

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.