ou tratamento ambulatorial, se ficar provado que o condenado necessita de especial tratamento curativo (CP, art. 98).

Constatada pericialmente a incapacidade absoluta, o agente será considerado inimputável. Se a incapacidade for apenas relativa, o agente será semi-imputável.

Se a hipótese for de condenação mas ficar apurada pericialmente (CPP, art. 149) a incapacidade absoluta do agente, a sentença será de absolvição

imprópria (melhor seria chamá-la de condenação imprópria) com a imposição de medida de segurança. Em idêntica situação, se ficar apurada a incapacidade relativa, o juiz poderá aplicar medida de segurança *ou* reduzir a pena nos parâmetros apontados.

A Lei n. 12.403/2011 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de internação provisória como medida cautelar restritiva no caso de crime praticado com violência real ou grave ameaça contra a pessoa, conforme decorre do art. 319, VII, do CPP. Sobre a matéria, consultar: Renato Marcão, *Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

## **2. Das medidas de segurança em espécie**

Medida de segurança é espécie do gênero sanção penal.

O Código Penal, em seu art. 96, aponta quais são as medidas de segurança permitidas na legislação pátria: a) internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; b) sujeição a tratamento ambulatorial.

Se o crime cometido for punido com reclusão, a medida de segurança a ser aplicada é a de internação. Se o crime for punido com detenção, o juiz *poderá* aplicar a medida de tratamento ambulatorial (CP, art. 97), considerando a menor gravidade da conduta e a suficiência da medida.

Admite-se a aplicação de medida de segurança a inimputável autor de contravenção penal (art. 13 do Decreto-lei n. 3.688/41).

Tanto a internação quanto o tratamento ambulatorial devem ter prazo indeterminado e durar enquanto não for apurada pericialmente a cessação de periculosidade do agente.

O prazo mínimo da medida de segurança é de 1 (um) a 3 (três) anos (CP, art. 97, § 1º), devendo o juiz indicá-lo na sentença que a aplicar.

Alcançado o prazo mínimo fixado, o paciente judiciário/executado deve ser submetido a exame de cessação de periculosidade para verificar a necessidade de continuidade da medida. Enquanto não for julgada extinta a medida, tal providência poderá ser repetida a cada ano, ou a qualquer tempo, se assim entender conveniente o juiz da execução.

### 3. Execução da medida de segurança

Não há execução sem título.

Não se inicia a execução de medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial sem que tenha sido expedida e encaminhada pela autoridade judiciária a respectiva guia.

É juridicamente impossível a execução provisória de medida de segurança, pois se exige o trânsito em julgado definitivo da decisão que aplicar uma ou outra dentre as cabíveis (LEP, art. 171), e tal afirmação não colide com a possibilidade de aplicação cautelar de internação provisória com fundamento no art. 319, VII, do CPP.

O art. 173 da LEP aponta as formalidades que devem ser observadas quando da expedição da guia para execução e destaca que a mesma deverá conter:

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.

Expedida e enviada a guia de execução, que deverá ser retificada sempre que houver alguma alteração no prazo de duração da medida, dela será dada ciência ao representante do Ministério Público que atuar frente à Vara das Execuções competente, já que ao referido órgão incumbe fiscalizar a regularidade formal da guia e requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (LEP, art. 68).

A internação e o tratamento ambulatorial devem ocorrer em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, já que o mesmo se destina aos inimputáveis e aos semi-imputáveis (LEP, art. 99; CP, art. 99).

Com vistas à adequada individualização da execução da medida de segurança, naquilo que for adequado e cabível, aplica-se o disposto nos arts. 8º e 9º da LEP.

Admite-se *progressão e regressão* em relação às medidas de segurança, de maneira que o inicialmente submetido à internação poderá *progredir*

para tratamento ambulatorial, se assim recomendar exame pericial específico, e o inicialmente submetido a tratamento ambulatorial poderá ser internado se houver recomendação médico-pericial neste sentido (CP, art. 97, § 4º).

#### **4. Da cessação de periculosidade**

Aplicada medida de segurança, de que natureza for, sua cessação ficará condicionada à constatação pericial de cessação da periculosidade.

Denomina-se *exame de cessação de periculosidade* a apuração pericial a que será submetido o executado com vistas a apurar a necessidade de continuação, ou não, da medida.

Em regra o exame de cessação será realizado no final do prazo mínimo de duração da medida, conforme fixado na sentença pelo juiz, todavia, se houver requerimento do Ministério Público, do executado ou de seu defensor, o juiz poderá determinar sua realização a qualquer tempo, mesmo antes de expirado o prazo mínimo.

A realização do exame antes do prazo mínimo fixado não pode ser determinada por iniciativa do juízo. É preciso que ocorra provocação; requerimento, conforme decorre do art. 176 da LEP.

Na apuração de cessação de periculosidade, é preciso sejam observadas as regras do art. 175 da LEP, nos seguintes termos:

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.

#### **5. Desinternação e liberação do tratamento**

Se ficar apurada a cessação da periculosidade, o juiz deverá determinar a desinternação ou a liberação do tratamento, conforme a medida que estiver sendo executada, mas esta decisão só será efetivamente cumprida após transitar em julgado (LEP, art. 179), quando então o juiz da execução fará expedir ordem para a desinternação ou liberação.

Isso autoriza dizer que neste único caso o recurso de agravo em execução (LEP, art. 197) terá efeito suspensivo, e, enquanto não transitar em julgado para o Ministério Público e para a defesa a decisão que se proferir, a medida deverá continuar sendo executada.

A desinternação ou liberação, pura e simplesmente, não acarreta a extinção da medida, visto que na mesma decisão o juiz deverá submeter o executado às condições do art. 132 da LEP pelo prazo de 1 (um) ano.

Determina o art. 97, § 3º, do CP, que a desinternação ou liberação do tratamento ambulatorial será sempre condicional, pois, se antes do decurso de 1 (um) ano a contar da decisão o agente se comportar de maneira a demonstrar que sua periculosidade persiste, retornará à situação anterior.

## **6. Extinção da medida**

Vencido o prazo de 1 (um) ano após a decisão que reconheceu a cessação de periculosidade sem que se tenha verificado a necessidade de sua continuação, extingue-se a medida e cessam as condições do art. 132, aplicadas com fundamento no art. 178 da LEP.

# Capítulo 18

## ◆ Dos Incidentes de Execução

### 1. Noções introdutórias

◆ *Incidentes* são situações com repercussões jurídicas que se verificam e precisam ser resolvidas pelo juiz no curso do processo executacional.

A LEP regula as seguintes espécies de incidentes: *conversões* (arts. 180 a 184), *excesso* ou *desvio* (arts. 185 e 186), *anistia* e *indulto* (arts. 187 a 193).

### 2. Das conversões

◆ *Converter*, por aqui, tem o sentido de *mudar*: mudar uma pena ou medida de segurança por outra.

Para que ocorra *conversão*, é preciso que tenha ocorrido alguma situação nova no curso do processo executacional, dentre aquelas listadas nos arts. 180 a 184 da LEP, com as particularidades que a seguir analisaremos.

A depender da gravidade da situação tratada, a conversão será *obrigatória* ou *facultativa*. Na primeira a lei impõe ao juiz o dever, a obrigação *ex lege*, de proceder na forma indicada, enquanto que na segunda a providência constitui mera faculdade.

Seja qual for a decisão judicial, deverá ser sempre fundamentada (CF, art. 93, IX).

◆ *Conversão obrigatória*: é identificada nas hipóteses do art. 44, § 4º, do CP (descumprimento injustificado de restrição imposta).

◆ *Conversão facultativa*: é aquela regulada no art. 44, § 5º, do CP. Nesta hipótese, mesmo no caso de nova condenação por outro crime, em relação ao qual se aplicou pena privativa de liberdade, o juiz *poderá* deixar de determinar a conversão, se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

## **2.1 Conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos**

Sabe-se que na sentença proferida em processo de conhecimento onde a condenação fixar pena privativa de liberdade o juiz deverá tratar do cabimento, ou não, da substituição desta por restritiva de direitos (CP, art. 44).

Em sede de execução penal, diz o art. 180, *caput*, 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.

De início é preciso enfatizar que a partir da vigência da Lei n. 9.714/98 (Lei de Penas Alternativas), nos precisos termos do art. 44, I, do CP, a pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos poderá ser substituída por restritiva de direitos.

Para que não ocorra violação à necessária coerência sistêmica, é preciso convir que desde então a melhor leitura do art. 180 da LEP reclama admitir, também em sede de execução penal, a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos em restritiva de direitos, desde que satisfeitos os requisitos legais.

Para que ocorra a conversão, é preciso identificar a concorrência dos seguintes requisitos:

◆ *Requisitos objetivos*: a) que a pena privativa de liberdade aplicada, seja ela de que natureza for (reclusão, detenção ou prisão simples), não seja superior a 4 (quatro) anos; b) que a pena esteja sendo cumprida em regime aberto (desde o início ou em razão de progressão); e c) que o executado tenha cumprido pelo menos 1/4 (um quarto) da pena (observada eventual detração e/ou remição).

◆ *Requisitos subjetivos*: devem ser analisados os antecedentes e a personalidade do executado.

## **2.2 Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade**

Diz o art. 181 da LEP que a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade está regulada no art. 45 do CP.

De ver, entretanto, que após a vigência da Lei n. 9.714/98 a matéria passou a ser tratada em linhas gerais no art. 44, §§ 4º e 5º, do CP.

No cálculo da pena privativa de liberdade a executar, será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de *detenção* ou *reclusão* (art. 44, § 4º, parte final, do CP).

A lei não faz referência à possibilidade de conversão da restritiva de direitos quando se tratar de pena de *prisão simples*, e não é possível interpretação extensiva em prejuízo do executado.

### ***2.2.1 Conversão da pena de prestação de serviços à comunidade***

Na LEP, o art. 181 é quem trata de forma pormenorizada do tema, para determinar a conversão – conversão obrigatória, portanto – quando o executado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a 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.

Após o trânsito em julgado da sentença ou acórdão que aplicar pena restritiva de direito, expedida e encaminhada a guia (LEP, art. 147), no juízo de execução será designada a entidade que será beneficiada com a prestação, após o que o condenado deverá ser intimado a respeito, para o início da execução propriamente dita (LEP, art. 149).

É comum, na hipótese tratada, o juízo de execução designar audiência de advertência, na qual a entidade beneficiada será designada, e determinar as notificações necessárias visando o comparecimento do condenado, de seu defensor e do Ministério Público.

Se o executado não for encontrado para ser notificado em razão de estar em lugar incerto e não sabido, será notificado por edital. Notificado pessoalmente ou por edital, se injustificadamente não comparecer à entidade ou audiência designada, a restritiva de direitos será convertida em

privativa de liberdade, observada aquela aplicada na condenação, inclusive no tocante ao regime fixado.

De igual maneira, se o condenado se recusar a prestar o serviço que lhe foi imposto e não apresentar justificativa acolhível, dar-se-á a conversão.

A prática de falta grave, como visto no capítulo específico, acarreta repercussões negativas no curso do processo executacional, por demonstrar inequívoca ausência de mérito por parte do executado.

Uma das repercussões é a conversão agora tratada, e para tanto é preciso observar que a LEP lista nos arts. 50 e 52, *caput*, primeira parte, as faltas consideradas graves *no cumprimento de pena privativa de liberdade* e, no art. 51, as faltas graves no cumprimento de pena restritiva de direitos.

Para que se justifique a conversão, *basta a prática da falta*. Não é necessário aguardar sentença ou condenação, visto que isso, em regra, demandaria prazo muito superior ao tempo da pena e tornaria a previsão inócua.

A última hipótese mencionada no art. 181 é de simples compreensão, cumprindo ressaltar que somente a condenação à *pena privativa de liberdade* em razão da prática de *crime* é que justifica a conversão e, ainda assim, se esta pena aplicada não for suspensa, entenda-se: se não for concedida a suspensão condicional da pena (CP, art. 77).

Como se vê, nas hipóteses acima tratadas, a conversão implica no restabelecimento da pena e do regime fixados na sentença condenatória.

### ***2.2.2 Conversão da pena de limitação de fim de semana***

Submetido a limitação de fim de semana, o condenado deverá permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa do albergado (LEP, art. 93) ou outro estabelecimento adequado.

À luz do disposto no art. 181, § 2º, da LEP, é cabível a conversão da limitação de fim de semana quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; b) praticar falta grave; c) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa; d) não comparecer *injustificadamente* ao estabelecimento designado para o cumprimento da

pena; e) recusar-se *injustificadamente* a exercer a atividade determinada pelo juiz.

### 2.2.3 Conversão da pena de interdição temporária de direitos

As penas de interdição temporária de direitos são as seguintes, listadas no art. 47 do CP:

I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; IV – proibição de frequentar determinados lugares.

A pena de interdição temporária de direitos será convertida nas seguintes hipóteses, tratadas no art. 181, § 3º, da LEP: a) quando o condenado exercer, *injustificadamente*, o direito interditado; b) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital; e, c) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

### 2.2.4 Conversão das penas de prestação pecuniária e perda de bens e valores

Informa o § 1º do art. 45 do CP que a pena de prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 salários mínimos, sendo certo que o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Em matéria de conversão, é preciso distinguir duas situações:

- 1) Se a pena de prestação pecuniária decorrer de *transação penal* levada a efeito em sede de Juizados Especiais Criminais (art. 76 da Lei n. 9.099/95), seu descumprimento não poderá acarretar a imposição de pena privativa de liberdade.

2) Ocorrerá situação diversa, entretanto, se a pena decorrer de condenação em processo de conhecimento, quando então o descumprimento injustificado irá autorizar sua conversão em privativa de liberdade, exatamente naquela aplicada na sentença ou acórdão.

Há divergência na doutrina a tal respeito, mas é preciso reconhecer a vigência do art. 44, § 4º, do CP, que autoriza a conversão também na hipótese tratada.

As mesmas observações acima lançadas valem para a pena de perda de bens e valores.

### ***2.2.5 Conversão da pena de prestação de outra natureza ou “inominada”***

Diz o § 2º do art. 45 do CP que a pena de prestação pecuniária poderá consistir em *prestação de outra natureza, se houver aceitação do beneficiário*.

A pena de prestação de outra natureza ou “inominada” é inconstitucional, por representar flagrante violação ao princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX; CP, art. 1º).

Nesta linha de pensamento, se não pode ser aplicada, não é cabível sua conversão.

### ***2.2.6 Conversão da pena de multa em detenção***

O art. 3º da Lei n. 9.268/96 revogou o art. 182 da LEP e desde então não é possível cogitar a possibilidade de conversão de pena de multa em detenção.

A mesma lei citada também deu nova redação ao art. 51 do CP, de maneira a não permitir, desde sua vigência, a conversão aqui tratada.

### ***2.2.7 Doença mental ou perturbação da saúde mental superveniente***

Em relação ao tema doença mental ou perturbação da saúde mental, é preciso distinguir o momento em que tal se verifica, e para tanto se faz necessário produzir prova pericial, conforme o art. 149 do CPP.

Se o agente estiver acometido de moléstia mental ao tempo da ação ou omissão, será caso de observar o art. 26 do CP, que tem a seguinte redação: “É isento de pena o agente que, por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, *ao tempo da ação ou da omissão*, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Pode ocorrer, entretanto, que a doença seja superveniente, surja depois da prática ilícita, e neste caso o processo ficará suspenso até que o réu se restabeleça (CPP, art. 152).

Se a doença ou a perturbação surgirem no curso da execução da pena privativa de liberdade, hipótese em que 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. Neste caso, a duração da medida de segurança aplicada em substituição será igual ao limite da pena anteriormente aplicada.

Não se trata de medida de segurança por tempo indeterminado, como ocorre na hipótese de aplicação por ocasião da sentença ou acórdão ao final do processo de conhecimento (CP, § 1º, do art. 97).

### ***2.2.8 Conversão do tratamento ambulatorial em internação***

Se o agente revelar incompatibilidade com a medida, o tratamento ambulatorial poderá ser convertido em internação, hipótese em que o prazo mínimo de internação será de 1 (um) ano, conforme o parágrafo único do art. 184 da LEP.

## **3. Do excesso ou desvio**

Diz o art. 185 da LEP que “haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

Tanto o *excesso* quanto o *desvio* pode ser *individual* ou *coletivo*, a depender do número de executados em relação ao qual se verifique.

A LEP não distingue o *excesso* do *desvio*, o que pode sugerir ser tudo a mesma coisa. Mas não é bem assim.

### **3.1 Do excesso**

O excesso é quantitativo em relação ao título executivo.

Materializa-se sempre que a execução da pena ou da medida de segurança transbordar os limites do que foi decidido no processo de conhecimento, e por isso será sempre prejudicial ao executado.

São exemplos recorrentes de excessos verificáveis no processo execucional, dentre outros: a) submeter o executado a regime mais rigoroso do que aquele a que tem direito em razão do fixado na sentença ou em decisão que concedeu progressão; b) manter em cadeia pública ou estabelecimento inadequado aquele a quem se impôs medida de segurança.

### **3.2 Do desvio**

Desvio é a mudança de curso.

Ao contrário do que ocorre na hipótese de *excesso* de execução, o *desvio* é sempre vantajoso ao executado; qualitativamente mais favorável.

São exemplos de desvios no curso da execução, sem prejuízo de tantos outros: a) permitir, injustificadamente, o cumprimento de pena em regime mais brando que aquele da condenação; b) conceder permissão de saída fora das hipóteses do art. 120 da LEP; c) permitir saída temporária fora dos casos listados no art. 122 ou por prazo superior ao permitido no art. 124, ambos da LEP; d) conceder remição virtual (a quem não trabalha nem estuda).

## **4. Da anistia e do indulto**

Consoante dispõe o item 172 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, “as disposições em torno da anistia e do indulto (art. 187 e s.) aprimoram sensivelmente os respectivos procedimentos e se ajustam também à orientação segundo a qual o instituto da graça foi absorvido pelo indulto, que pode ser individual ou coletivo”.

Nada obstante a celeuma que se verifica na desencontrada legislação brasileira, onde encontramos referência à graça, à anistia e ao indulto, o correto é concluir que temos dois institutos a tratar: a) anistia; e b) indulto (individual ou coletivo).

A *graça*, que é referida inclusive no art. 5º, XLIII, da CF, nada mais é do que o indulto individual.

## **4.1 Da anistia**

A anistia é um ato de soberania do Estado motivado por razões políticas, de competência da União (CF, art. 21, XVII), cuja concessão é da alçada do Congresso Nacional (CF, art. 48, VIII).

A iniciativa e a competência para conceder anistia é do Congresso Nacional (CF, art. 48, VIII), e o ato concessivo deve materializar-se por meio de lei.

Dirige-se, em regra, a crimes políticos, militares ou eleitorais, mas é possível sua aplicação também em relação a outros tipos de delito.

A anistia é concedida em relação a determinados fatos, e não a pessoas particularizadas.

Pode ser concedida em qualquer fase da persecução penal (antes ou depois de instaurado o processo); tem efeito retroativo (*ex tunc*) e por isso apaga todas as consequências penais da condenação em relação ao condenado, sem alcançar os efeitos extrapenais, como é o caso da obrigação de reparar o dano, por exemplo.

A anistia pode ser: *própria*; *imprópria*; *geral*; *parcial*; *condicionada*; *incondicionada*; *restrita*; e *irrestrita*.

◆ *Anistia própria*: é aquela concedida antes do trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento.

◆ *Anistia imprópria*: concedida após ter sido proferida a sentença.

◆ *Anistia geral*: alcança, indistintamente, todas as pessoas ligadas a determinado fato.

◆ *Anistia parcial*: não alcança todos os infratores, por exigir a satisfação de determinados requisitos pessoais.

◆ *Anistia condicionada*: para beneficiar-se dela o agente deve se submeter a certas condições ou obrigações.

◆ *Anistia incondicionada*: quando é concedida de forma plena, livre de qualquer condição ou restrição.

◆ *Anistia restrita*: restringe seu alcance a determinadas infrações, sem alcançar outras conexas ao delito principal.

♦ *Anistia irrestrita*: também alcança eventuais crimes conexos com o principal.

Consoante dispõe 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”.

## **4.2 Do indulto**

O indulto é ato de clemência do Poder Público, concedido privativamente pelo Presidente da República, que, nos termos do art. 84, XII, parágrafo único, da CF, pode delegar tal atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que deverão observar os limites da delegação.

O indulto pode ser *individual* ou *coletivo*.

### **4.2.1 Indulto individual**

Também denominado *graça*, o indulto individual pode apresentar-se de duas formas, a saber: *total* (irrestrito ou ilimitado), quando alcançar a totalidade das sanções impostas ao executado; ou *parcial* (restrito ou limitado), quando então ocorrerá o instituto da *comutação*, em que haverá apenas redução ou substituição da sanção anteriormente aplicada.

O indulto individual pode ser provocado por petição do condenado ou seu defensor, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa (LEP, art. 188).

Apresentado o pedido de indulto individual, em seguida será enviado ao Conselho Penitenciário para que proceda na forma do art. 190 da LEP e apresente seu parecer, após o que os autos serão enviados ao Ministério da Justiça (LEP, art. 189), onde serão submetidos a despacho do Presidente da República (LEP, art. 191).

Concedido o indulto individual, expedir-se-á o decreto presidencial respectivo.

O decreto de indulto individual deverá ser juntado aos autos do processo de natureza criminal a que estiver relacionado, após o que o juiz irá declarar extinta a pena (indulto total) ou ajustar a execução aos termos do decreto, no caso de comutação (indulto parcial).

## 4.2.2 Indulto coletivo

O indulto coletivo independe de provocação e é concedido por iniciativa do Presidente da República, mediante decreto, como ordinariamente ocorre em épocas festivas, tais como Natal e Ano Novo.

Alcança indeterminado número de pessoas – condenadas ou submetidas a medida de segurança – que se encontrem sob as condições jurídicas taxativamente apontadas no decreto de indulto.

Em regra, o *requisito objetivo* exigido é o cumprimento de determinada fração de pena, e o *requisito subjetivo* diz respeito à primariedade, à ausência de antecedentes desabonadores e ao bom comportamento no ambiente prisional.

◆ *Quanto à forma*, o indulto pode ser *condicionado* (fixa condição para a concretização do benefício e sua fruição pelo beneficiário) ou *incondicionado* (não fixa condição para a aceitação e gozo do benefício).

◆ *Quanto à extensão*, pode ser *total*, hipótese em que fará extinguir a(s) pena(s), ou *parcial*, quando então ocorrerá o instituto da *comutação*, com a substituição ou diminuição de pena.

Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou de seu defensor, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará a juntada do respectivo decreto aos autos do processo criminal a que estiver relacionado.

Quando a iniciativa não for sua, incumbe ao Conselho Penitenciário emitir parecer sobre o indulto e a comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso.

Regularmente processado o indulto coletivo, os autos irão conclusos ao juiz competente para decisão a respeito.

O art. 5º, XLIII, da CF, diz serem insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos.

Nesta linha, dispõe o art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que “os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de anistia, graça e indulto”.

O art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), diz que o crime de tráfico de droga (art. 33, *caput* e § 1º) e também os crimes previstos nos arts. 34 a 37 da mesma lei “são insuscetíveis de graça, indulto e anistia”.

# Capítulo 19

## ◆ Do Procedimento Judicial

### 1. Noções introdutórias

Da irrecusável jurisdicionalidade da execução penal, decorre a necessidade de um procedimento tipificado, mas a LEP é falha ao dispor neste sentido; e muito do que se pratica no procedimento executacional decorre bem mais de diretrizes extraídas dos princípios da legalidade, da oficialidade, da imparcialidade do juiz, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, dentre outros, do que de regras procedimentais dispostas na LEP, que se refere ao procedimento judicial apenas nos arts. 194 a 196, cuidando o art. 197 do recurso de agravo em execução.

### 2. Do procedimento

Bastante ampla a legitimação ativa, o procedimento judicial pode ser deflagrado por iniciativa do próprio juiz (*ex officio*), ou em razão de requerimento formulado pelo Ministério Público, pelo interessado (de próprio punho algumas vezes) ou seu Defensor, de seu cônjuge ou companheiro(a), parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Se a iniciativa for do juiz, para tanto deverá baixar portaria.

Se a iniciativa for de qualquer outro legitimado, deverá materializar-se em petição endereçada ao juiz competente.

A portaria ou petição deverá ser autuada e em seguida deverão ser intimados para manifestação em 3 (três) dias o executado e o Ministério Público, quando não figurarem como requerentes da medida.

Vencido o prazo, com ou sem as manifestações, os autos seguirão conclusos ao juiz, que decidirá em 3 (três) dias, ou, se entender

indispensável, determinará a produção de prova oral, documental ou pericial e designará audiência para tanto, sendo o caso.

Terminada a colheita da prova em audiência, em seguida o juiz deverá proferir sua decisão, no mesmo ato, ou no prazo de 3 (três) dias.

As decisões proferidas no processo execucional não têm *forma* de sentença e, embora devam ser convenientemente fundamentadas (CF, art. 93, IX), não é necessário que atendam ao disposto no art. 381 do CPP.

### **3. Do agravo em execução**

Contra as decisões proferidas no processo execucional, cabe agravo em execução, que é o único recurso previsto na LEP (art. 197).

Em regra o agravo não tem efeito suspensivo; apenas devolutivo.

A única exceção diz respeito ao agravo interposto contra decisão que determina desinternação ou liberação do tratamento ambulatorial, e isso por força do disposto no art. 179 da LEP, que exige o trânsito em julgado da decisão para que possa ser efetivamente cumprida, e disso se extrai que, se a decisão for atacada por agravo, haverá duplo efeito: devolutivo (comum a todas as espécies recursais) e suspensivo (cabível apenas quando houver previsão).

Para interpor qualquer tipo de recurso, é preciso ter *interesse jurídico* na modificação da decisão atacada, e com o agravo em execução não é diferente.

O agravo *tem natureza de recurso em sentido estrito*, e em razão disso, na falta de previsão expressa na LEP, deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, conforme orienta a Súmula 700 do STF, que tem a seguinte redação: “É de cinco dias o prazo para interposição de agravo contra decisão do juiz da execução penal”.

O agravante poderá apresentar as razões de seu inconformismo juntamente com a petição de interposição do agravo ou no prazo de 2 (dois) dias (CPP, art. 588).

Estando as razões nos autos, será determinada a notificação da parte contrária, a fim de que se manifeste em termos de contrarrazões no prazo de 5 (cinco) dias, após o que, com ou sem elas, os autos irão conclusos ao juiz

que, dentro de 2 (dois) dias, modificará ou manterá sua decisão, mandando instruir o agravo com os traslados que lhe parecerem necessários.

Por força do disposto no art. 589 do CPP, é imperativo que se observe o *juízo de retratação*, corolário do *efeito devolutivo inverso* ou *iterativo* de que é dotada a espécie recursal tratada.

Em casos excepcionais, é possível a interposição de mandado de segurança visando obter efeito suspensivo ao agravo, a fim de evitar dano de difícil reparação, mas é preciso dizer que a matéria é bastante controvertida na jurisprudência.

Admite-se a *fungibilidade recursal*, por força do disposto no art. 579 do CPP, e disso decorre que, não havendo má-fé, a parte não será prejudicada caso venha a interpor recurso diverso quando o adequado for o agravo em execução.

## Capítulo 20

### ◆ Disposições Finais e Transitórias

#### 1. Divulgação de informações

Letra morta, o art. 198 da LEP proíbe que os órgãos da execução (LEP, art. 61) e os servidores públicos divulguem fatos que possam perturbar a segurança e a disciplina dos estabelecimentos penais ou tenham potencialidade de expor o preso a inconveniente notoriedade durante o cumprimento da pena.

A realidade prática bem demonstra que essa é mais uma regra rotineira e impunemente descumprida.

#### 2. Uso de algemas

Dispõe o art. 199 da LEP que o uso de algemas deve ser disciplinado por decreto federal.

Visando coibir os constantes abusos no uso de algemas, o STF editou a Súmula Vinculante 11, que tem o seguinte teor: “Só é lícito o uso de algemas em caso 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” (Sessão Plenária de 13-8-2009; *DJe* 157 de 22-8-2008, p. 1; *DOU* 22-8-2008, p. 1).

Mais não é preciso dizer.

#### 3. Informações sigilosas

Conforme dispõe o art. 202 da LEP, “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”.

A interpretação do referido artigo permite concluir que também não poderão constar dos documentos sobreditos quaisquer anotações que se refiram a inquéritos policiais arquivados ou trancados; ações penais trancadas; processos em que tenha ocorrido reabilitação criminal etc.

As consequências decorrem automáticas, e em caso de descumprimento do comando legal é cabível mandado de segurança com vistas à correção do ato violador do direito assegurado. Sobre mandado de segurança em matéria criminal, conferir: Renato Marcão, *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

As consequências advindas do cumprimento ou extinção da pena, conforme ditadas pelo art. 202 da LEP, não se confundem com a reabilitação tratada nos arts. 93 a 95 do CP e 743 a 750 do CPP, de alcance mais profundo.

A reabilitação, conforme dispõe o art. 94 do CP, além de assegurar ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação, poderá atingir também os efeitos da condenação, previstos no art. 92 do CP (vedada a reintegração na situação anterior, nos casos de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; declaração de incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela), conforme determina o parágrafo único do art. 94.