

TESE 89

Proponente: Rodrigo Tadeu Bedoni

Área: Execução Criminal

Súmula: Ao reconhecer a falta grave o juiz deverá fundamentar sua decisão para revogar os dias remidos, nos termos dos artigos 57 e 127 da LEP. Não havendo motivação que justifique a exasperação, a perda deverá ser mínima, ou seja, 01 (um) dia.

INDICAÇÃO DO ITEM ESPECÍFICO DAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS DA DEFENSORIA PÚBLICA CORRESPONDENTE:

Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei Complementar 988/06, *in verbis*:

“Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

**VI** - promover:

I) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, cumprimento de pena, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;

**VII** - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;”

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A remição é um instituto em que, pelo trabalho e estudo, dá-se como cumprida parte da pena.<sup>[1]</sup>

Em boa hora o legislador introduziu mudanças na Lei de Execução Penal (LEP), por meio da Lei 12.433, de 29 de junho de 2011, e disciplinou a remição pelos estudos, a forma de abatimento da remição na liquidação das penas e a perda dos dias remidos pela anotação da falta disciplinar de natureza grave.

A remição pelo estudo era prestigiada pelos Tribunais Superiores, inclusive sendo editada a súmula nº 341, do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”.

A novidade que interfere nas execuções em andamento foi o disposto na nova redação do art. 127, *verbis*:

“Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Além de o dispositivo ser retroativo, pois interfere no direito de liberdade do sentenciado, o legislador destacou que o juiz estará adstrito aos vetores trazidos pelo art. 57, da LEP, para revogar a quantidade de dias remidos. Dispõe o artigo mencionado:

Art. 57. “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Pois bem. O primeiro ponto parece, de certa forma, tranquilo, isto é, trata-se de *novatio legis in melius*, logo deverá retroagir e ser recalculadas todas aquelas execuções em que haja o reconhecimento de falta grave e o julgamento de dias remidos.

Na doutrina extrai-se a lição de Luiz Flávio Gomes:

“3’) retroatividade da lei penal nova mais benéfica: a regra da retroatividade da lei penal nova mais benéfica tem fundamento constitucional: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). A Lei 9.714/98 constitui um exemplo de lei nova mais favorável. Ela ampliou o rol das penas substitutivas no nosso país: cuida-se, portanto, de lei nova (em regra) mais benéfica. **A retroatividade não é facultativa, sim, obrigatória. O comando normativo derivado de uma lei penal nova mais benéfica ao réu deve ser cumprido pelo juiz compulsoriamente.** De outro lado, a lei nova mais favorável deve ser aplicada tanto em favor do acusado (quando o processo ainda está em andamento) como do condenado definitivo (CP, art. 2º, parágrafo único). Ou seja: mesmo após a sentença final (com trânsito em julgado), incide no caso concreto a lei penal nova mais favorável.”<sup>[2]</sup>

Sobre a aplicação da Lei 12.433/2011 disserta Renato Marcão:

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

A matéria já encontra amparo no Superior Tribunal de Justiça, conforme recentíssima decisão:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. **LEI N.º 12.433/2011. NOVA REDAÇÃO AO ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. PERDA DE ATÉ 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE.** INTERRUPTÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS PELO CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME:

CABIMENTO. LIVRAMENTO CONDICIONAL E INDULTO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A constitucionalidade do art. 127 da Lei de Execução Penal, que impõe a perda dos dias remidos pelo cometimento de falta grave, foi reafirmada, por diversas vezes, pelo Supremo Tribunal Federal, ensejando a edição da Súmula Vinculante n.º 9.

2. A partir da vigência da Lei n.º 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação ao art. 127 da Lei de Execuções Penais, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passa a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, **com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta "a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão"**, consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execuções Penais.

**3. Por se tratar de norma penal mais benéfica, deve a nova regra incidir retroativamente, em obediência ao art. 5.º, inciso XL, da Constituição Federal.**

4. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime, não o faz para fins de concessão de livramento condicional, por constituir requisito objetivo não contemplado no art. 83 do Código Penal. Súmula n.º 441 deste Tribunal.

5. Só poderá ser interrompido o prazo para a aquisição do benefício do indulto, parcial ou total, se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo da benesse. Precedentes.

6. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, restringir a interrupção do prazo somente para fins de progressão de regime. Habeas corpus concedido, de ofício, para, reformando o acórdão e a decisão de primeiro grau, na parte referente à perda total dos dias remidos, determinar o retorno dos autos ao Juízo de Execuções, para que se complete o julgamento, aferindo novo patamar da penalidade, à luz da superveniente disciplina do art. 127 da Lei de Execuções Penais.<sup>[4]</sup>

O segundo ponto merece maior atenção.

Com efeito, o julgador ao proceder a anotação da falta disciplinar no prontuário do sentenciado, passará a verificar se há dias remidos em seu histórico.

Havendo remição, nos termos do art. 127, poderá decotar até 1/3 dos dias remidos.

O patamar existente permite que o juiz faça a devida dosagem da revogação. O piso, conforme entende parcela da doutrina é de 01 (um) dia até o teto de 1/3 dos dias remidos.

Mais uma vez trazemos os ensinamentos de Renato Marcão:

“Reconhecida judicialmente a prática de falta grave, e feita a opção sancionatória, poderá o juiz quantificar a revogação em até 1/3 (um terço) dos dias remidos, cumprindo seja balizada sua decisão em critérios de necessidade, utilidade, razoabilidade e proporcionalidade, **com adequada fundamentação (art. 93, IX, CF) no tocante a sua escolha entre os limites mínimo (1 dia) e máximo (1/3).**” [5]

Para fins de mera ilustração, se o sentenciado detém 300 dias remidos, ou seja, trabalhou 900 dias, e o juiz resolva decotar o máximo (1/3) dos dias remidos tem-se o seguinte cenário:

1/3 de 300 dias remidos é igual a 100 dias. Logo, com a perda desses dias, deve-se estabelecer 200 dias de remição.

Vê-se ser crucial que a escolha judicial seja feita com a máxima atenção ao preceito constitucional da motivação das decisões (art. 93, inciso IX, da Lei Maior).

Deveras, o legislador entendeu que o cometimento de falta disciplinar de natureza grave não acarreta a perda dos dias remidos de forma integral. Agora, o juiz poderá revogar no máximo 1/3 do tempo remido pelo sentenciado e, com certa margem de discricionariedade, aferir o *quantum*, levando em conta “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”, consoante o disposto no art. 57 da LEP.

Para o caso de o magistrado não se valer das premissas acima e, sem qualquer fundamentação, estabelecer que deva ser declarada a perda de 1/3 dos dias remidos, a decisão é nula.

Prevalece o entendimento majoritário na doutrina e na jurisprudência que caso o julgador fixe a pena-base no mínimo e dispense a fundamentação nessa escolha, não haverá qualquer nulidade na decisão.

Vale dizer: para que seja aplicada pena acima do mínimo legal, deverá o magistrado fundamentar as razões de decidir, tudo com vista ao controle do itinerário percorrido para a majoração da pena.

No processo de execução penal, quando do reconhecimento da falta disciplinar de natureza grave, mister o juiz desenvolver todo o processo de individualização da sanção com os olhos voltados no art. 57 e, após, optar entre as balizas traçadas pelo art. 127.

Em sede doutrinária cunhou-se este modo de agir dos juízes criminais de política da pena mínima, fortemente criticada pelo professor Guilherme de Souza Nucci:

“...não se justifica a corrente doutrinária e jurisprudencial que permite a ausência de fundamentação quando o juiz elege o mínimo legal previsto no tipo como pena-base, sob a assertiva de existir, então, a presunção de serem todas as circunstâncias judiciais favoráveis.” [6]

Ainda na mesma obra, prossegue o eminente magistrado:

“Não pode e não deve [o juiz] ficar restrito à aplicação compulsória da **pena mínima**, que, **segundo a jurisprudência majoritária, prescinde de fundamentação**, pois não haveria “prejuízo ao réu”<sup>[7]</sup>

A crítica desenvolvida pelo doutrinador não impede a seguinte conclusão: na falta de fundamentação judicial a pena mínima é a que deverá prevalecer.

Há no **Supremo Tribunal Federal** os seguintes precedentes:

ACÇÃO PENAL. Condenação. Sentença condenatória. Capítulo decisório. Pena base. Fixação acima do mínimo legal, sem razão idônea. Inadmissibilidade. Redução da pena. HC concedido para esse fim. Precedentes. Art. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF. **A exigência constitucional da individualização da pena implica a necessidade de explicitação dos fatos que justificam a exasperação da sanção penal.**<sup>[8]</sup>

EMENTA: - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO CONSUMADO E HOMICÍDIO PRIVILEGIADO TENTADO. CONDENAÇÃO POR AMBOS OS DELITOS. “HABEAS CORPUS”: REEXAME DE PROVAS. PENA-BASE. 1. Não é o “Habeas Corpus” o instrumento processual adequado para viabilizar o reexame das provas, e sem o qual não seria possível concluir se a condenação contrariou, ou não, os elementos de convicção constantes dos autos, levados em conta pelos Jurados e pelo acórdão impugnado. Não pode, portanto, a ordem, ser deferida nesse ponto. 2. Na inicial, o impetrante alegou, também, que “houve erro e injustiça no tocante à aplicação da pena”. 3. **Não havendo a sentença de primeiro grau, confirmada pelo acórdão impugnado, justificado, satisfatoriamente, a adoção de pena-base, acima da mínima, nem a redução mínima, pela tentativa, é de se acolher o pedido, para limitar a pena ao mínimo e com redução máxima, tanto no homicídio privilegiado consumado, quanto no homicídio privilegiado tentado.** 4. “H.C.” deferido, em parte, para redução da pena pelo homicídio consumado privilegiado a quatro anos de reclusão; e a pena pelo homicídio privilegiado tentado a um ano e quatro meses de reclusão. 5. Num total, portanto, de cinco anos e quatro meses.<sup>[9]</sup>

Assim, reconhecida judicialmente a falta disciplinar grave, se o caso, caberá ao magistrado revogar **até** 1/3 do tempo remido. Para tanto deverá o julgador calibrar a quantidade da perda dos dias remidos pelos parâmetros do artigo 57 da LEP.

Ao comentar a regra contida no art. 57 da LEP, Mirabete é preciso:

“Assim como o Direito Penal, as sanções disciplinares não podem ter tratamento exclusivamente retributivo, objetivo e uniforme para todos os presos com a cominação e aplicação rigidamente relacionadas com a falta praticada. **A conduta faltosa do sentenciado não deve ser julgada à luz de um cálculo friamente aritmético, mas resultar de um juízo de valor a respeito do fato e de seu autor.** Por isso, propõem as Regras Mínimas da ONU que, na aplicação da sanção, a autoridade competente procederá a um exame completo do fato (nº 30.2, segunda parte).”<sup>[10]</sup>

Seis são os vetores elencados pelo art. 57, da LEP: 1) a natureza da falta; 2) os motivos da indisciplina; 3) as circunstâncias do fato; 4) as consequências do ocorrido; 5) a pessoa do sentenciado; e 6) a quantidade de pena.

Nas palavras de Mirabete:

“Quanto ao fato, é possível distinguir, por exemplo, sua natureza, sendo mais grave, em tese, a participação em movimento de subversão da ordem ou da indisciplina que a inobservância de alguns dos deveres impostos ao condenado, como o de respeitar as pessoas com quem deva relacionar-se. Também devem ser levadas em conta as consequências da falta, que poderão ser relevantes ou quase nulas, merecendo lembrança a circunstância de não se ter consumado a infração. Além disso, também devem ser consideradas as demais circunstâncias do fato, como os motivos determinantes, os meios utilizados, o concurso com outros presos, a emoção do autor etc. Deve-se apreciar, também, a pessoa do preso, ou seja, sua personalidade, seus antecedentes, a reincidência genérica ou específica em faltas disciplinares etc. por fim, determina a lei que seja ponderado o tempo de prisão do faltoso”<sup>[11]</sup>

Conjugando os artigos 127 e 57 da LEP e o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, a revogação dos dias remidos acima do mínimo legal, deverá, necessariamente, ser precedida de ampla fundamentação judicial, sendo vedada a menção genérica a “declaro a perda de 1/3 dos dias remidos”, ou “ante a gravidade da falta, declaro a perda de 1/3 dos dias remidos”, conforme decisões emanadas pelos magistrados atuantes nas Varas de Execuções Criminais da Capital.

#### FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA

Nas decisões proferidas nas sindicâncias que apuram faltas disciplinares de natureza grave, os juízes não têm se atentado ao que determina a nova redação do artigo 127, da Lei de Execução Penal e, de forma singela, determinam a perda de 1/3 dos dias remidos, sem qualquer análise do caso concreto.

Em algumas decisões o máximo que se encontra é a menção à gravidade do fato, feita de forma genérica, sem esmiuçar os vetores estabelecidos no artigo 57, da LEP.

A revogação de dias remidos constitui um gravame na execução do sentenciado, pois os lapsos para benefícios serão recalculados e alterados, sendo “jogados para frente”.

Ademais, a garantia de o órgão julgador debruçar-se sobre as circunstâncias de uma ou outra falta trará maior razoabilidade ao sistema, pois o que se vê atualmente é a banalização da “pena máxima” no tocante ao recorte dos dias remidos pelo sentenciado.

Ora, é dever do juiz indicar os porquês da utilização de um patamar que influenciará no alcance da liberdade do sentenciado.

Assim, o respeito aos preceitos constitucionais da motivação das decisões judiciais e da individualização da pena, passam pela sentença que reconhece a falta disciplinar de natureza grave e decota os dias já remidos pelo sentenciado. É dizer: o processo de execução penal exige o respeito às regras constitucionais e ordinárias.

Por fim, com a ausência de fundamentação judicial não se terá o controle sobre a (falta de) argumentação utilizada para a eleição do patamar máximo.

## SUGESTÃO DE OPERACIONALIZAÇÃO

Aplicação em todas as defesas em sindicância que apuram faltas disciplinares de natureza grave.

Costumeiramente, no mérito a defesa pleiteia a absolvição ou a desclassificação para falta de natureza média ou leve. Porém, de forma subsidiária deverá ser deduzido o pedido de perda dos dias remidos no mínimo legal, cabendo ao órgão judicante explicitar as razões da adoção de critério superior ao piso, nos termos do art. 57, da LEP.

Por meio de recurso de agravo em execução a questão poderá ser discutida na 2ª Instância, inclusive sobre a escolha da quantidade de remição revogada pelo juiz *a quo*.

Em sede de *habeas corpus*, pode-se pedir a nulidade da decisão, ante a ausência de fundamentação judicial, devendo o pleito ser direcionado para que o juízo das execuções penais profira outra decisão, nos termos do art. 127, da LEP.

---

[1] Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal. 11ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 517.

[2] GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo : RT, 2008, pág. 126.

[3] MARCÃO, Renato. Lei nº 12.433/2011: remição de pena pelo estudo. Cômputo e perda dos dias remidos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2925, 5 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19480>>. Acesso em: 6 jul. 2011.

[4] STJ – HC nº 200.046/RS, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/8/2011.

[5] MARCÃO, Renato. Lei nº 12.433/2011: remição de pena pelo estudo. Cômputo e perda dos dias remidos. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2925, 5 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19480>>. Acesso em: 6 jul. 2011.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 4ª Ed. São Paulo: RT, p. 146.

[7] Idem, ibidem, p. 273/274.

[8] STF, HC 93.857-RS, 2ª T., rel. Min. Cezar Peluso, j. 25.08.2009, v.u.

[9] STF, HC 76.432-RS, 1ª T, rel. Min. Sydney Sanches, j. 02.06.1998, v.u.

[10] Op. cit., p. 159

[11] Op. cit., p. 159