

Proponente: Mário Lúcio Pereira Machado

Área: Execução Criminal

Súmula: A decisão judicial de indeferimento da progressão de regime prisional e da liberdade condicional com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da pena configura fundamentação inidônea e abuso no poder de interpretar do magistrado, extrapolando os limites do livre convencimento motivado.

Assunto

A gravidade delitiva e a longevidade da pena como requisitos obstativos da progressão de regime prisional e do livramento condicional.

Indicação do item específico relacionado às atribuições institucionais

Item específico: art. 5.º, inciso VI, alínea "I" da Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006: "São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras: (...) promover a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de (...) cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição".

Fundamentação jurídica

Nos termos do artigo 112 da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, para galgar a benesse da progressão de regime prisional é preciso o preenchimento do requisito objetivo-temporal, além do subjetivo, que é o mérito do sentenciado, comprovado mediante atestado de conduta carcerária emitido pelo Diretor do estabelecimento prisional.

Já o artigo 83 do Código Penal Brasileiro exige à concessão da liberdade condicional o cumprimento de certa quantidade de pena, a reparação do dano em alguns casos e o comportamento satisfatório durante a execução penal, bom desempenho no trabalho e o compromisso de manter ocupação lícita para prover a própria subsistência. No caso de crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento subordina-se à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.

A celeuma surge em torno do preenchimento do requisito subjetivo que, por vezes, possui um conceito ampliado pelo juiz. Isso porque, na prática, alguns magistrados têm considerado a quantidade da pena e a gravidade do crime como elementos integrantes do bom comportamento carcerário.

Em outras palavras, se acaso o sentenciado tiver uma pena longa a resgatar em razão da gravidade do delito praticado quando do pedido do benefício, este será indeferido por falta de requisito subjetivo.

O magistrado que assim decide justifica seu pensamento no princípio da **livre convicção motivada** e na busca da **verdade real** no processo de execução penal.

Segundo os adeptos desta corrente, o juiz não fica adstrito ao atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional. Caso contrário, estar-se-ia engessando o magistrado e ferindo a Constituição Federal, que prevê a livre convicção.

Sustenta-se, ainda, que o requisito subjetivo não pode ser interpretado apenas como sendo bom comportamento carcerário, **nos estritos limites da lei**, até porque o juiz, nesse caso, seria um mero aplicador da norma jurídica, estando privado de interpretá-la concretamente, com justiça.

Portanto, o pensamento ora esposado encontra fundamento na figura de um Judiciário **intervencionista**, no sentido de se admitir que **o juiz, fazendo às vezes do legislador**, amplie o conceito legal do requisito subjetivo para fins de benefícios.

Para a lei, basta o bom comportamento carcerário atestado **pela direção** do estabelecimento prisional; para o juiz, mister que, além disso, o sentenciado não tenha uma quantidade elevada de pena por cumprir.

Aqueles que navegam por essas águas sustentam, ainda, que o artigo 112 da LEP ou o artigo 83 do Código Penal não podem ser interpretados *ipses litteris* sob pena de causar na população a sensação de impunidade. Para que tal não aconteça, vemos como conseqüência a severidade do julgamento como uma resposta de combate à violência para a sociedade.

Nesse sentido, necessário que se exija do Judiciário uma posição pró-ativa, a fim de que o mesmo corrija as imperfeições da lei, através de um processo de intervenção noutra esfera de poder, ampliando-se o conceito legal de bom comportamento carcerário.

Com todo respeito ao entendimento supracitado, discordamos com veemência, pois toda e qualquer decisão judicial que basear-se em tais premissas, incontestavelmente, afronta a Constituição da República. Vejamos.

Nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão previu o princípio da legalidade, cujo surgimento se deu com o Estado de Direito, em oposição ao Estado de Polícia, **autoritário e antidemocrático**.

Segundo a doutrina, *como viga-mestra do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade dirige-se aos Poderes Públicos e, também, aos particulares:*

. quanto aos Poderes Públicos – o Executivo, Legislativo e Judiciário devem agir **dentro da lei**; qualquer ação por parte deles, seja para ordenar ato (conduta positiva), seja para abster fato (conduta negativa), **somente será juridicamente válida se nascer da lei em sentido formal**; e

. quanto aos particulares – nas relações privadas, tudo aquilo que **não for proibido** pela lei é tido como **permitido** (**princípio da autonomia da vontade**).

O princípio da legalidade transmite a idéia de que **apenas** o Poder Legislativo pode **criar comandos inovadores** na ordem jurídica.**[1]** (grifo nosso).

Logo, ao Judiciário não cabe inovar a ordem jurídica e exigir à comprovação do comportamento carcerário mais que aquilo previsto na lei; quer dizer que a longevidade da pena não pode servir de obstáculo como algo configurador da ausência de requisito subjetivo para fins de regime aberto, por exemplo.

Nesse sentido, se a lei não proíbe a concessão do regime aberto, *v.g.*, àqueles com longa pena a resgatar, *a contrario sensu* significa que é permitido ao particular, no caso o preso, ter assegurado seu direito de liberdade.

Comungando com tal entendimento, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apreciando a Ordem de “habeas corpus” nº 990.08.006010-4, impetrada pela Defensoria Pública, que teve como relator o Ilustre Desembargador IVAN MARQUES, concedeu a presente ordem em caso idêntico, fundamentando seu posicionamento na necessidade do magistrado pautar sua decisão no estrito cumprimento da lei, *in verbis*:

[...]

Ora, o juiz não é César e deve pautar sua conduta pelo estrito cumprimento das leis, obrigação assumida inclusive quando do juramento de posse nesse cargo.

E a lei vigente autorizava e recomendava a concessão do livramento condicional ao paciente.

Penso ser unânime no Brasil o entendimento de que a legislação penal e principalmente, a aplicável à execução penal é branda e insatisfatória.

Mais isso não dá ao juiz o direito de se colocar acima das leis e passar a, tal qual um imperador romano, decidir para quem, onde e quando concederá benefícios previstos em lei, segundo seus próprios e subjetivos critérios, pouco se importando com os ditames legais.

Principalmente com base na pífia argumentação de que o sentenciado deva permanecer mais algum tempo sem benefício.

Mas algum tempo quanto?

Tal decisão é clamorosamente carente de fundamentação legal.

[...]

ALEXANDRE DE MORAES, citando jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça preleciona: *a liberdade é indisponível no Estado de Direito Democrático; não cabendo a nenhuma autoridade, inclusive do Executivo e Judiciário, assenhorar-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei.*[2] (grifo nosso).

A função típica do Poder Judiciário é dizer o direito através do juiz que interpretando a lei, aplica-a ao caso concreto. Não se pode esquecer, no entanto, que tal interpretação tem de ser de acordo com a lei e a Constituição. Já a função típica de legislar, ou seja, criar o direito; fica a cargo do Poder Legislativo.

Nesse diapasão, não pode um poder interferir na esfera de outro, sob pena de abuso de poder. É a teoria dos freios e contrapesos.

Assim, quando o juiz exige algo não previsto em lei para a concessão de um direito (no caso a progressão de regime ou o livramento condicional), o mesmo está invadindo esfera de atuação reservada ao legislador.

A questão da impunidade, do senso de injustiça, se não resolvidas pela lei, não podem ser solucionadas pelo juiz, como uma resposta à sociedade ou à mídia. A imparcialidade do juiz também se volta para esses casos.

Logo, se a questão da violência não está sendo solucionada pelas leis atuais, o problema é do povo, que soberano, elege seus representantes, incumbidos de criarem o direito. Não cabe ao juiz substituir tal função na tentativa de resolver o problema. Caso contrário, a segurança jurídica estaria sendo desrespeitada.

*Por isso, quando falamos em separação de Poderes estamos nos reportando a uma **separação de funções estatais**, conferidas a órgãos especializados para cada atribuição.*[3]

Não é novidade que a quantidade da pena encontra seu consectário lógico na gravidade delitiva. Assim, quando do processo de conhecimento condenatório, o juiz pune mais severamente o réu de acordo com as circunstâncias judiciais desfavoráveis, as circunstâncias legais agravantes e, por fim, as causas de aumento de pena (critério trifásico de Hungria).

Durante o **processo condenatório** faz-se, portanto, um **juízo de diagnose**, ou seja, o juiz analisa fatos pretéritos que levaram à ação criminosa para diagnosticar a quantidade da pena a ser aplicada. Já no **processo de execução**, realiza-se um **juízo de prognose**, isto é, o juiz, ao julgar determinado benefício, verifica a evolução comportamental do sentenciado, após o início do cumprimento da pena.

Em outras palavras, o juiz da execução não pode olhar para trás e com base na gravidade do fato, negar o benefício, pois tal já fora considerada anteriormente, justamente para majorar a pena e, portanto, punir o réu.

Assim, se o juiz da execução penal realizar um juízo de diagnose para indeferir um benefício, estará violando a regra da **proibição da dupla punição pelo mesmo fato**.

Ademais, o sentenciado que possui longa pena por cumprir demorará maior tempo que aquele que possui menor para alcançar o preenchimento do requisito objetivo-temporal. Tal medida, portanto, encontra-se em perfeita consonância com o postulado da **proporcionalidade**.

Nesse sentido:

"O agravante está cumprindo pena de 21 (vinte e um) anos e 02 (dois) meses de reclusão pela violação dos arts. 121 §2º, incisos I, II e IV e 155, ambos do Código Penal. Começou a cumprir a pena no dia 12 de junho de 2000, e o término está previsto para o dia 12 de outubro de 2022.

{...}

A pena longa não é obstáculo para concessão de progressão. A Lei de Execução Penal dispõe que o condenado possui direito à progressão, desde que tenha cumprido 1/6 da pena sob regime mais grave. **A Lei de Execução Penal já exige que o condenado à pena longa cumpra maior tempo em regime prisional mais grave para ser promovido para mais ameno, ao estabelecer percentual de 1/6 de cumprimento da pena não importando seu montante.**

O condenado à pena longa fica mais tempo sob regime prisional fechado antes de ser promovido para regime prisional semi-aberto. Tendo ele ficado mais tempo em regime mais rigoroso, **não pode o julgador exigir que ele permaneça sob esse regime prisional mais tempo que o exigido em lei**, para que o benefício da progressão possa ser deferido.

{...}

No Juízo da Execução Penal, o condenado passa a ser avaliado sob outros aspectos para fins de deferimento de benefícios contemplados na Lei de Execução Penal. **A avaliação do condenado não envolve as condições judiciais para a aplicação da pena, mas sim, seu comportamento carcerário.**

{...}

Dá-se, por esses motivos, provimento ao recurso para cassar a decisão, determinando que Edson Armeliato passe a cumprir o restante de sua pena privativa de liberdade sob regime semi-aberto."(TJ/SP., Agravo 01016724.3/9, São Paulo, 2ª C.Criminal., Rel. Des. Almeida Braga, em 21/12/06,v.u).

Como demonstraremos na fundamentação fática, alguns juízes indeferem os benefícios em razão da pena longa e do crime grave, ainda que o

sentenciado tenha em seu favor, inúmeras saídas temporárias retornadas e ausência de histórico de faltas disciplinares bem como atividades laborerápicas e de cunho intelectual.

No entanto, quando o contrário se estabelece - sentenciado com histórico de faltas e saídas temporárias não retornadas - o juiz fundamenta a decisão de indeferimento citando tais fatores negativos da personalidade do réu.

Melhor exemplificando, **o juiz fundamenta que, as saídas temporárias e a ausência de faltas, por si sós, são insuficientes para comprovar o mérito do sentenciado, ainda que este ostente o atestado de boa conduta.**

Porém, as mesmas circunstâncias supramencionadas, mas ocorridas de forma inversa (saídas não retornadas e prática de faltas graves), servem, só por si, para indeferir a benesse pleiteada.

Conclusão: aplica-se o princípio da individualização da pena apenas quando no histórico carcerário constarem **fatores negativos** de personalidade. Contudo, **quando se verifica o contrário**, o juiz encontra uma forma para negar o benefício, utilizando-se, por exemplo, **de requisitos não previstos na lei (longevidade da pena).**

Ora, diante do exposto, vislumbra-se a violação do princípio da **igualdade material**, pois a individualização da pena é diferente para um e outro caso. É realizada uma discriminação negativa, pois ausente de razoabilidade.

O Magistrado que individualiza a pena apenas para prejudicar, nunca para beneficiar, **escolhe um *discrímen* que não guarda conseqüência lógica com a razão jurídica da discriminação.**

*Com efeito, a **igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado **propiciar garantias individuais contra perseguições** e, de outro, **tolher favoritismos.*****

No caso da pena longa, nota-se claramente que **o Juiz está a perseguir os sentenciados com TCP dilatado**, pois ainda que tenham todos os fatores possíveis a seu favor, não serão beneficiados com os institutos atinentes a formas mais amenas de cumprimento da pena.

Uma argumentação também muito comum nas decisões, principalmente quando dizem respeito ao livramento condicional, tem sido o fato de ser prematura a concessão de tal benesse, sempre que o final da pena transpor o ano de **2012.**

Sustenta-se que não há prova suficiente de que, em liberdade, o sentenciado não voltará a delinquir. Vale dizer que o juiz da execução **presume**, quando assim motiva sua decisão, **a reincidência futura.**

Ora, no Estado de Direito não se pode fazer tal previsão; pois antes da prática de qualquer fato, já se considera a probabilidade de ser praticado um novo

delito. No nosso parco entendimento, tal pensamento viola a **presunção de inocência**.

Nos dizeres do culto jurista LUÍS ROBERTO BARROSO "O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça".[4]

E ainda cita em sua obra que é razoável "**o que não seja arbitrário ou caprichoso**".[5] (sem destaque no original).

Em sendo a decisão ora guerreada arbitrária, posto que violadora de todos os postulados constitucionais já traçados, obviamente que não atende o senso de justiça, porquanto desarrazoada.

Com efeito, o estudo da razoabilidade deve ser realizado, num primeiro momento, dentro da lei; o que vem a ser a razoabilidade *interna*. Vale dizer, é preciso que haja uma *relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins*.

Os motivos são as circunstâncias de fato que levaram à edição da norma. No caso da progressão de regimes e do livramento condicional, podemos dizer que o motivo, além do combate à criminalidade, seria a necessidade de se atender ao cumprimento da pena em etapas, de modo a reinserir gradativamente o delinqüente na sociedade, da qual esteve e está temporariamente afastado por descumprir as regras do bom convívio social.

O meio empregado pelo legislador foi então a criação de benefícios com a finalidade de evitar o cumprimento integral da pena em regime fechado, posto que tal não atenderia à ressocialização e reeducação.

Uma vez verificada a razoabilidade interna de tais normas (art. 112 da LEP e art. 83 do CP), necessário a verificação da razoabilidade externa, que pode ser definida como *a adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional*.

Assim, da razoabilidade externa extraímos os seguintes requisitos: "(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência da esfera dos direitos dos cidadãos".[6]

Nesse caminho, é preciso saber se a medida adotada pelo Juiz da execução penal - pena longa como óbice à concessão de benefícios - é apta a atingir o objetivo, consistente no combate à violência, diminuindo a criminalidade que assola a humanidade (**juízo de adequação**).

Em seguida, necessário analisar se o meio empregado (pena longa) é o menos lesivo para combater o crime (**juízo de necessidade ou exigibilidade, também conhecido como proibição do excesso**).

E finalmente, mister que se faça um juízo de ponderação entre o ônus imposto (indeferimento das *benesses*) e o benefício trazido (combate à violência) para constatar se é justificável a violação do direito de locomoção dos sentenciados (**proporcionalidade em sentido estrito**).

Ora, é do conhecimento de todos que a celeuma em torno da criminalidade não está na severidade ou não das leis penais, mas, sim, na falta de implementação de políticas públicas penitenciárias. Ou seja, o problema não está no Poder Legislativo, mas sim no Executivo, que não tem cumprido com os ditames da Lei das Execuções Penais.

Logo, o encarceramento por maior tempo do que o previsto em lei não resolverá a questão da criminalidade se a finalidade da pena não for perseguida pelas autoridades públicas, principalmente no tocante à ressocialização e reinserção social do preso.

Se o endurecimento das decisões no processo de execução penal não tem resolvido a problemática frente aos altos índices de reincidência, é claro que não está havendo razoabilidade, posto que **o meio empregado não tem sido o mais adequado nem o menos lesivo**, motivo pelo qual **não se justifica** a restrição aos vários princípios constitucionais abordados.

Assim, o dia em que o Judiciário, ao invés de fazer às vezes de Legislador, **fizer a de Executor**, observadas as limitações dos freios e contrapesos, forçando a implementação de políticas públicas penitenciárias, a razoabilidade certamente será atingida e a justiça alcançada.

Finalmente, é preciso analisar a decisão com base na pena longa e os limites da livre convicção motivada.

É sabido que a Constituição da República, em seu artigo 93, inciso IX, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e **fundamentadas** todas as decisões, sob pena de nulidade.

Já no inciso seguinte dispõe o Texto Constitucional que as decisões administrativas dos tribunais serão **motivadas** e em sessão pública.

Assim, no Brasil vigora o princípio da **livre convicção motivada**, que consagra a regra da **independência jurídica do magistrado**.

Mas é bom lembrar que essa independência jurídica **não é absoluta, mas submissa ao Estado de Direito, às normas constitucionais e aos dispositivos legais**. Daí a razão da convicção ter de ser motivada no intuito de submeter-se a uma fiscalização, evitando-se assim, abuso de direito.

O eminente jurista NELSON NERY JUNIOR ressalta que *a motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de*

comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF 5º, trazendo conseqüentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão...[7] (grifo nosso).

Nesse diapasão poderíamos dizer que a motivação constitui não só uma garantia política, mas também uma **garantia da própria jurisdição**.

Assim sendo, frente ao que dispõem os inúmeros postulados de assento constitucional elencados, não podemos nos conformar e permitir que no futuro continuem a ser profligadas decisões com motivação na longevidade da pena ou na gravidade delitiva, desprezando-se o real conceito legal de mérito do sentenciado.

Caso contrário, estaremos a admitir a utilização do **princípio do julgamento de acordo com a consciência**, *que permite ao juiz julgar livremente de acordo com o que lhe parece mais acertado, ainda que não encontre provas para tanto, ou as encontre em sentido contrário. O julgador não precisaria justificar a sua decisão, que pode ser proferida consoante a sua consciência, ainda que sem apoio na prova dos autos. [8]*

Sim, porque decidir sem levar em conta inúmeras saídas temporárias e ausência de faltas disciplinares é decidir sem apoio na prova dos autos.

Nesse passo é que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo vem demonstrar seu inconformismo, posto que gritantemente desrespeitado o Estado de Direito na questão ora suscitada.

Desse modo, fácil concluir que a decisão de indeferimento de determinado benefício, em sede de execução penal, com base exclusivamente na gravidade delitiva e na longevidade da reprimenda, configura lesão à liberdade de locomoção, pelo uso de violência oficial, mediante ilegalidade e abuso de poder.

Fundamentação fática;

Com certa freqüência, ou melhor, na quase totalidade dos casos, os sentenciados que resgatam suas reprimendas no regime semi-aberto têm seus benefícios de progressão ao regime aberto e livramento condicional indeferidos pelo MM. Juiz da 2ª Vara das Execuções Criminais de Bauru, com base única e exclusivamente na **expressiva quantidade de pena ainda por cumprir e na gravidade abstrata do (s) delito (s)**.

Ainda que a defesa insista no **preenchimento dos requisitos legais** por parte dos presos, e muitas vezes demonstrando méritos mais que suficientes em razão de **inúmeras saídas temporárias retornadas** e da **ausência de histórico de faltas disciplinares**, inclusive atestando a realização de **atividades laborerápicas e intelectuais** durante o cumprimento da pena, o douto Magistrado, ignorando o postulado da **individualização da pena**, tem alegado sua **longevidade** como óbice à concessão das benesses pleiteadas.

Isto tem gerado uma grande **revolta** na população carcerária, **desestimulando** os detentos no tocante ao bom comportamento, pois nada adianta retornarem de saídas temporárias ou realizarem trabalho e estudo durante a execução da pena, visto que **não importarão** para a formação do convencimento do Juiz, que tem vistas apenas para a quantidade da pena ainda por cumprir bem como a gravidade dos crimes cometidos.

O que se tem percebido é que todo sentenciado com término de cumprimento de pena previsto para **2.012 ou mais, independente de seu histórico carcerário**, não tem direito ao livramento condicional ou à progressão para o regime aberto.

Para corroborar o alegado, pedimos *venia* para destacar trechos de decisões dando conta da **inidoneidade da fundamentação** da sentença ou do **abuso na livre convicção** por parte do magistrado prolator.

Nos autos nº 471.525, figurando como sentenciado EDSON FERREIRA DOS SANTOS, o regime aberto foi negado com base na quantidade de pena (TCP para 24 de maio de 2016) e na gravidade do delito (roubos qualificados e porte ilegal de arma). Ocorre que na própria decisão o Juiz declarou que o preso foi beneficiado com **DEZESSEIS (16) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E SEM APRESENTAR HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.

Já nos autos nº 634.675, sentenciado CRISTIANO ALVES DE SOUZA, o regime aberto foi indeferido porquanto o TCP dar-se-á em 27 de fevereiro de 2015 e o requerente foi condenado por roubos qualificados. Porém apresentou prognose positiva, visto que beneficiado com **QUATORZE (14) SAÍDAS TEMPORÁRIAS SEM POSSUIR HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.

No processo 412.089, o sentenciado JOILSON FLORENTINO DA SILVA, que contava com **TREZE (13) SAÍDAS TEMPORÁRIAS RETORNADAS E SEM TER PRATICADO FALTAS DISCIPLINARES** não foi beneficiado com o regime aberto porque condenado por crimes graves (roubos qualificados e homicídio qualificado) tendo, ainda, expressiva quantidade de pena a resgatar (TCP para 24 de junho de 2017).

Continuando, na execução nº 608.917, o sentenciado EDSON DOS SANTOS não logrou êxito ao regime aberto porquanto condenado por roubos qualificados e pena longa (TCP em 07 de setembro de 2013). Contudo, retornou de **DOZE (12) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E NÃO COMETEU FALTAS DISCIPLINARES**.

Já na execução nº 484.466, o sentenciado EDUARDO FERREIRA DE MIRANDA não foi beneficiado com o regime aberto, também porque condenado por roubos qualificados e expressivas penas (TCP em 07 de março de 2016), mesmo tendo em seu favor **ONZE (11) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E AUSÊNCIA DE HISTÓRICO DE FALTAS DISCIPLINARES**.

Por fim, o sentenciado RODRIGO PEREIRA DOS SANTOS, autos nº 605.199, teve negado seu benefício ao regime aberto, mesmo contando com **DEZ (10) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E NÃO TENDO PRATICADO FALTA DISCIPLINAR**.

Para fins de **livramento condicional** a digna autoridade coatora segue a mesma linha de raciocínio, visto que no processo de CRISTIANO ALVES DE SOUZA indeferiu o benefício porque o TCP está previsto para 27 de fevereiro de 2015, mesmo diante do fato de o sentenciado contar com nada menos que **DOZE (12) SAÍDAS TEMPORÁRIAS E ATESTADO DE BOM DESEMPENHO NA EDUCAÇÃO E ÓTIMO NO TRABALHO**. No mesmo sentido foram as decisões tomadas nos processos nº 665.905 e nº 714.595, cujos sentenciados contavam com **CINCO (05) SAÍDAS TEMPORÁRIAS, TRABALHO E ESTUDO**, respectivamente.

Assim, as decisões do eminente Magistrado têm gerado **reflexos negativos** tanto no **Poder Executivo** como no próprio **Poder Judiciário**.

Isso porque ao negar a progressão ao regime aberto ou o livramento condicional, os presos que geralmente encontram-se custodiados em estabelecimento destinado ao cumprimento da pena no regime **semi-aberto permanecem** em tal local por **expressiva quantidade de tempo**, gerando no sistema carcerário uma **superlotação** inaceitável.

Tanto é verdade que na região de Bauru há centenas e centenas de sentenciados cumprindo pena em estabelecimento de **segurança máxima** com **regime inicial semi-aberto** ou **já beneficiado com o instituto da progressão** justamente por **FALTA DE VAGAS**.

Para comprovar o alegado, a Defensoria Pública, por intermédio do subscritor, oficiou aos estabelecimentos prisionais da região e requisitou a remessa da relação de presos que se encontram na situação esposada.

Na Penitenciária II de Pirajuí, por exemplo, há **116 (cento e dezesseis) presos aguardando transferência para o regime semi-aberto há mais de 03 (três) meses**. Já na Penitenciária I de Pirajuí, há **209 (DUZENTOS E NOVE)** reeducandos na mesma situação.

Na Penitenciária II de Balbinos, há **77 (setenta e sete) sentenciados no fechado que deveriam estar no semi-aberto, fisicamente falando**.

Vale frisar que faltam outras penitenciárias na relação; apenas demos alguns exemplos da situação caótica da falta de vagas, certamente encontrando-se deste modo por causa de **expressiva contribuição do Magistrado**.

Isso porque, a rotatividade é inerente ao sistema carcerário, sendo certo que **o rigor excessivo no julgamento do regime aberto e do livramento condicional faz com que falem vagas no regime semi-aberto**, gerando constrangimento ilegal não só aos presos juridicamente do semi-aberto, mas fisicamente no fechado, como, também, àqueles que deveriam, por lei, encontrar-se no aberto ou no livramento condicional.

E justamente sobre esta problemática é que o Judiciário não pode e não deve fazer vista grossa atribuindo a culpa com exclusividade ao Executivo, em razão da desídia estatal no tocante à construção de mais estabelecimentos prisionais.

E não é só. As hodiernas e futuras decisões arbitrárias que ora se analisa gerarão – e já têm o feito – **um número expressivo de *habeas corpus*** e de agravo em execução a serem julgados pelo Egrégio Tribunal de Justiça. Basta analisar que na região de Bauru há cerca de **12.000 (doze mil) processos** em andamento.

À evidência que tal fator tem levado a um **congestionamento do Poder Judiciário**, mormente porque, muitas vezes, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo não tem conhecido das impetrações, o que tem culminado com centenas de *habeas corpus* impetrados mensalmente no Superior Tribunal de Justiça, apenas pela Defensoria de Bauru.

Este Colendo Superior Tribunal, por sua vez, tem entendido majoritariamente, que **é cabível o *habeas corpus* para sanar a ilegalidade da decisão com base na pena longa**, o que tem feito os autos retornarem ao tribunal *a quo* para análise do mérito, ante a vedação da supressão de instância.

Toda problemática aqui enfrentada poderia ser sanada com a determinação no sentido de que o magistrado de primeiro grau decida acerca dos benefícios com base nos **estritos ditames da lei**, sem que tal implique no desprestígio da livre convicção, o que foi abordado com maior profundidade no tópico *supra* (fundamentação jurídica).

Sugestão de operacionalização;

Ficou evidente que a decisão discutida na presente tese apresenta fundamentação inidônea geradora de constrangimento ilegal consistente na afronta à liberdade de locomoção dos sentenciados que preencheram os requisitos legais, porém possuem considerável quantidade de pena ainda por cumprir.

Entendemos perfeitamente cabível a impetração de ***habeas corpus preventivo coletivo*** com o objetivo de afastar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação à liberdade dos sentenciados que possuem pedidos de progressão de regime e de livramento condicional pendentes de julgamento.

A veiculação da matéria através do “remédio heróico” é compatível com o rito sumaríssimo e célere do “*habeas*”, pois se trata de questão exclusivamente de direito, isto é, técnico-jurídica, não havendo falar-se em exame aprofundado de material fático-probatório.

Isso porque a única coisa que se discute é a possibilidade ou a impossibilidade de se decidir pelo não preenchimento do requisito subjetivo (mérito do sentenciado) unicamente em razão da quantidade de pena por cumprir e na gravidade do delito cometido.

No tocante à **coletividade** da ação constitucional, não vemos qualquer embaraço na impetração, pois todos os presos com expressiva quantidade de pena a resgatar incontestavelmente serão violados no direito de ir e vir, uma vez que o magistrado não concederá as benesses pleiteadas, posto que, no seu entendimento, estaria ausente o requisito subjetivo.

Finalmente, a **prevenção** também se mostra em perfeita harmonia com o caso em testilha, pois basta colacionar ao *habeas corpus*, cópias de decisões

já proferidas com base na motivação inidônea em comento, para que o tribunal perceba que as futuras sentenças seguirão a mesma razão de decidir.

Ora, ante a imensidão de processos que tramitam perante uma Vara de Execução Criminal, é sabido que, na prática, o juiz acaba alterando apenas o nome do sentenciado, mantendo, no mais, a mesma fundamentação jurídica.

Dáí a possibilidade de concluirmos que, se decisões passadas ocasionaram constrangimento ilegal, certamente as futuras ocasionarão.

O maior desafio da Defensoria Pública no caso *sub examine* é convencer o tribunal que não se pretende com a impetração tolher a livre convicção do magistrado, mas sim que o seu convencimento seja formado com base nos ditames legais e constitucionais. Até porque a liberdade de convencimento não é absoluta, mas relativa, sendo a impossibilidade de fundamentação inidônea um importante instrumento de contenção de eventuais abusos por parte do julgador.

O pedido a ser veiculado, portanto, é pela concessão da ordem com a determinação de que o juiz esteja impedido de decidir pela carência do requisito subjetivo com base única e exclusiva na gravidade delitiva e na longevidade da pena.

Outra providência de suma importância seria a **sustentação oral** com o escopo de sensibilizar os desembargadores, principalmente na questão da problemática que vem sendo gerada pela decisão em tela, no tocante à falta de vagas nos estabelecimentos prisionais de semiliberdade e em relação ao congestionamento do Judiciário face ao elevado número de impetrações de *habeas corpus* contra idêntica decisão que vem sendo prolatada em algumas varas de execução criminal.

Na hipótese de **não conhecimento** da impetração restaria, ainda, uma saída, qual seja o ajuizamento de uma **arguição de descumprimento de preceito fundamental**, posto que a decisão com base na pena longa malferia inúmeros postulados de índole constitucional.

Salvo melhor juízo o *habeas corpus* pode perfeitamente ser utilizado no presente caso; todavia, se este não for o entendimento dos tribunais, cabível a supracitada arguição como única medida de caráter coletivo eficaz para sanar a lesividade (princípio da subsidiariedade).

Assim, caberia à **ANADEP** o ajuizamento de ADPF preventiva para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. O interessante é que a decisão do Supremo Tribunal Federal, se acaso desrespeitada, autoriza o ajuizamento de **reclamação**.

Por fim, o objetivo da Defensoria com tais medidas é que, **pelo menos**, a questão venha a ser no futuro, **sumulada** pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, posto que a jurisprudência majoritária caminha pela impossibilidade de fundamentar a decisão com base tão-somente na longevidade da pena.

Conclusão.

Requer o subscritor a inscrição e o recebimento da proposta apresentada, para que seja avaliada pela carreira no Pré-Encontro Estadual de Defensores Públicos da Área da Execução Penal.

Termos em que,

p. deferimento.

Bauru, 23 de julho de 2009.

MÁRIO LÚCIO PEREIRA MACHADO

[1] Lammêgo Bulos, Uadi; *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., Saraiva, p. 425-6.

[2] *Direito Constitucional*, 15ª ed., Atlas, p. 142.

[3] Lammêgo Bulos, Uadi, *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., Saraiva, p. 396.

[4] *Interpretação a aplicação da Constituição*, 6ª ed., Saraiva, p. 224.

[5] *Op. Cit.*, p. 224.

[6] *Op. Cit.*, p. 229.

[7] *Princípios do Processo na Constituição Federal*, 9ª ed., RT, p. 286.

[8] Rios Gonçalves, Marcus Vinicius; *Novo Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Saraiva, p. 40.