

# Notas sobre a Execução Penal

Álvaro Mayrink da Costa

*Desembargador (aposentado) do TJ/RJ.  
Professor da EMERJ e Presidente do seu  
Fórum Permanente de Execução Penal.*

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo destas notas de aula é apresentar de forma clara e resumida o *thema* da execução penal na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, sem maior aprofundamento no enfoque crítico, diante do tempo de exposição e anseios de seus destinatários.

## 2. OBJETIVOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

2.1 - A pena é a principal consequência jurídica do injusto penal. O *princípio da necessidade da pena* abarca os seguintes princípios: *legalidade, fragmentalidade e subsidiariedade*. Visa, teoricamente, a *prevenir e reprimir as condutas* transgressoras da norma penal, criminalizadas diante do *princípio da intolerabilidade*, para garantir a paz pública e a segurança social.

2.2 - O juiz deverá aplicar a *resposta penal*, observados os requisitos objetivos conforme os indicadores normativos (antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima), destacando, ao final, que seja *necessária e suficiente* para a *reprovação e prevenção* do crime.

2.3 - Saliento que sobre a *prevenção* podemos destacar três vertentes principais contemporâneas: a) Jakobs, defensor da concepção hegeliana, mas não adepto de uma teoria absoluta preventista, advoga que a *função da pena* não ultrapassa o limite da *confirmação de validade da norma violada*, visto que o objeto jurídico da tutela seria tão só a *norma* e não os *bens jurídicos* tutelados. Para tal vertente, a pena seria *garantista das expectativas sociais* e possuiria o escopo de instrumento de restauração

da ordem externa confirmatória da norma; b) a vertente roxiniana vê na aplicação da pena a ideia de *prevenção geral, positiva* ou *negativa*, pois intimidaria o destinatário diante da possibilidade de reincidir e manteria a macrossociedade mais segura durante o seu cumprimento; c) a vertente agnóstica sustenta que a pena não possui qualquer *função* ou *justificativa*, constituindo-se unicamente de um ato de poder. Sublinhe-se o pensamento de Tobias Barreto de que “*o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político*”. Adiro à posição roxiniana da *prevenção geral positiva limitadora* que se expressa em *limitar* o poder punitivo do Estado em relação ao ato e à proporcionalidade, através de procedimento assegurado pelas garantias constitucionais.

2.4 - A *execução penal* tem por finalidade efetivar as disposições da sentença ou da decisão judicial proporcionando “*condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado*”.

2.5 - Von Liszt sustentava que a pena era *necessária* para a manutenção da ordem jurídica e, conseqüentemente, para a manutenção do Estado. Em princípio, as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a futura inserção social do transgressor da norma penal. São os objetivos da nossa Lei de Execução Penal.

2.6 - Nos tempos contemporâneos, vai-se sedimentando, diante do discurso do medo, a tese da legitimação do Direito Penal por sua eficácia, olvidando-se a sua construção liberal, tutelar e garantista ao relativar-se direitos fundamentais e garantias individuais. A nosso aviso, porém, a pena como *instrumento legal* objetiva a *proteção dos bens jurídicos*, reafirmando regras de convivência e, por última via, a *manutenção do controle social*. Busca, mediante condicionamentos e limitações, *conscientizar* o destinatário a *aceitar os valores macrossociais*, superando os questionamentos que possam traduzir um impasse existencial entre o transgressor e os valores impostos e aceitos pela comunidade dominante. Nos tempos contemporâneos, os criminólogos e penalistas se dedicam a buscar novas modalidades menos aflitivas e mais pedagógicas de substituição da pena privativa de liberdade,

evitando o encarceramento e humanizando a execução com absoluto respeito à dignidade da pessoa humana.

2.7 - Sublinhe-se que há uma pluralidade de *protagonistas* diante do conflito social, com interesses legítimos e corretas expectativas: a) a *vítima* (busca a reparação do dano); b) o *delinquente* (visa a inserção social); c) a *comunidade* (objetiva a paz e a segurança social).

2.8 - Os modelos ou paradigmas da *resposta penal* são três: a) *dissuasório* (prevenir a criminalidade); b) *ressocializador* (inserir e reformar o apenado); c) *integrador* (reparação do dano, conciliação, paz social).

2.9 - A macrossociedade é corresponsável e atenta aos *fins da pena*, sendo a pena privativa de liberdade um instrumento deletério que não educa, não socializa, não dá condições efetivas à futura e efetiva inserção social, *estigmatiza* e *desassocia*, pois a educação e a formalização do indivíduo para a liberdade se conflita com a perda da liberdade, em ambiente de miséria e opressão.

2.10 - Repete-se que a pena ainda é uma exigência traumática excludente, contudo ainda *imprescindível*, objetivando a *punição*, como *finalidade socialmente necessária*, uma relação de causa e não de finalidade. A pena, quanto aos seus fins, é *pluridimensional*, daí a dificuldade do aplicador e do executor na sua ordenação e hierarquização para alcançar seus múltiplos objetivos. Continua sendo “*uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos que são os homens*”. O que resta dizer é que o *valor intimidativo* está na certeza de sua *aplicação* e *execução*.

2.11 - As penas são destinadas a serem *cominadas*, *aplicadas* e *executadas*.

2.12 - O Direito Penal do século XXI será no sentido de aumentar o espectro de penas menos aflitivas e das medidas formais alternativas à pena de prisão, ao lado de uma política social realística e eficiente de inclusão social. Recorde-se que Ferrajoli concluía que a prisão é “*uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual e atípica*”, e, em parte, “*lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva*”. Convenci-me que o caminho a trilhar no *presente* é *aperfeiçoar* o cumprimento da pena de

prisão, perante o sistema de assistências, quando *imprescindível*, e substituí-la, quando oportuna e possível, por medidas alternativas e, no *futuro*, consciente de que a prisão perverte, deforma, avilta e embrutece, *substituí-la* por sanções menos aflitivas e mais pedagógicas, que efetivamente possam contribuir para a inserção social, ou que, no mínimo, reduzam os danos, pois não podemos olvidar que vivemos em uma sociedade em funcionamento em que a criminalidade é um fenômeno normal.

**2.13** - A pena é justificada por sua *necessidade, oportunidade e proporcionalidade*, constituindo-se em um instrumento do Estado para *realizar o equilíbrio do conflito de interesses*, observado o *princípio da intolerabilidade*, a fim de buscar a segurança e a paz social. A *necessidade* específica da pena privativa de liberdade se justifica quando o comportamento do sujeito se torna *intolerável* à convivência livre e pacífica dos cidadãos, após o esgotamento de todas as medidas de controle social, que resultaram inadequadas ou não satisfatórias.

**2.14** - Nos tempos modernos e contemporâneos, antes de tudo, procura-se *evitar o encarceramento*, substituindo-o por uma alternativa à pena privativa de liberdade, quando houver a *possibilidade* de evitar a contaminação deletéria do cárcere e suas consequências, num processo gradual abolicionista.

**2.15** - A história da pena é a história da luta por sua abolição e por estágios reformistas na defesa do *princípio da dignidade da pessoa humana* contra os abusos do poder estatal. O Direito Penal deve buscar o *equilíbrio* entre a realização de *funções simbólicas e funções instrumentais*.

**2.16** - Passam-se os séculos e a prisão continua marcada por três vulnerabilidades básicas: a) *superlotação*; b) *ociosidade*; c) *promiscuidade*.

**2.17** - O processo de *massificação* destrói qualquer tentativa prática de implantação de um sistema científico-pedagógico, tornando falido o *mito da ressocialização*.

**2.18** - O cumprimento da pena é um episódio trágico para quem suporta e um fator constante de conflito, colocando em risco real e efetivo a segurança e a paz social.

**2.19** - O direito de punir possui três fundamentos: **a) a defesa social; b) o ideal de reforma do transgressor; c) a intimidação geral e especial.**

**2.20** - Note-se que a pena possui caráter *aflitivo* (priva o condenado de direitos e bens fundamentais) e retributivo, na proporção em que, na sua qualidade e quantidade, teoricamente, representa o desvalor da lesão ao bem jurídico violado. A pena é regida pelos *princípios*: **a) da oportunidade; b) da proporcionalidade; c) da anterioridade da lei; d) da individualidade; e) da necessidade.** São *características* da pena, do ponto de vista jurídico: **a) a legalidade; b) a igualdade; c) a individualidade;** e, por consequência ela é: **a) personalíssima** (não se estende aos familiares); **b) inderrogável** (certeza da aplicação); **c) proporcional** (ao desvalor do injusto praticado).

**2.21** - A pena *justa*, repita-se, é a *necessária, oportuna e proporcional*, abarcados em todos os três momentos: **a) cominação; b) aplicação; c) execução.**

**2.22** - O quadro das penas no Direito pátrio pode ser sintetizado: 1. *Penas privativas de liberdade*: **a) reclusão; b) detenção; c) prisão simples;** 2. *Penas restritivas de liberdade*: **a) prisão domiciliar; b) limitação de fim de semana; c) prestação de serviço à comunidade;** 3. *Penas restritivas de direitos*: **a) interdições; b) proibições;** 4. *Penas pecuniárias*: **a) multa; b) prestação pecuniária; c) pena de perda de bens e valores;** 5. *Penas morais*: **a) advertência; b) admoestação;** 6. *Pena de morte*: Código Penal Militar, em tempo de guerra.

**2.23** - Alinho como *princípios* que regem a execução penal:

1. *Princípio da legalidade;* 2. *Princípio da isonomia;* 3. *Princípio da jurisdicionalidade;* 4. *Princípio do duplo grau de jurisdição;* 5. *Princípio do contraditório legal;* 6. *Princípio da humanização da execução da pena;* 7. *Princípio da individualização do regime prisional;* 8. *Princípio da pluralidade de atos;* 9. *Princípio da participação comunitária;* 10. *Princípio da vedação discriminatória;* 11. *Princípio da vedação das penas infamantes ou cruéis;* 12. *Princípio da cidadania;* 13. *Princípio da proporcionalidade;* 14. *Princípio da assistência.*

**2.24** - Para que a *execução da pena* atenuie o mal da prisão, que é a própria pena privativa de liberdade, impõe-se uma noção ampla e integradora de intervenção estatal, que exige um *modelo conceitual*, com *programas assistenciais estruturados, claros e duradouros*, a possibilitar a real e efetiva inserção social.

**2.25** - Sob um paradigma crítico, a Lei de Execução Penal<sup>1</sup> é uma verdadeira *Carta de Princípios* diante do quadro realístico das prisões brasileiras. Ao final desta primeira década do século XXI, o Estado e a sociedade civil se conscientizam, através do *programa de mutirões carcerários* permanentes e das comissões parlamentares de inquéritos, a fim de procurar atingir os seus objetivos: **a) efetivar as disposições da sentença ou de decisão judicial;** **b) proporcionar condições para a harmônica e futura integração social do condenado ou internado**, reforçando, assim, no Estado social democrático de direito o princípio da dignidade da pessoa humana.

**2.26** - São órgãos da execução penal: **a) Juízo da Execução;** **b) Ministério Público;** **c) Conselho Penitenciário;** **d) departamento Penitenciário;** **e) Patronato;** **f) Conselho da Comunidade.**

### 3. SISTEMAS E REGIMES

**3.1** - Em breve síntese, destacamos historicamente os três principais *modelos penitenciários*: **a) pensilvânico** (regime Filadélfia). Caracteriza-se pelo *isolamento celular e sua separação*, evitando a *promiscuidade*, bem como abrindo oportunidade para que os presos meditassem sobre os delitos cometidos, objetivando a conscientização dos erros e visando a melhora comportamental. O regime pensilvânico impunha *isolamento contínuo e absoluto*, havia inexistência de trabalho e era obrigatório o silêncio total para *“suavizar a alma pelo arrependimento”*; **b) auburniano**. Caracteriza-se pelo trabalho diurno em coletividade, mas com a imposição do *silêncio absoluto* entre presos e estes com os guardas das unidades prisionais. O isolamento era durante o período noturno;

<sup>1</sup> Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

c) *progressivo irlandês*. Caracteriza-se como regime fechado, mas não mais havia a necessidade de guardar silêncio durante o trabalho, inclusive admitindo o trabalho extramuros. Os presos não mais usam uniformes, não sofrem penas corporais, escolhem a natureza do trabalho e recebem parte do pecúnio. O sistema progressivo é o adotado pelo Brasil e pelas legislações contemporâneas.

**3.2** - Salienta-se que o *mérito* é o critério que comanda a *execução progressiva*. A pena privativa de liberdade será executada em *forma progressiva* com a transferência do regime mais rigoroso para o menos rigoroso, a ser determinado pelo juiz da execução, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 da pena no *regime anterior* e ostentar *bom comportamento carcerário* comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedem a progressão. Aduza-se, como sempre sustentamos, que o juiz da execução poderá determinar a realização do *exame criminológico*, desde que fundamentado, observado o *perfil do condenado*, a fim de diminuir o risco de conflito pela inadequação da mudança na individualização do regime de cumprimento da pena (Súmula vinculante nº 26 do STF: “*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 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*”).

**3.3** - A decisão será sempre motivada e precedida da manifestação do Ministério Público e do defensor. Idêntico procedimento será adotado em relação ao livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas as normas que vedam a progressão.<sup>2</sup>

**3.4** - No que concerne à *comutação* de pena (Dec. nº 4.495/2002), os requisitos são todos de natureza objetiva, pois o requisito subjetivo previsto no art. 1º, § 1º, II do diploma (avaliação, por decisão motivada do juiz, de condições pessoais) se

<sup>2</sup> Lei nº 10.792, de 1.12.2003.

refere ao *indulto*. Vedada a *interpretação extensiva*, não se pode criar condição não prevista *ex lege* do art. 84, XII da CF/1988.<sup>3</sup> Dispensável o parecer do Conselho Penitenciário. É a posição do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando a hipótese do decreto de comutação *per se* prever requisitos subjetivos.

**3.5** - Quando houver condenação por mais de um crime no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento de pena será feita pelo resultado da soma ou *unificação das penas*, observada, quando for o caso, a *detração* ou a *remição*.

**3.6** - O Supremo Tribunal Federal editou Súmula nº 715 no sentido da *pena unificada*, para atender o limite máximo de 30 anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não se aplica ao deferimento de outros benefícios (*pena aplicada*), como o livramento e a progressão do regime mais favorável de execução. Outrossim, admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou aplicação de regime menos severo nela determinada *antes* do trânsito em julgado da sentença condenatória (Súmula nº 716). Recorde-se que a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a *pena aplicada* exige motivação idônea (Súmula nº 718).

**3.7** - É oportuno salientar, para efeitos didáticos, algumas questões que transitam em relação à progressão de regime. *Indaga-se se a fração de 1/6 deve incidir* sobre o total ou restante da pena? Há duas correntes: a) o cálculo terá como base a pena imposta na sentença que está se executando e não o tempo que *resta* da pena. É a posição do Supremo Tribunal Federal; b) se o condenado cumpriu 1/6 do regime anterior e obteve a progressão, para a nova progressão, deverá cumprir tão só 1/6 da *pena restante* e não da *pena total aplicada*. É a posição do Superior Tribunal de Justiça. É a nossa posição.

**3.8** - No caso dos *crimes hediondos* (Lei nº 11.464/2007), a progressão fica condicionada a ter o requerente cumprido mais de 2/5 da pena, ou de 3/5, se reincidente.

<sup>3</sup> STJ, REsp 762.006-SP, rel. Min. Celso Limongi, j. 4.2.2010.

**3.9** - Na hipótese de *recaptura*, conta-se 1/6 da data da recaptura, pois seria inócua a regressão para o regime fechado.

**3.10** - Pela Lei nº 10.763/2003 (§ 4º do art. 33 do CP), o condenado por crime contra a administração pública terá progressão de regime *condicionada à reparação do dano* que causou ou *à devolução do produto do ato ilícito*, salvo impossibilidade de fazê-lo.

**3.11** - O Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de *afastar a vedação de progressão* de regime de cumprimento de pena a *pessoa estrangeira que responde a processo de expulsão*, pois não seria lícito cogitar de proibição genérica diante da cláusula constitucional que impõe a individualização da pena. Foi *repelida* a tese de que o estrangeiro estaria proibido de encontrar trabalho, diante do art. 98 do Estatuto do Estrangeiro, bem como da pendência de procedimento de expulsão. Qualquer pessoa tem direito à progressão de regime prisional diante do art. 112 da Lei de Execução Penal, não sendo retirado do estrangeiro a possibilidade de reinserção social.<sup>4</sup> Em síntese, o estrangeiro sem domicílio no país e objeto de expulsão, ainda que preso por tráfico de drogas, *não se constitui em óbice à progressão de regime de cumprimento de pena*.

#### **4. ESTABELECIMENTOS, REGIMES E AUTORIZAÇÕES DE SAÍDA**

**4.1** - Os estabelecimentos penais (penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa de albergado, centro de observação criminológica, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e cadeia pública) destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança e ao preso provisório que, conforme a sua natureza, deverão contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

**4.2** - Nossa legislação adota o *regime progressivo* do mais grave para o menos grave, não se olvidando que no regime de cum-

<sup>4</sup> STF, HC 97.147, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, j. 4.8.2009.

primento da pena é finalidade essencial à valia dos provimentos condenatórios.

4.3 - Numa abordagem geral poderíamos observar os *vários estágios* progressivos à busca da inserção social: a) *fechado* (segurança máxima e média); b) *semiaberto* (colônia agrícola, industrial ou similar); c) *aberto* (casa do albergado e prisão domiciliar).

4.4 - Nos tempos contemporâneos, discute-se a validade do regime aberto e a inclusão do livramento condicional como última etapa do sistema progressivo.

4.5 - Podemos, então, distinguir:

a) **Regime fechado.** Será cumprido em *penitenciária*, com restrição das atividades laborativas pelo rigor da vigilância dos apenados considerados portadores de *alto risco transgressor* em razão da *pena imposta* (reclusão superior a oito anos) e reincidência (reclusão ou detenção) e, na execução, aos que tiverem sido *regredidos*.

O regime *disciplinar diferenciado* é aplicado nas hipóteses previstas no art. 52 da Lei da Execução Penal, devendo a decisão ser *fundamentada* pelo juiz da execução e determinado em processos de execução observado o *due process of law*. Registre-se que a Carta Política veda a *pena cruel* (art. 5º, III c/c XLIX e art. 1º, III, CF/88), duração máxima de até 360 dias, sem prejuízo de *repetição* da sanção disciplinar por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de *um sexto da pena aplicada* (considerados presos de *alto risco* para a ordem e segurança macro e microsocial).

A gravidade *genérica* do delito *per se* não justifica a imposição do regime fechado.

No *crime hediondo*, a regra para a imposição do regime prisional inicial é a vigente para todos os injustos penais.

O art. 10 da Lei nº 9.034, de 3.5.1995 (Lei de Prevenção e Repressão ao Crime Organizado) estipula que “os condenados por crimes decorrentes de organização criminosa iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado”. Não há tipificação do que seja *organização criminosa*, tanto que há o projeto em curso no Congresso Nacional.

**b) Regime semiaberto.** É uma ponte de transição no processo de inserção social. Inspira-se na *confiança* e no *mérito*. Nele pode começar a cumprir a pena o condenado cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos *ex vi* do art. 33, § 2º, *b*, Código Penal). É admissível a adoção do regime semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais (Súmula nº 269 do STJ).

A expressão normativa *poderá* (alíneas *b* e *c* do § 2º do art. 33 do CP) significa que o juiz deverá apreciar no caso concreto as condições objetivas e subjetivas.

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

O exame criminológico é *facultativo*, podendo o juiz da execução determiná-lo para aferir as *condições pessoais de adaptabilidade* ao novo regime desde que *motivada* a decisão (observação do *perfil* do apenado). A matéria está submetida ao Congresso para *reforma* e já está em vigor a súmula vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal.

Os indicadores do art. 59 do Código Penal se aplicam ao fixar o regime.

Na hipótese de *falta de vagas* no regime semiaberto, há duas posições: **a)** aguardar a vaga, permanecendo no regime fechado; **b)** aguardar a vaga no regime aberto.<sup>5</sup> É a nossa posição.

O Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de o apenado ser submetido, no cumprimento da pena que lhe fora imposta, a regime mais gravoso do que o previsto no título condenatório. A *falta de vagas* no regime semiaberto não implicaria transmutação a ponto de alcançar a forma fechada e implicitamente a consequência natural seria a *custódia em regime aberto* e, inexistente a casa de albergado, a *prisão domiciliar*.<sup>6</sup>

O *regime semiaberto* caracteriza-se pelas saídas temporárias, sem fiscalização direta (escolta) para possibilitar que o ape-

<sup>5</sup> STF, HC 87.985-SP, 20.3.2007, m. v., Informativo 460.

<sup>6</sup> STF, HC 96.169, rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.8.2009.

nado possa frequentar curso supletivo, profissionalizante ou de instrução do segundo grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução, na dicção do art. 122 da Lei da Execução Penal. As *saídas temporárias* poderão ocorrer para *visitar a família* ou a participação em *atividades para o retorno ao convívio social*.

A autorização para as *saídas temporárias* depende: a) do *comportamento adequado* do condenado; b) do *cumprimento de 1/6 da pena (primário)* ou de *1/4 (reincidente)*; e c) da *compatibilidade com os objetivos da pena*, conforme o art. 123 do Código Penal. Diz a Súmula nº 40 do Superior Tribunal de Justiça: “*Para a obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento no regime fechado*”.

Com a edição da Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, foram alterados o Código Penal e a Lei de Execução Penal para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta (*monitoração eletrônica*).<sup>7</sup> O sistema de vigilância eletrônica é constituído por um conjunto de equipamentos, aplicações informáticas e sistema de comunicação que permitem detectar à distância a presença ou ausência do acusado ou condenado em determinado local. O legislador estabeleceu que a ausência legal de vigilância direta não impede que o juiz da execução, quando assim o entender através de decisão fundamentada, determine a monitoração eletrônica do *condenado*.<sup>8</sup> A fiscalização por meio da monitoração eletrônica é *facultativa* (consentimento do *acusado* ou *condenado*), em duas situações fácticas: a) autorizar a *saída temporária* no regime *semiaberto*; b) determinar a *prisão domiciliar*. A nossa legislação restringe a faculdade da vigilância eletrônica à saída temporária no regime semiaberto e ao determinar a prisão domiciliar (medida de coação de obrigação de permanência na habitação), não dando destaque aos casos de reclusos portadores de doença grave, evolutiva e irreversível ou de deficiência grave e permanente ou idosos, bem como na prevenção de violência doméstica e a assistência das suas vítimas, como o fez o diploma português

<sup>7</sup> Álvaro Mayrink da Costa, “Monitoramento Eletrônico: Lei nº 12.258, de 15 de julho de 2010”, in 196ª Reunião do Fórum Permanente da Execução Penal, EMERJ, 8.7.2010.

<sup>8</sup> Art. 122, parágrafo único, LEP.

(8.4.2010). Sublinhe-se que entre os *deveres especiais do acusado* ou *condenado* sob monitoração eletrônica: **a)** receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações (vigilância permanente); **b)** abster-se de *remover, violar, modificar, danificar* de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou *permitir* que terceiro o faça. No elenco de sanções diante do devido processo administrativo (*due process of law*) o juiz da execução *poderá* (faculdade) optar entre as seguintes medidas: **a)** regressão de regime; **b)** revogação da autorização de saída; **c)** revogação da prisão domiciliar; **d)** advertência por escrito. Outrossim, a monitoração eletrônica *poderá* ser *revogada*: **a)** quando se tornar desnecessária ou inadequada; **b)** se o *acusado* (admite ao preso cautelar) ou *condenado* violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou vier a cometer *falta grave*. A implementação da monitoração eletrônica dependerá de regulamentação do Poder Executivo. O monitoramento eletrônico não foi adotado no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena diante a sistemática prevista em nosso ordenamento jurídico-penal (individualização, proporcionalidade e suficiência da execução), como apontado nas razões de veto.

Ao conceder a *saída temporária*, o juiz da execução *imporá* (obrigatória) ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e situação pessoal do *condenado* (facultativa): **a)** fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde *poderá* ser encontrado durante o gozo do benefício; **b)** recolhimento à residência visitada, no período noturno; **c)** proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Na hipótese de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o *tempo de saída* será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. Nos demais casos, as autorizações de saída somente *poderão* ser concedidas no prazo mínimo de 45 dias de intervalo entre uma e outra.

As *permissões de saída* são dadas aos condenados em regime fechado ou semiaberto e aos presos provisórios, mediante escol-

ta, quando: **a)** houve falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; **b)** no caso de tratamento médico, durante o tempo necessário à finalidade da saída, por ordem do diretor do estabelecimento penal.

**c) Regime aberto.** Baseia-se na *autodisciplina* e no *senso de responsabilidade do condenado*.

*Características legais:* **a)** o condenado deverá ficar fora do estabelecimento sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e os dias de folga; **b)** o regime aberto deverá ser cumprido em *Casa de Albergado*, que deverá situar-se no centro urbano, sem obstáculos para evitar a fuga, com aposentos para presos e local adequado para cursos e palestras, conforme os arts. 93 a 95 da Lei de Execução Penal. Na hipótese de inexistência de *Casa de Albergado*, consolidou-se a utilização do *regime de prisão albergue domiciliar*, originalmente destinada aos maiores de 70 anos, acometidos de doença grave, ou condenados com filho menor ou deficiente físico ou mental ou gestante, na dicção do art. 117 da Lei de Execução Penal.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou: “*Não se acolhe a alegação de constrangimento ilegal em virtude da expedição de mandado de prisão contra condenado em regime aberto, pois a guia de recolhimento é condição essencial para que se dê início à execução da pena. Cumprido o mandado e expedida a competente guia, o defensor poderá pedir a prisão albergue domiciliar, a qual não se confunde com o regime aberto de cumprimento de pena*”.<sup>9</sup>

Registrem-se as hipóteses de regressão do regime aberto: **a)** *prática de ato definido como crime doloso* (sustar cautelarmente o regime aberto); **b)** *frustrar os fins da execução* (falta grave ou ausentar-se durante o repouso noturno); **c)** *não pagamento da multa cumulativamente aplicada, podendo fazê-lo* (responsabilidade e disciplina); **d)** *condenação por crime anteriormente praticado*, mas que torne a soma das penas incompatíveis com o regime.

<sup>9</sup> STJ, RHC 8.835-SP, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 23.11.1999, DJ 14.2.2000, 46.

*Na hipótese de regressão, teria que regredir para o regime anteriormente fixado na sentença? Entendemos que depende do caso concreto.*

O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência que a Lei de Execução Penal não exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para a regressão de regime, sendo suficiente que o condenado tenha praticado fato definido como crime doloso *ex vi* do art. 118, I.<sup>10</sup>

**d) Regime especial.** As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, na dicção do art. 82, § 1º da Lei de Execução Penal, que ainda poderá ser dotado de seção para gestante ou parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.

Assim, as instalações serão dotadas de um *berçário*, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até *seis meses de idade*. Note-se que os estabelecimentos penais para mulheres deverão possuir, *exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas*.

**e)** Não se aplicam as regras previstas na Lei de Execução Penal aos condenados por *crime militar*, cuja pena seja cumprida em estabelecimento militar adequado (regras diferenciadas de disciplina e hierarquia).<sup>11</sup>

## 5. TRABALHO PRISIONAL

**5.1** - O trabalho do condenado, como *dever social e condição de dignidade humana*, terá finalidade educativa e produtiva. Os condenados estão *obrigados ao trabalho interno* (manutenção da unidade prisional) na medida de suas forças e aptidões, como dever social e condição de dignidade da pessoa humana.

**5.2** - Não podemos olvidar que a prisão dista muito de seguir o ritmo acelerado da macrossociedade, pois os cárceres são arquipélagos ocupados por tarefas rudimentares e durante muito tempo houve pressões político-empresariais contra a produção peniten-

<sup>10</sup> STF, HC 97.218-RJ, 1ª T., rel. Min. Ellen Gracie, j. 12.5.2009.

<sup>11</sup> STF, HC 85.054-SP, 1ª T., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.9.2005, Informativo 402.

ciária, sob o fundamento da mão de obra barata. Na atribuição do trabalho deverão ser levados em conta: a) a *habilitação*; b) a *condição pessoal*; c) as *necessidades futuras do preso*; bem como d) as *oportunidades oferecidas pelo mercado*. O trabalho proporciona ao recluso a aquisição e manutenção das aptidões para o exercício de uma profissão, qualificando a mão de obra, *promovendo a autoestima e gerando condições e estímulo* para antecipar a liberdade.

5.3 - O trabalho é o núcleo central do processo de socialização, razão pela qual o Estado tem o dever de promovê-lo, mas, infelizmente, não é disponível nas unidades prisionais para a massa carcerária, embora consagrado na nossa legislação o dever de trabalhar, ressalvando que somente os *presos provisórios não estão obrigados a trabalhar* (facultativo).

5.4 - O trabalho prisional não pode ter *caráter aflagante*, sendo um instrumento básico para a qualificação profissional do apenado para a sua futura inserção social, *retirando-o da ociosidade no cárcere e estimulando a formação de pecúlio e a remição de pena*. O trabalho do preso será sempre *remunerado*, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 do salário mínimo. No regime semiaberto o trabalho extramuros agrava os custos do apenado diante do pagamento do transporte até o local de sua prestação e retorno à unidade prisional, razão pela qual o salário deveria ser o mínimo integral. O trabalho prisional é imposto, *forma parte da pena*, tem função e objetivos especiais, mas este *trabalho livre* não pode ter um preço vil, que imputaria criar uma *plus valia* em favor do Estado, que se *beneficiaria* com o excesso do valor percebido (*trabalho estatal escravo*). A *jornada normal* de trabalho não será inferior a 6 (seis) e não superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados. Poderão ser atribuídas horas especiais de trabalho aos presos designados para os serviços de *conservação e manutenção* do estabelecimento penal. Se a jornada for inferior a 6 horas, poderá ser somada até completar oito horas, obedecendo ao número de dias a serem *remidos*, observada a planilha. O recluso não pode ser prejudicado por falta de registro na planilha das horas trabalhadas; havendo dúvida, devem ser contadas em seu favor.

5.5 - Não se pode esquecer que o produto de remuneração do trabalho do preso objetiva atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outro meio; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais, sempre estimulando a formação de pecúlio para o momento em que for colocado em liberdade (caderneta de poupança).

5.6 - O serviço prestado pelo apenado não configura *relação de trabalho*, uma vez que o preso não tem liberdade de contratar e que seu trabalho tem escopo educativo e de remição de pena, afastando a Lei de Execução Penal a aplicabilidade da Consolidação das Leis do Trabalho.

5.7 - Sendo o *trabalho obrigatório*, o Estado tem o *dever de ofertá-lo* para todos os encarcerados, pois constitui *falta grave* o descumprimento de trabalhar. O trabalho é também um *direito do preso*, condicionado às suas condições pessoais, à arquitetura prisional para a sua disponibilidade e à oportunidade de mercado. A Lei de Execução Penal limita o *trabalho artesanal* sem valor econômico, mas deixa a possibilidade para a remição.<sup>12</sup> O *preso provisório* não está obrigado ao trabalho (*princípio de inocência até o trânsito em julgado*). Porém, diante de execução provisória da sentença condenatória que não transitou em julgado para a defesa, *inexistindo proibição*, é recomendável a possibilidade do trabalho para evitar o ócio carcerário e já contar para a remição (faculdade do preso provisório).

5.8 - O art. 41 da Lei de Execução Penal inclui entre os *direitos do preso* “a atribuição de trabalho e sua remuneração” e a Carta Política, em seus arts. 6º e 7º, firma ser o trabalho um *direito de todo o cidadão*. Não há distinção no campo teórico entre a *natureza* e o *exercício* do trabalho, desde que seja *lícito*. Quanto à *natureza jurídica* do trabalho prisional, questiona-se, se um direito ou dever do preso e do Estado.

<sup>12</sup> Regras Mínimas para o Tratamento de Preso no Brasil, Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), 11 de novembro de 1994 (DOU de 2.12.1994).

5.9 - Na triste realidade microssocial, o trabalho é uma *regalia* concedida ante o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, diante da superlotação carcerária e da ausência de uma arquitetura prisional que preveja os espaços necessários para a instalação das oficinas. Eis a razão pela qual o trabalho prisional se tornou um privilégio para um pequeno número de apenados.

5.10 - O trabalho poderá ser *interno* ou *externo*. Na hipótese de *trabalho externo*, os apenados em *regime fechado* (exceção) só poderão fazê-lo em *obras públicas*, ou por *entidades particulares*, desde que tomadas as devidas cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. No *trabalho externo* devem ser observadas as cautelas de segurança e disciplina, presentes os requisitos objetivos e subjetivos, devendo-se principalmente ter em conta o *perfil do condenado*. A Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal garantem ao preso o *direito de trabalhar*. O condenado em *crime hediondo* pode exercer atividade laborativa externa. O *limite máximo de presos*, na hipótese, será de dez por cento do total de empregados da obra. No trabalho extramuros o preso *não está obrigado* ao trabalho, devendo haver sua autorização expressa. Na escolha do trabalho externo, a direção da unidade deverá levar em conta a *aptidão, disciplina e responsabilidade do preso*, além do requisito de já ter cumprido 1/6 da pena aplicada, ou unificada, se for a hipótese. A *autorização* para a prestação de *trabalho externo* é da atribuição do diretor do estabelecimento penal. Para o *direito ao trabalho externo* é necessário que o apenado se encontre em *regime semiaberto* (regra geral) e tenha cumprido 1/6 da pena que lhe foi imposta (tempo necessário para a observação do perfil do condenado). Não se pode esquecer, no processo seletivo, do princípio da *proibição da proteção deficiente*, observado o papel do Estado Social como preservador do interesse social. Há vertente contrária ao entendimento de ser “*admissível o trabalho externo aos condenados em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, pelas próprias condições favoráveis e ante o critério da razoabilidade que se faz necessário na adaptação das normas da execução à realidade*”

*social e a sua própria finalidade*".<sup>13</sup> Na questão pertinente à falta grave do condenado em regime de semiliberdade com autorização para trabalho externo, não se pode olvidar que o apenado só pode ter punição disciplinar *se houver previsão legal*.

**5.11** - O trabalho poderá ser gerenciado por uma *fundação* ou *empresa pública*, tendo por objetivo a formação profissional do condenado. A Lei nº 10.792/2003 tornou possível, observada a Lei de Responsabilidade Fiscal, que a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios podem realizar convênios com a iniciativa privada, objetivando implantar oficinas de trabalho a setores de apoio das unidades prisionais, a fim de estimular a remição.

**5.12** - Os *problemas principais do trabalho prisional* são: **a)** a plena ocupação da população carcerária; **b)** a importância e o alcance na formação profissional dos reclusos; **c)** a eleição do sistema de organização do trabalho que melhor responda a tais propósitos; **d)** o exame crítico da possibilidade de ocorrência entre o exercício do trabalho e a disciplina carcerária; **e)** determinação da remuneração do trabalho penitenciário.

**5.13** - Finalmente, a Súmula nº 341 do STJ estatui que: "A frequência a curso de ensino profissional é causa de remição de parte do tempo de execução da pena sob regime fechado ou semi-aberto". Poderão ser remidos os dias de estudo efetivamente usados.

**5.14** - Concluindo, não se pode confundir o *trabalho espontâneo e contratual* da vida livre com o trabalho prisional, que integra um conjunto de deveres pertinentes à pena.

**5.15** - O Estado tem o direito de exigir que o condenado trabalhe (direito social ao trabalho) e é direito do preso a atribuição de trabalho e sua remuneração. A obrigatoriedade não vincula deveres de prestação pessoal do condenado. O recluso é um trabalhador privado de sua liberdade.

**5.16** - A nosso sentir, a finalidade principal do labor prisional consiste em criar uma *qualificação* e uma *atitude laborativa*, patamares da força ética e educativa, que envolvem a assistência,

<sup>13</sup> STJ, HC 8.725-RS, rel. Min. Gilson Dipp, j. 1.6.1999, DJU 25.6.1999.

objetivando a futura e harmônica inserção social na macrossociedade.

## 6. REMIÇÃO

**6.1** - A remição encontra raízes no Código Penal espanhol, cujo instituto remonta ao art. 303 da *Ordenanza General de Presídios e Prisões*, de 14 de abril de 1834.

**6.2** - A remição é um *direito público subjetivo* do apenado, incluindo o trabalho interno ou externo, manual ou intelectual, agrícola ou industrial, artesanal ou artístico, admitindo-se o burocrático nas unidades prisionais, pois é prestado para o seu efetivo funcionamento e com proveito *erga omnes*.

**6.3** - O art. 38 do Código Penal diz que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade e o art. 41 da Lei de Execução Penal arrola a atribuição de trabalho e remuneração. Na dicção da Lei de Execução Penal, em seu art. 39, V, trata-se de um *dever*, mas diante da Carta Política, o art. 6º diz que “*são direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho e o lazer...*”. Assim, o trabalho é um *direito do preso*, inadmitindo-se a não atribuição de trabalho por deficiência do Estado (superlotação carcerária, deficiência de oficinas e mestres nas unidades prisionais), *ratio* para a discussão da *remição ficta* (período de privação de trabalho por desídia estatal). Se o condenado requer a prestação de trabalho expressamente, seria a termo *a quo* a data da decisão denegatória por inexistir condições na unidade para a prestação do trabalho e do direito de remir a pena.

**6.4** - A posição dominante é a de que inexistente *amparo legal para a remição ficta*, uma vez que não há previsão de trabalho como direito do condenado e obrigação do Estado em nenhum dispositivo legal.<sup>14</sup> O trabalho surge como imposição da lei e obrigação do condenado na execução da pena privativa de liberdade.

**6.5** - A remição conduz ao acréscimo de um dia de pena cumprida por três dias de trabalho, conduzindo à alteração do título

<sup>14</sup> Arts. 34, § 1º e 35, § 1º, CP e 126 da LEP.

executório, que é a sentença penal transitada em julgado. A cada três dias trabalhados *acresce* um dia de pena cumprida.

**6.6** - Só é admissível a *remição* nos *regimes fechado e semi-aberto*. O trabalho *esporádico* é ocasional, não efetivo, o que torna impossível a remição. O tempo de remição é *objeto de prova*, razão pela qual há uma *planilha de horas trabalhadas*, sendo declarada pelo Juiz da Execução, ouvido o órgão do Ministério Público. Não se computa o *trabalho espontâneo* fora dos horários nas unidades prisionais.

**6.7** - Nos tempos atuais, não há mais espaço para não remir pelo trabalho artístico e intelectual. É pacífica a remição pelo estudo com base em 18 horas-aula por dia remido (6 horas de jornada em 3 dias).

**6.8** - A Lei nº 12.245, de 24 de maio de 2010, alterou o art. 83 da Lei de Execução Penal para autorizar a instalação de salas de aula destinadas a cursos de ensino básico e profissionalizantes.

**6.9** - O Supremo Tribunal Federal editou súmula vinculante: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei da Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do art. 58” (Súmula Vinculante nº 9). Embora tenha posição doutrinária admitindo o *princípio da proporcionalidade*, a *questão relativa a perdimento dos dias já remidos diante do cometimento de falta grave*, sem edição de lei que modifique a redação do art. 127 da Lei de Execução Penal, *há a perda total dos dias remidos*. É profundamente injusto e desestimulante, em termos de ações de política penitenciária, o encarcerado trabalhador, após anos de diária atividade laborativa em que já foi remido o tempo com o cálculo homologado com a alteração do título executivo, pelo cometimento de falta grave, perder todo o tempo trabalhado e ainda ser regredido no regime prisional. A questão só poderá ser modificada através de edição de mudança legislativa específica.

**6.10** - Constitui injusto do tipo de falsidade ideológica atestar falsamente prestação de serviço para o fim de instruir pedido de remição.

**6.11** - Há incidência da remição sobre a progressão de regimes e livramento condicional, inadmitindo-se em relação às medidas de segurança.

**6.12** - Entendo ser nula a decisão homologatória de procedimento administrativo disciplinar que resulta na perda dos dias já remidos sob o fundamento do cometimento de falta grave. Há necessidade do devido processo legal, não bastando ter sido o apenado ouvido no âmbito da esfera administrativa. Sublinho a exigibilidade da manifestação da defesa no processo de execução. Há posição contrária na direção de que tal exigibilidade só cabe no caso de regressão de regime prisional *ex vi* do art. 118, § 2º da Lei de Execução Penal.<sup>15</sup>

## 7. DETRAÇÃO

**7.1** - A *detração penal* é o abatimento na pena privativa de liberdade e, na medida de segurança, do tempo de prisão provisória no Brasil e no estrangeiro, ou de prisão administrativa ou de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou mesmo em outro estabelecimento adequado.

**7.2** - A detração tem por escopo que o Estado não olvide o tempo em que, pelo mesmo ato, manteve o condenado preso ou detido, ou até internado em hospital de custódia, exarcebando o *ius puniendi*. Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

**7.3** - Há duas situações a observar para a admissão ou não da detração penal: **a)** se o injusto penal é *posterior* à sentença condenatória, *descabe* a detração; **b)** se o injusto penal é *anterior*, mesmo quando as penas se referem a fatos diversos aplicados em processos distintos, *admite-se*.

**7.4** - A nosso sentir, o tempo de prisão cautelar por *ato que resultou na condenação* deve ser descartado do tempo da pena imposta na sentença penal condenatória, ainda que em outro processo guarde o nexos causal. Há duas correntes: **a)** deve haver *ligação* entre o fato delitivo, a prisão provisória decretada e a pena aplicada (posição majoritária do STF); **b)** não se exige *ligação* entre o fato criminoso praticado, a prisão provisória e a pena, desde que haja *absolvição, extinção da punibilidade* ou *redução* da pena

<sup>15</sup> STF, HC 95.423-RJ, 2ª T., rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 3.3.2009.

em outro processo por injusto penal *anteriormente cometido*, mas tendo sido a prisão posteriormente decretada.

7.5 - Caio comete um injusto do tipo de roubo em 10 de janeiro de 2008 e depois comete um de furto, em 30 de abril de 2008, tendo a prisão preventiva decretada. Ao final, é absolvido em relação ao furto e condenado em relação ao roubo. Há detração do tempo de prisão provisória em relação ao processo de furto.

7.6 - Outrossim, se Tício estivesse cumprindo duas penas, uma de oito e outra de três anos de reclusão, e quando do cumprimento da primeira viesse a ser absolvido através de uma *ação de revisão criminal*, se operaria a *detração* em relação àquela em que fora absolvido.

7.7 - Em relação à *pena de multa*, não há previsão legal, razão pela qual aplica-se por analogia *in bonam partem* o tempo de prisão provisória (não terá nada a cumprir).

7.8 - É evidente que se o injusto penal é *posterior, totalmente isolado do contexto*, não se pode criar uma *carta de crédito* ao réu para utilizá-la em injustos penais futuros que vier a cometer.

7.9 - No caso da *medida de segurança*, o tempo da prisão provisória deve ter efeito no *prazo mínimo* da internação ou tratamento ambulatorial (1 a 3 anos) e não no *tempo total de aplicação* da medida de segurança (se Caio ficou preso preventivamente durante 1 ano e veio a ser julgado inimputável, fixada a medida de segurança de internação mínima de 3 anos, o exame de cessação de periculosidade deverá realizar-se após 2 anos). A detração não é para *levantar* a medida de segurança, mas para o efeito de *reduzir* o prazo de realização do exame de cessação de periculosidade.

7.10 - A detração é admitida em relação às penas restritivas de direitos relativas à prestação de serviço à comunidade e limitação de fins de semana. Há autores que admitem em relação às interdições temporárias.

## 8. Sursis

8.1 - A suspensão condicional da pena foi introduzida com o Decreto nº 16.588, de 6 de setembro de 1924, objetivando evitar a *promiscuidade carcerária* e a *reincidência*. O Direito pátrio seguiu

o modelo franco-belga e surgiu pelas mãos de Emeraldino Bandeira acompanhando, em 1906, o modelo Bésenger.

**8.2** - Desde a Reforma de 1984, o *sursis* deixou de constituir um *incidente da execução* ou *direito público subjetivo de liberdade do condenado*, constituindo-se numa *medida de natureza restritiva de liberdade*, configurando-se em efetiva forma de execução da pena com real caráter sancionatório e, desta forma, não sendo mais um *benefício*, mas uma *pena aplicada*.

**8.3** - A *finalidade* do instituto é *evitar* que o condenado primário e não possuidor de maus antecedentes, por ter realizado injusto de pequeno potencial ofensivo, seja atirado à contaminação carcerária, conduzindo-o à reincidência.

**8.4** - A suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade em nosso Direito se constitui em uma espécie de gênero de medidas penais alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade, diferenciando-se por sua execução subsequente ao trânsito em julgado da condenação (certeza da imposição da pena privativa de liberdade), possuindo caráter sancionatório.

**8.5** - A Reforma de 1984 estabeleceu formas de suspensão condicional: a) *sursis comum ou simples*; b) *sursis especial*; c) *sursis etário*; d) *sursis humanitário*.

**8.6** - No *sursis comum* ou *simples* há dois requisitos *objetivos* (o *quantum* da pena privativa de liberdade não ser superior a dois anos e o não cabimento da substituição por pena restritiva de direitos) e dois *subjetivos* (não ser o condenado reincidente em injusto doloso e que a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias autorizem a suspensão da execução da pena imposta). O *revel* (a ausência do réu é um direito decorrente dos direitos ao silêncio e de não produzir prova contra si mesmo) poderá ter a obtenção da suspensão condicional da execução da pena e, no mesmo sentido, o *estrangeiro* (aos residentes em caráter temporário pode ser aplicada a medida penal do *sursis*, pois o Estatuto do Estrangeiro não impede a sua aplicação). A condenação no *estrangeiro* não pode revogar o *sursis*, pois a norma não prevê tal restrição, sendo defesa a interpretação extensiva.

**8.7** - No *sursis especial* é necessário que o condenado não seja reincidente em injusto doloso e tenha *reparado o dano*, salvo justa causa, e que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis. A reparação do dano só será requerida desde que seja *possível* ao condenado suportá-la. A questão do ressarcimento do dano não é pacífica em nosso Direito Pretoriano, pois há forte corrente que advoga que *não pode ser condicionada* à substituição da pena privativa de liberdade pela *medida penal do sursis* ao ressarcimento do dano à vítima, pois isto *implicaria punir com prisão o eventual débito reconhecido no juízo cível*. Para tal corrente o *ressarcimento do dano* à vítima não se constituiria em *condição do sursis*, mas em *efeito extrapenal da condenação de natureza civil*, prevista no art. 91, I, do Código Penal. Desta forma, o inadimplente não constituiria causa obrigatória para a revogação do *sursis*, salvo se provado ser o réu solvente procurando frustrar o pagamento da indenização.

**8.8** - A nossa posição é nesta direção, ao apenado que não puder reparar o dano, diante de sua efetiva impossibilidade econômico-financeira de fazê-lo e diante das causas especificadas no art. 59 do Código Penal, se lhe forem inteiramente favoráveis, o Juiz da Execução *poderá substituir* a obrigação pelas condições legais do *sursis especial*.

**8.9** - Em síntese, no que tange à reparação do dano, não é mais causa de *revogação do sursis* ainda que solvente o condenado diante do art. 5º, LXVII, da Carta Política, que veda a prisão do devedor civil (exceto de alimentos).

**8.10** - O segundo requisito objetivo é de que o injusto penal seja de mínimo grau de reprovabilidade, expressado no perfil do condenado (culpabilidade, antecedentes sociocriminais, motivos e circunstâncias). O prazo do período de prova é de dois a quatro anos.

**8.11** - O *sursis etário* deve ser defendido aos condenados com mais de 70 anos de idade à data da sentença, se a pena não excede a *quatro anos*, sendo o *período de pena* aumentado de quatro para seis anos.

**8.12** - O *sursis humanitário* é ditado por *razões de saúde* que justifiquem a suspensão das condições impostas, desde que a

pena *não* exceda a quatro anos, *não* se levando em conta a idade do condenado, *nem* se exigindo que a moléstia seja gravíssima ou incurável ou que esteja em estado terminal.

**8.13** - No *sursis comum ou simples* o condenado deverá *prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana*, no primeiro ano e, no segundo, às *condições legais* previstas nas alíneas *a, b, c* do § 2º do art. 78 do Código Penal (cumulativas e não alternativas). O art. 79 (o juiz poderá especificar outras condições desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado) é inconstitucional (*princípio da legalidade*). Várias vezes o condenado é submetido a condições vexatórias, hilariantes, que atentam contra a dignidade da pessoa humana. O juiz não pode deixar de impor as *condições legais*, sendo que a de *proibição de frequentar determinados lugares* deve guardar relação com a natureza do ato, exigindo-se a fundamentação idônea ao indicar os locais proibidos. A *prestação de serviço à comunidade* e a *limitação de fins de semana* são *penas autônomas* e como tais não deveriam constar no elenco de “*condições*” do *sursis*. Todavia, a corrente doutrinária e pretoriana majoritária sustenta que podem ser impostas como condições do *sursis*.

**8.14** - A *revogação do sursis* pode ser obrigatória quando: **a)** condenado por sentença transitada em julgado, por injusto dolo; **b)** frustra, embora solvente, a execução da pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano; **c)** descumpre as condições do cumprimento da prestação de serviços à comunidade ou o regramento da limitação do fim de semana. Será facultativa, quando: **a)** houver o descumprimento de qualquer das condições impostas; **b)** ou for irrecorrivelmente condenado, por injusto culposo ou por contravenção, a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Há *prorrogação* automática do prazo de suspensão até o julgamento definitivo em caso de estar sendo processado por outro injusto penal (crime ou contravenção). O *termo inicial* do prazo de *prorrogação* conta da data da prática do novo injusto penal marcado pelo recebimento da denúncia, não bastando a instauração do mero inquérito policial, e o *termo final* é do julgamento definitivo de novo injusto penal. Questão rele-

vante diz respeito à *verificação posterior* ao período de prova para efeitos de revogação do *sursis*. Há duas correntes: a) mesmo que o prazo de prova tenha se extinguido, nada obsta que o condenado seja compelido ao seu cumprimento, desde que resulte provado ter praticado o novo injusto penal: o *sursis* seria revogado mesmo após o encerramento do *período de prova*, se verificado que no seu curso o condenado tenha praticado o novo injusto e a revogação seria *automática*; b) se constituiria em coação ilegal a revogação do *sursis* após o total cumprimento do prazo do período de prova, visto que a punibilidade já estaria extinta *ex vi* do art. 82 do Código Penal.

**8.15** - A posição do Supremo Tribunal Federal em relação à suspensão condicional do processo, tratando-se de réu processado por *novo* crime no período de prova, é de que haverá revogação automática do *sursis*, mesmo que ultrapassado o lapso probatório. A decisão revogatória do *sursis* é meramente declaratória, não importando que a mesma venha a ser proferida somente depois que expirado o período de prova.<sup>16</sup>

**8.16** - Quando a *revogação for facultativa*, poderá ser prorrogado o período de prova até o máximo, se este não tiver sido fixado, ao invés de revogar-se o *sursis*. Inexiste norma expressa vedativa da aplicação do *sursis* nos *crimes hediondos*, observando-se a proibição da analogia *in malam partem*.

**8.17** - O Juiz da Execução pode *supletivamente* decidir a *espécie* e *condição* do *sursis* não previstas no título executório, desde que admitidos no texto legal.<sup>17</sup>

**8.18** - Terminado o *período de prova*, sem que tenha ocorrido revogação, a *pena será julgada extinta*, em decisão declaratória e, na hipótese de *extinção imprópria da pena*, retroagirá quando não houver revogação, e a *data de extinção*, terá como termo *a quo* a data da *audiência admonitória*. Aliás, o período de prova se inicia com a realização da audiência admonitória. O condenado deverá ser intimado pessoalmente ou por edital para saber

<sup>16</sup> STF, HC 84.660-SP, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 15.2.2005.

<sup>17</sup> Art. 158, § 2º, LEP.

da sua *aceitação ou não* das obrigações ou deveres impostos. O *sursis* ficará sem efeito se o condenado, intimado, não comparecer injustificadamente à audiência admonitória (prazo de 20 dias).

**8.19** - O registro da sentença condenatória, com a nota de suspensão, tem *caráter sigiloso*, salvo para as informações requeridas pelo Poder Judiciário ou pelo órgão do Ministério Público para o fim específico de instruir procedimento criminal, e só podem ser prestadas oficialmente.

**8.20** - Cabe observar a questão pertinente à aplicação possível de dois *sursis sucessivos*. Na hipótese, se Caio estiver condenado, aplicada a *medida penal do sursis* e vier a cometer *novo injusto penal* e resultar condenado à pena alternativa do *sursis*, haverá a possibilidade da aplicação de dois *sursis sucessivos*, ainda que de *forma provisória*, pois se segunda medida penal vier a ser confirmada, será cassada a primeira. Nada impede que uma pessoa receba por uma ou duas vezes, sucessivamente, a medida penal do *sursis*. Para Antolisei, no que concerne à aplicação da medida penal do *sursis*, no caso de nova condenação por delito anteriormente cometido, a pena deve ser anulada com a suspensão nos limites da aplicabilidade do mero benefício. No caso de *concurso real*, a suspensão da pena só poderá ser feita se o resultado do cúmulo não for superior aos limites legais.

**8.21** - A respeito da *efetividade* da suspensão da execução da pena diante da possibilidade de *substituição* das penas privativas de liberdade até quatro anos (as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade), observa-se que o *caráter subsidiário* do *sursis* em relação à *pena alternativa tirou-lhe a efetividade*, pois a restritiva de direitos, que cabe até quatro anos, *terá prioridade* em relação à sanção do *sursis*, que é até o marco de *dois anos*.

**8.22** - Ainda cabe a medida penal do *sursis* e não a restritiva de direitos na hipótese da *“reincidência específica”* em injusto doloso ou culposos. Portanto, se Caio é reincidente em dois injustos de homicídio culposos, poderá pleitear o *sursis*, mas não a substituição por pena restritiva de direitos. Também, o reincidente condenado por injusto doloso à pena pecuniária pode pleitear o

*sursis*, o que é inviável em relação à restritiva de direitos por falta de previsão legal.

## 9. LIVRAMENTO CONDICIONAL

9.1 - O *livramento condicional* se constitui na antecipação limitada do resto do cumprimento da pena privativa de liberdade, em *caráter provisório* e sob *condições judiciais*. Assim, tem como patamar a *autodisciplina* e o *senso de responsabilidade do apenado*. Como medida de política criminal orientada na ideia de prevenção e emenda, não se trata de uma mera liberdade antecipada, mas de um *estágio probatório*, uma verdadeira ponte para a inserção social. O êxito do programa de livramento condicional depende do sucesso da progressão de regimes.

9.2 - Quanto à sua *natureza jurídica*, não há consenso doutrinário: a) *incidente da execução*; b) *direito subjetivo do condenado* (antecipação provisória da liberdade, concedida por medida de política criminal, sob determinadas cláusulas, ao condenado no curso do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta); c) *benefício que obedeceria a uma estratégia de política criminal, última etapa do regime progressivo*; d) *medida de execução penal de natureza complexa restritiva de liberdade*, pois o liberado fica condicionado a um período de prova com condições impostas pelo Estado, sob pena de sua revogação e conseqüente retorno ao cárcere para o cumprimento do restante da pena privativa de liberdade. *É a nossa posição*.

9.3 - Assim, o livramento condicional tem *caráter de sanção*, que substitui o resto da pena privativa de liberdade, que na prática é a última etapa do sistema progressivo, antecipando-se a inserção social do apenado. Seu caráter é de *prevenção especial positiva limitadora*, restritiva de liberdade, jamais se configurando em um incidente de execução, benefício ou direito subjetivo do condenado.

9.4 - São *requisitos* do livramento condicional:

a) a pena privativa de liberdade ser *igual* ou *superior* a dois anos;<sup>18</sup> b) haver cumprido mais de 1/3 da pena, se o condenado

<sup>18</sup> Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; c) haver sido cumprida metade da pena, se o condenado for *reincidente* em crime doloso; d) ter comprovado *comportamento satisfatório* durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e *aptidão* para prover a família através de *trabalho honesto*; e) ter *reparado o dano* causado pelo injusto penal cometido, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo; f) cumprido *mais de 2/3* da pena, nos casos de condenação por *crime hediondo*, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, se o apenado *não for reincidente específico* em crimes dessa natureza; g) o condenado por crime doloso, cometido com *violência ou grave ameaça à pessoa*, o deferimento do livramento condicional ficará subordinado à constatação de *condições pessoais* que façam *presumir que o liberado não voltará a delinquir* (exame criminológico).

9.5 - A Lei de Contravenções Penais admite a medida penal, que só é possível quando a pena da prisão simples é igual ou superior a dois anos.

9.6 - O período de tempo *remido* e objeto de *detração* é *computado*.

9.7 - Aduza-se que diante do art. 84 do Código Penal as penas que correspondem a diversos injustos penais *devem somar-se* para o efeito do livramento condicional (unificação de penas), pouco importando que nenhuma delas seja igual ou superior a dois anos, desde que o total unificado atenda à exigência legal.

9.8 - A *gravidade* do injusto penal cometido e os *antecedentes penais* têm repercussão para o deferimento do livramento condicional. O *primário com bons antecedentes* tem o mesmo tratamento legal do *primário com maus antecedentes*, sustentando-se a interpretação restritiva diante do princípio da legalidade (para ambos o marco é igual de 1/3 da pena cumprida). No que concerne ao *comportamento prisional satisfatório*, é a conduta do preso diante de seus deveres durante a execução, não cabendo interpretação extensiva.

9.9 - O prontuário do condenado deve ser analisado como um todo: o importante é o grau de socialização demonstrando ca-

pacidade de adaptação social e opção por uma conduta conforme o direito.

**9.10** - As condições do livramento condicional a que fica o liberado restrito em sua locomoção são *obrigações de fazer e não fazer*, que satisfeitas após o decurso do período de prova levam *ipse iure* à declaração de *extinção da pena*. São condições: a) *obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho*; b) *ter residência obrigatória na comarca da execução*; c) *fazer comunicação periódica ao juiz da execução de suas atividades ou ocupações*; d) *é vedada a mudança de residência sem o conhecimento do juiz da execução ou da autoridade incumbida da observação cautelar ou de proteção*; e) *obedecer ao recolhimento no horário estabelecido*; f) *abster-se de freqüentar determinados lugares*.

**9.11** - Aplicada a medida penal do livramento condicional, será expedida *carta de livramento* com cópias integrais da sentença. A *cerimônia do livramento* é relevante não só para o liberado como para os demais apenados, possuindo caráter didático e psicológico. É ato solene presidido pelo Presidente do Conselho Penitenciário, sendo necessário que o apenado aceite as condições. O liberado é considerado egresso durante o período de prova, daí o Estado deverá assisti-lo na orientação e apoio para a inserção social (concessão de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado pelo prazo máximo de 2 meses).

**9.12** - A *revogação* poderá ser *obrigatória* ou *facultativa*.

**9.13** - A *revogação* é *obrigatória* quando: a) o liberado vier a ser condenado à pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por injusto cometido *durante* a vigência da medida penal do livramento condicional; b) ou por injusto penal anterior à vigência do livramento condicional.

**9.14** - Note-se que, revogada a medida penal do livramento condicional em razão do trânsito em julgado pela prática de injusto penal *durante* o período de prova, diante da gravidade do comportamento negativo do liberado, *não se desconta* na pena anterior o tempo em que esteve em liberdade, devendo *cumprir-la integralmente*, ainda que a nova condenação tenha imposto pena de multa ou restritiva de direito.

**9.15** - Já na hipótese do injusto cometido antes do cumprimento do período de prova, é *computado* na pena privativa de liberdade o período de prova já cumprido, passando a cumprir tão só o resto da pena imposta. Somada à nova condenação se houver possibilidade de novo livramento, inexistirá óbice para o seu deferimento.

**9.16** - A revogação *facultativa* ficará ao arbítrio judicial: **a)** se o condenado deixar de cumprir qualquer das *obrigações constantes da sentença*; **b)** ou for irrecorrivelmente condenado, por outro crime ou contravenção, à pena que não seja privativa de liberdade.

**9.17** - No que concerne ao *regime prisional*, dependerá do *motivo* que determine a sua revogação, não sendo obrigatório o regime fechado, podendo até admitir-se o regime aberto.

**9.18** - A medida penal do livramento condicional poderá ser suspensa quando, pelo móbil ou circunstâncias, seja indicada a necessidade da suspensão da medida, exigindo-se o recolhimento imediato do liberado ao estabelecimento penitenciário, *impondo-se a sua oitiva* e a manifestação do órgão do Ministério Público. Se decretada a *prisão preventiva* no curso de nova ação penal, ficará *suspense* o livramento condicional, pois a *revogação* dependerá da decisão final.

**9.19** - *Expirado o prazo* do livramento condicional sem a *suspensão* ou *prorrogação*, a pena é *automaticamente extinta*, configurando-se constrangimento ilegal a sua *revogação posterior* ante constatação de injusto penal cometido durante o período de prova.

## 10. DIREITOS DO PRESO

**10.1** - Foi complexo e lento o processo de consolidação da posição jurídica do condenado, quer pelo reconhecimento da jurisdicionalidade, quer pelo reconhecimento das garantias constitucionais como sujeito da execução (princípio da humanidade). *Os presos têm direitos?* É imperativo que passe da retórica para a realidade carcerária o *princípio à dignidade da pessoa humana*. Destaque-se o *direito de representação*, que permite que o preso

denuncie abusos da administração penitenciária no processo executório que se instrumentaliza mediante o direito de petição aos poderes públicos *ex vi* do art. 5º, XXXIV, alínea *a*, da Constituição Federativa de 1988.

10.2 - O preso *conserva* todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade e declarados na sentença, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.

10.3 - Dentro da esfera de âmbito *restrito*, poderíamos alinhar:

a) *direito à visita íntima* (controlar a violência sexual e estimular a convivência com esposas, companheiras e companheiros). O Decreto Federal nº 6.047/2007 prevê o *direito à visita*, que é regulada pelos critérios de *discricionariedade*, *conveniência* e *oportunidade*, devendo o Estado preservar a vida e a saúde dos presos;

b) *direito de cumprir a pena no local do domicílio*. A regra é do cumprimento no local do cometimento do injusto penal. Cada caso deve ser objeto de avaliação pelo Juiz da Execução (conveniências pessoais, familiares e da administração pública);<sup>19</sup>

c) *direito de proteção física e moral* (art. 5º, XLIX, CF/88). Estão discriminadas as assistências previstas nos arts. 40 e 41 da Lei de Execução Penal: a) alimentação suficiente e vestuário; b) atribuição de trabalho e sua remuneração; c) previdência social; d) constituição de pecúlio; e) proporcionalidade de tempo entre trabalho, descanso e recreação; f) participação de atividades profissionais, intelectuais, artísticas, desportivas, compatíveis com a pena; g) assistência material, jurídica, educacional, social, religiosa e à saúde; h) proteção contra qualquer tipo de sensacionalismo; i) entrevista direta com o advogado; j) visita de cônjuge, companheira, parentes e amigos, em dias determinados; l) chamamento nominal; m) igualdade de tratamento, salvo às exigências da individualização da pena e do regime; n) avistar-se com o diretor do presídio; o) possibilidade de representação por petição a qualquer

<sup>19</sup> STF, HC 71.076-GO, 1ª T., rel. Min. Sydney Sanches, 5.4.1994, DJ 6.5.1994.

autoridade; p) contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação; q) atestado de pena a cumprir emitido anualmente.

É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. Sublinhe-se ainda a igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena.

A Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, deu nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei de Execução Penal, assegurando o acompanhamento médico durante o pré-natal e o pós-parto, extensivo ao recém-nascido. Os estabelecimentos penais destinados às mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, até seis meses de idade. Aduza-se que as penitenciárias de mulheres serão dotadas de seções para gestantes e parturientes e de creches para abrigar *crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos*, com a finalidade de assistir à criança desamparada cuja responsável estiver presa.

d) *direito à execução provisória*. Pode o condenado à pena privativa de liberdade executá-la provisoriamente, principalmente em relação à *progressão de regime*, do regime fechado para o semiaberto, quando a decisão transitou em julgado para o Ministério Público, ou se a decisão baseia o máximo para a sanção penal. Aduza-se que o tempo de *prisão provisória* será computado como pena cumprida para *efeitos de detração*, na dicção do art. 42 do Código Penal. Sublinhe-se que na hipótese de progressão fica condicionado ao *mérito* e ao *exame criminológico*, desde que fundamentado, nos casos especiais. O Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que: “*Não se admite, enquanto pendente o julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público com a finalidade de agravar a pena do réu, a progressão de regime prisional sem o cumprimento, pelo menos, de 1/6 da pena atribuída em abstrato ao crime*”. Na hipótese do caso concreto, “*não seria empecilho para o reconhecimento do requisito objetivo temporal para a pretendida progressão, levando-se em conta ser de 12*

*anos a pena máxima cominada (art. 333 do CP) em abstrato para o delito de corrupção ativa, o paciente deveria cumprir, pelo menos, 2 anos de pena para requerer, à autoridade competente, a progressão para o regime aberto, o que já ocorrerá*".<sup>20</sup> O Juízo competente para a execução provisória é o Juízo das Execuções (STF). O CNJ estatuiu, através da Resolução nº 19, de 29 de agosto de 2006, que: "A guia de recolhimento provisório será expedida quando da prolação da sentença ou acórdãos condenatórios, ainda que sujeitas ao recurso sem efeitos suspensivos, devendo-se ser prontamente remetida ao Juízo da Execução Criminal".

**10.4** - Assim, os termos da Resolução nº 19, de 29 de agosto de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, disciplina sobre a *obrigatoriedade da expedição de guia de recolhimento provisório quando da prolação da sentença ou do acórdão condenatório sujeita a recursos sem efeito suspensivo*. O Supremo Tribunal Federal já havia firmado que *tanto o recurso especial quanto o recurso extraordinário, inadmitidos na origem, não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a eventual execução do julgado, com a expedição de mandado prisional para o início do cumprimento da pena, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade*.<sup>21</sup>

**10.5** - O Conselho Nacional de Justiça objetivou proporcionar ao condenado a contagem do tempo para a progressão de regime de penas. A questão é controversa diante da corrente que entende tratar-se de regulamentação de *figura inexistente* da execução provisória da pena, salientando que o art. 105 da Lei de Execução Penal dispõe que só *depois do trânsito em julgado* de sentença que aplicar pena privativa de liberdade é que será expedida a guia de recolhimento à prisão, e diante da dicção do art. 106, II, do referido diploma legal, deverá constar da guia a sentença que *transitou em julgado*. Para esta corrente, há impossibilidade de se ter a execução do título judicial *antes do trânsito em julgado*.

<sup>20</sup> STF, 90.883-SP, 1ª T., rel. Min. Carmen Lúcia, j. 5.6.2007, Informativo 470. Precedente: HC 90.864-MG, DJ 17.4.2007.

<sup>21</sup> STF, HC 89.754-1-BA, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 13.2.2007.

**10.6** - A Súmula nº 717 do Supremo Tribunal Federal estabelece que: “*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*”. Há posição contestatória na doutrina sob o argumento de que “*permitir a progressão de regime ao preso sujeito a prisão especial reputará, no Brasil, cujo sistema prisional é lento e repleto de recursos procrastinatórios, praticamente o cumprimento da pena em regime carcerário severo*”.<sup>22</sup>

## **11. REABILITAÇÃO**

**11.1** - Surgiu com as *lettres de réhabilitation* (1670) um dos instrumentos mais importantes e eficazes para possibilitar a inclusão social diante o processo de estigmatização da prisão perante o mercado de trabalho.

**11.2** - A *finalidade* da reabilitação é a de *permitir o cancelamento do registro da condenação*, fazendo apagar na folha corrida a inscrição da matrícula da condenação penal e possibilitando restaurar os direitos atingidos pelos efeitos da condenação, previstos no art. 92, incisos I e II, do Código Penal.

**11.3** - O art. 94 do Código Penal estabelece o prazo de dois anos do dia que a pena foi extinta ou de qualquer modo terminar a sua execução, computando-se o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação.

**11.4** - São *requisitos*: a) *que o requerente tenha domicílio no país no prazo referido*; b) *tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado*; c) *tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou a novação da dívida*.

**11.5** - A posição do STJ é no sentido de que o condenado deve necessariamente ressarcir o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de fazê-lo ou exibir docu-

<sup>22</sup> Guilherme de Souza Nucci, *Código Penal Comentado*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, 345.

mento que comprove a renúncia da vítima ou a novação da dívida (Precedentes do STF). Se a vítima ou sua família se mostrarem inertes na cobrança da indenização, deve o condenado fazer uso dos meios legais para o ressarcimento do dano provocado pelo delito, de modo a se livrar da obrigação, salvo eventual prescrição civil da dívida. Não basta a certidão negativa.<sup>23</sup>

**11.6** - O sigilo sobre os registros criminais do processo e da condenação é obtido *imediate e automaticamente* com o art. 202 da Lei de Execução Penal. Sublinhe-se que a *reabilitação não apaga* a condenação penal em relação à futura *reincidência*, que só ocorrerá se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o injusto penal *posterior* tiver decorrido o prazo e tempo *superior* a 5 anos.<sup>24</sup>

**11.7** - A reabilitação não é a única ferramenta para o sigilo do registro criminal. A Lei de Execução Penal consagra em duas hipóteses: **a)** no art. 163, § 2º, quando regula os registros na hipótese de *sursis*, ressalvadas as hipóteses de requisições pelo Poder Judiciário ou pelo órgão do Ministério Público para instruir processo criminal; **b)** no art. 202 da Lei de Execução Penal, quando houver cumprimento ou extinção da pena.

**11.8** - Se a reabilitação for negada, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o novo pedido seja instruído com novas provas pertinentes aos requisitos do art. 94 do Código Penal.

**11.9** - Cabe recurso *ex officio*, pois o agravo é das decisões denegatórias.

**11.10** - Por último, o sigilo do registro é *automático e imediato* e a reabilitação é *ampla e não definitiva*; será revogada se o reabilitado reincidir, por decisão definitiva, ou se for condenado à pena que não seja de multa. 📄

<sup>23</sup> STJ, REsp 636.307-RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 18.11.2004.

<sup>24</sup> Art. 64, I, do CP.