

Nota nº 15/2016/Comissão Especializada em Execução Penal do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais – CEEP-CONDEGE.

Assunto: Projeto de Lei do Senado nº 4500/2001 – Altera dispositivos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, sobre o exame criminológico e progressão do regime de execução das penas privativas de liberdade e dá outras providências.

1. Trata do projeto de lei nº 4500/2001, de autoria do Senador Romeu Tuma, que propõe a alteração da Lei de Execução Penal, e, em destaque, estabelece que no cumprimento de pena superior a 8 (oito) anos, a progressão do regime de execução da pena privativa de liberdade só poderá ocorrer depois que a pessoa presa tiver cumprido ao menos 2/5 (dois quintos) da pena, ou 3/5 (três quintos), se reincidente.
2. Ao estabelecer requisito objetivo mais gravoso para a concessão do direito subjetivo de progressão de regime, o projeto de lei nº 4500/2001 incorre em inconstitucionalidade material por violar os preceitos constitucionais de individualização da pena, proporcionalidade/razoabilidade e isonomia.
3. Conforme dados do Ministério da Justiça e do Centro Internacional para Estudos Prisionais, o Brasil ocupa o quarto lugar entre os países com as maiores populações carcerárias no mundo e, desses quatro países (além do Brasil temos os Estados Unidos, a China e a Rússia), é o único em que a taxa de encarceramento continua crescente.
4. Não há relação de causalidade entre o agravamento da execução da pena com a diminuição da prática de condutas delitivas. Desde 1990 – dados do INFOPEN – houve um aumento de quase 600% da população prisional brasileira (o número de pessoas privadas de liberdade em 2014 era 6,7 vezes maior que em 1990). Também em 1990 passou a vigorar a Lei nº 8072, de crimes hediondos, que, por sua vez, aumentou, consideravelmente, o tempo de encarceramento das pessoas condenadas pela prática de determinados delitos, bem como impôs regime inicial de cumprimento de pena mais severo. Ou seja, por mais rigorosas que tenham se tornado as penas, a prática dos crimes a elas atrelados não foi refreada, pelo contrário. Comprovado, portanto, que alterações legislativas que visam ao aumento de penas ou ao aumento do período de encarceramento, não são medidas aptas a solucionar a redução de práticas delitivas.
5. É a breve síntese.

I – Da Análise e Fundamentação Jurídica

6. A Constituição Federal, sem seu art. 5º, inciso XXXIX, preceitua que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, de acordo com o princípio constitucional da legalidade penal, tanto o Código Penal Brasileiro quanto as demais legislações penais especiais estabelecem quais as condutas consideradas crimes, bem como o quantitativo de pena mínimo e máximo que poderá ser aplicado para a pessoa que for condenada pela prática de determinado delito.

7. Neste contexto, pode-se afirmar que a pena é a consequência jurídica aplicada pelo Estado ao infrator, em razão, justamente, da prática de um fato legalmente previsto como delito. Pode ser considerada, portanto, como um mecanismo de controle social. Para Salo de Carvalho, sua forma de imposição “permite verificar o grau de adequação das práticas do sistema penal com seus discursos legitimadores, bem como o nível de respeito do poder estatal pelos direitos das pessoas condenadas (...)” (CARVALHO, de SALO. Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro. Pág. 45. Editora Saraiva. 1ª Edição. São Paulo. 2013).

8. Somente após o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” –) é que a pessoa poderá ser condenada por determinada conduta delitiva. E, com a condenação, é proferida sentença penal, que conterà o total da pena e o regime inicial para o seu cumprimento.

9. Leciona Salo de Carvalho que, ao proferir a sentença penal condenatória, o magistrado deverá individualizar a pena e, com isso, obedecer ao processo de aplicação, podendo este ser descrito como um sistema composto de quatro etapas necessárias e sucessivas. A primeira corresponde à escolha do tipo de pena a ser cumprida (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa). Após, já na segunda etapa, determina-se o tempo, o *quantum* de pena a ser cumprido. Na terceira etapa, o magistrado estabelece o regime inicial de cumprimento de pena e, com a quarta etapa, analisa-se se será possível a substituição da pena imposta por uma pena restritiva de direitos ou por uma pena de multa.

10. Assim, importante ressaltar que, na segunda etapa, de quantificação da pena, o juiz deverá utilizar o critério trifásico – método Hungria –, previsto no art. 68 do Código Penal. Inicialmente, após a análise dos critérios apontados no art. 59 do mesmo diploma legal, a pena base será estabelecida. Após, circunstâncias atenuantes e agravantes serão verificadas, ocasião em que a pena não poderá aumentar ou diminuir além ou aquém do patamar legalmente previsto. Somente na terceira fase, com a análise das causas de aumento e de diminuição, é que a pena se tornará definitiva e poderá ultrapassar os limites quantitativos previstos no tipo.

11. Ao individualizar a pena, ao aplicar a sua base, o magistrado deverá fundamentar o *quantum* que será estabelecido, através da análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e consequências do crime, bem como do comportamento da vítima (art. 59, caput, do CP). Isso significa que, apesar de determinado tipo penal conter os limites da pena a ser estabelecida, é tão somente no caso concreto, com a análise de todos os elementos contidos no art. 59 do CP, que o magistrado irá estabelecer a pena aplicável à determinada pessoa.

12. Com a fixação da pena definitiva, o juiz passa para a terceira etapa da aplicação da pena e estabelece o regime inicial de seu cumprimento, nos termos do art. 33 do Código Penal. O regime inicial fechado será obrigatório para os condenados a pena privativa de liberdade maior de 8 anos. Para as condenações entre 4 a 8 anos, poderá ser estabelecido o semiaberto como regime inicial e para as penas menores de 4 anos, o regime inicial poderá ser o aberto. Desta feita, pode-se depreender que somente o regime inicial fechado tem obrigatoriedade de ser estabelecido, nas hipóteses em que a pena foi maior de 8 anos. Nos demais casos, é faculdade do juiz a escolha do regime inicial, sendo que caso venha a impor o regime fechado em condenações aquém de 8 anos, a decisão deverá ser devidamente fundamentada.

13. Pois bem. Estabelecida a pena privativa de liberdade em concreto e o regime inicial, e, em regra, ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, passa-se para a fase de execução da pena, sendo que o regime de cumprimento estabelecido na sentença pode ser compreendido como o modo de ser da execução da pena.

14. Conforme definição de Alexis Couto de Brito, a pena privativa de liberdade é o meio de reprovação social contra o delito praticado e que acarreta o cerceamento temporário do direito de ir e vir do indivíduo. Sua execução ocorre de forma progressiva e é inspirada em um sistema de metas, o *mark system*, em que o tempo de duração da condenação é distribuído em períodos variados e, em cada um desses períodos, os direitos e benefícios aumentam. Isso, desde que a pessoa presa tenha conduta favorável, que permita sua evolução no sistema. Assim, o *mark system* objetiva estimular à boa conduta do apenado durante o processo de execução de sua pena, bem como, gradativamente, prepará-lo para o retorno à sociedade. E, com isso, individualiza ao máximo possível a pena a ser cumprida, de acordo com as particularidades de cada sentenciado e permite, portanto, que, muitas vezes, a pena efetivamente cumprida se distancie daquela estabelecida na sentença penal condenatória.

15. Cabe salientar que o *mark system* está diretamente atrelado à perspectiva da ressocialização que é, justamente, um dos objetivos da aplicação da pena no sistema brasileiro. Além de punir, tem-se uma ideia correcional, pois há a conclusão de que aquele que pratica a conduta delituosa é um sujeito que, em razão de falhas na socialização, necessita ser recuperado por meio da intervenção do Estado. Assim, pode-se afirmar que o Código Penal Brasileiro adotou, em regra, um sistema de prevenção social positiva, em que, no processo de execução da pena, o condenado adquire, gradualmente, sua liberdade, sempre de acordo com a resposta ao tratamento que lhe é imposto. Ou seja, há sempre a possibilidade de flexibilização da sanção durante o cumprimento da pena – progressão, remição, comutação, livramento condicional, ... – na medida em que a pessoa presa se adéqua aos princípios correcionais.

16. Neste contexto, impende aclarar que a Lei de Execução Penal brasileira adota o critério temporal como o requisito objetivo a ser exigido para a concessão do direito subjetivo de progressão de regime. Com isso, não sendo ruim a conduta carcerária do apenado e, tendo alcançado o lapso temporal exigido, deverá ter seu regime de cumprimento de pena alterado, passando para o mais brando que àquele inicialmente estabelecido na

sentença penal condenatória. E, nos termos do art. 112 do referido diploma legal, em regra, é exigido o cumprimento de um sexto da pena no regime anterior para que seja cumprido o requisito objetivo.

17. A Lei de crimes hediondos, em vigor em meados dos anos 90, passou a exigir critério objetivo mais rigoroso para a progressão de regime nos casos em que a pessoa presa foi condenada pela prática de crime hediondo ou equiparado. Para àqueles que cometem um único crime hediondo, devem ser cumpridos dois quintos da pena concreta e, aos reincidentes, é exigido o cumprimento de três quintos da pena. Isso, por serem considerados delitos de maior gravidade e que devem, por conseguinte, ter tratamento mais severo, razão pela qual, inclusive, que a citada lei (nº 8.072/90) veda a concessão de anistia, graça e indulto.

18. Vale lembrar que a lei de crimes hediondos foi publicada contendo determinações no sentido de a pena ser cumprida integralmente em regime fechado o que, por sua vez, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em 2006, por conflitar, diretamente, com o princípio de individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Já em 2012, com base no mesmo fundamento, a Corte Suprema também declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da imposição legal de regime inicialmente fechado para os crimes hediondos e equiparados. Tudo isso pois, não obstante a gravidade dos delitos em comento, deve-se obedecer à individualização da pena que, por sua vez, engloba não somente a aplicação da pena, mas também a sua posterior execução. Como aqui já destacado, no momento da dosimetria da pena o Juiz sentenciante deve prescrever o regime inicial de seu cumprimento – parte integrante do conceito “individualização da pena” –. Assim, não se pode admitir que, a priori, alguém seja condenado a cumprir a sua pena obrigatoriamente em regime inicialmente fechado, quiza integralmente, vedando-se qualquer possibilidade de se iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto ou aberto. Tal entendimento feriria, inclusive, as já apontadas finalidades da pena: a prevenção e a repressão.

19. As informações supra atestam que dispositivos legais podem, de fato, conter determinações no sentido de agravamento da pena ao se considerar a gravidade do delito. Contudo, esse agravamento, seja pelo *quantum* da pena aplicado, seja pela vedação de concessão de determinados direitos, não pode/deve violar preceitos e princípios legais e constitucionais, sob pena de reconhecimento de sua ilegalidade e/ou inconstitucionalidade.

20. Ao propor a alteração da fração a ser utilizada para fins de concessão do direito subjetivo de progressão de regime, para os crimes em que a pena cominada na sentença penal condenatória for superior a 8 anos, o projeto de lei nº 4500/2001 flagrantemente viola o princípio constitucional da individualização da pena.

21. Previsto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal, o princípio da individualização da pena engloba uma garantia fundamental dos cidadãos condenados e consagra a isonomia material, já que atribui tratamento diverso a indivíduos que se encontram em situações distintas. Ao estabelecer a pena na sentença penal condenatória, o estado juiz deve analisar o caso concreto e o próprio sentenciado. Assim, para o mesmo crime, muitas vezes não é aplicada a mesma pena, mesmo que o crime tenha sido praticado de forma idêntica. Isso, pois, independentemente da prática da mesma conduta delitiva, cada indivíduo possui um histórico pessoal e, portanto, cada um deve receber, tão somente, a punição que lhe é devida.

22. Importante ressaltar que, antes mesmo de aplicação da pena em concreto, a individualização tem seu primeiro momento na previsão da pena abstrata, com a previsão crime e o quantum mínimo e máximo a ser aplicado. É primeira fase da individualização da pena, a legislativa. O legislador, visando à proteção de um bem considerado relevante para o Estado e a sociedade, elege determinada conduta e estabelece patamares mínimo e máximo da sanção penal.

23. A aplicação da pena no caso concreto é considerada a segunda fase da individualização da pena, a judiciária. Ao proferir a sentença penal condenatória, o juiz fixa a pena aplicável e estabelece seu quantitativo entre o máximo e o mínimo previsto no tipo penal, bem como determina o modo de execução dessa pena. Para tanto, deverá se embasar nos critérios consignados no artigo 59 do Código Penal. Aqui, a discricionariedade do juiz é, portanto, mitigada.

24. Como já destacado, a aplicação dos preceitos contidos no art. 59 do CP é também uma das formas utilizadas para a individualização da pena, pois o juiz deve fundamentar a pena aplicada conforme a análise das circunstâncias ali previstas, fixando a exata proporção entre o crime e a sanção penal correspondente. Ou seja, é um direito do cidadão condenado, que deve saber com exatidão as razões porque lhe foi aplicada determinada pena. Assim, de forma fundamentada, o juiz escolhe a pena aplicável dentre as cominadas, determina o quantum que deverá ser cumprido dentro dos limites legalmente previstos e especifica o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade ou determina a sua substituição por outra espécie de pena, se cabível.

25. A individualização também engloba uma fase executória, que visa efetivar a sentença penal condenatória, com o cumprimento da pena pelo cidadão condenado. E, durante o cumprimento de sua pena, o sentenciado deve ter todos os seus direitos garantidos, com exceção daqueles que são mitigados pela própria legislação.

26. Desta feita, pode-se afirmar que, “perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII)”. (STF - [HC 82959](#), Voto do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, DJ de 1.9.2006).

27. E exatamente com base na individualização da pena e com vista a cumprir um dos objetivos do sistema penal pátrio, é que a lei de execução prevê o cumprimento da pena privativa de liberdade de forma progressiva, sendo a progressão de regime um direito subjetivo do cidadão condenado que cumpre os requisitos legalmente exigidos.

28. Neste contexto, a flagrante violação ao princípio da individualização da pena pelo projeto de lei nº 4500/2001 ocorre, justamente, ao fixar requisito objetivo mais severo para a concessão do direito subjetivo de

progressão para os condenados a pena superior a 8 anos. Isso, pois as frações de 2/5 e 3/5 serão aplicadas, tão somente, com base no quantum da pena cominada no caso concreto, obrigando a permanência do cidadão condenado em regime mais gravoso por maior período, sem que, para tanto, ocorra a análise das demais circunstâncias individuais do caso concreto. Flagrante, portanto, a inconstitucionalidade material do presente projeto de lei, em razão da violação do preceito e garantia fundamental de individualização da pena, já que ao apenado será imputado um regime mais severo, por mais tempo, unicamente em razão da quantidade de pena que lhe foi aplicada.

29. E foi com embasamento na violação do princípio da individualização da pena que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de diversos artigos de leis, tais como os dispositivos da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos), aqui já citados, e os dispositivos da Lei 11.343/2006, que vedavam a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Outra conclusão não se poderá chegar, com o conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade, na hipótese de referido projeto vir a ser transformado em lei.

30. O projeto de lei nº 4500/2001 viola, ainda, o princípio da proporcionalidade. Implícito na Carta Magna, visa limitar a atuação do Poder Público frente aos direitos fundamentais do indivíduo. E, no âmbito do direito penal, estabelece restrições à atividade do legislador e do intérprete, vez que impõe limites à intervenção do Estado na liberdade individual do cidadão.

31. Importar aclarar que as limitações à liberdade do indivíduo não devem/podem superar a medida do que pareça ser absolutamente necessário, devendo sempre ocorrer um juízo de ponderação entre a carga coativa da pena e o fim por ela almejado. A pena, portanto, deve ser sempre *necessária, adequada e proporcional* à conduta do agente e aos fins visados pelo direito penal.

32. Considerando que a proporcionalidade estabelece que uma pena proporcional é sempre aquela que não é excessiva, a violação ao princípio, no âmbito do projeto de lei nº 4500/2001, ocorre na medida em que estabelece requisitos quantitativos superiores aos exigidos por institutos despenalizadores, que incorrem na extinção da própria pena, tais como o indulto. Ao se analisar o decreto de indulto publicado em dezembro de 2016, pode-se depreender que, para a sua concessão, com a conseqüente extinção da pena, é exigido determinado quantum de pena cumprida. A depender do caso concreto, são previstas frações de 1/4, 1/3, 1/6, ou seja, todas menores que as frações de 2/5 e 3/5, exigidas no projeto à baila. Assim, com a aprovação do projeto, ter-se-ão situações esdrúxulas em que o cidadão condenado, muitas das vezes, terá sua pena extinta muito antes de conseguir progredir de regime.

33. Desproporcional e descabida, portanto, a exigência de quantum de pena tão elevado para a concessão do direito subjetivo de progressão, exigência essa que, por sua vez, também incorre na violação ao sistema progressivo ao caráter ressocializador da pena, já que, como salientado, ao ter a pena extinta antes mesmo de progredir de regime, o cidadão condenado retornará ao convívio social sem ter passado pelas fases de readaptação e reintegração previstas para tais fins.

34. O projeto de lei 4500/2001 viola, também, o princípio da isonomia, vez que confere o mesmo tratamento a crimes com gravidades distintas. Pela igualdade material, devemos tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. E, em nosso ordenamento, a legislação e os bens juridicamente tutelados são pensados de modo a não poder e nem dever atribuir direitos e deveres iguais a todos sem antes analisar a sua desigualdade, pois existem vários fatores que são diferenciadores na hora de estabelecer direitos e deveres.

35. Conforme anteriormente salientado, sabe-se que a lei de crimes hediondos foi publicada com o intuito de aplicar tratamento mais gravoso para determinadas condutas delitivas. Assim, ao invés da fração de 1/6 exigida na lei de execução penal e no Código Penal, passou a prever as frações de 2/5 e 3/5 para fins de progressão de regime, impondo, por conseguinte, maior período no regime mais rigoroso para os cidadãos condenados pela prática de crime hediondo.

36. Ao prever as mesmas frações que as exigidas para progressão nos casos em que se é praticado crime hediondo, o projeto de lei 4500/2001 concede o mesmo tratamento aos crimes em que a condenação for superior a 8 anos. Ou seja, apesar de considerados menos gravosos pela lei e pela Constituição Federal, já que não elencados na lei nº 8072/90, os crimes em que a pena em concreto for superior a 8 anos, terão o mesmo tratamento que os crimes hediondos o que, por sua vez, acarreta em patente violação ao princípio da igualdade material.

37. Além das inconstitucionalidades aqui apontadas que, por sua vez, inviabilizam a aplicação do projeto de lei 4500/2001, há de se ressaltar que referido projeto incorre na ideia equivocada de que o agravamento da pena, da punição, refreia a prática da conduta delitiva.

38. De acordo com o último levantamento de dados do sistema Infopen, do ano de 2014, desde 1990 a população carcerária do país cresceu mais de 600%, sendo que o Brasil ocupa o 4º lugar nos países com o maior número de pessoas que cumprem pena privativa de liberdade e, destaca-se, dentre esses quatro países, o Brasil é o único em que a população carcerária permanece crescente.

39. Esses dados tomam como parâmetro o ano de 1990, ano em que entrou em vigor a Lei de Crimes Hediondos que, por sua vez, e como já destacado, agravou o tratamento concedido aos crimes nela elencados. Vale lembrar que a alteração da fração de 1/6 para 2/5 e 3/5, para fins de progressão, ocorreu somente em março de 2007 e mesmo após esse período a prática de crimes hediondos ou equiparados como homicídio qualificado, tráfico e latrocínio foi crescente e assim permanece até a presente data (dados Infopen). Ou seja, patente a constatação de que o agravamento da pena em nada impede ou refreia a prática da conduta delitiva. Se assim o fosse, desde 1990 ou desde 2007 os índices de criminalidade seriam decrescentes. E a situação é a contrária.

40. Aumentar o tempo do cidadão condenado no cárcere, unicamente em razão do quantum de pena que lhe foi aplicada na sentença penal condenatória, não acarreta em quaisquer benesses para a sociedade, para o Estado e para a própria pessoa que cumpre a pena.

41. De acordo com Conselho Nacional de Justiça e com a Ministra Carmem Lúcia, a média mensal de custeio de uma pessoa presa no Brasil é de R\$ 2.400,00. Ademais, é latente a ausência de vagas nas unidades prisionais dos Estados da Federação, bem como a superlotação e as péssimas condições de encarceramento. Vale citar os recentes massacres ocorridos nos Estado do Amazonas, Rio Grande do Norte, Maranhão, todos provenientes de unidades prisionais superlotadas, com patente ausência do Estado. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, reconheceu o estado de coisas inconstitucional, referente ao sistema prisional brasileiro, bem como estabeleceu indenização para cidadão condenado em razão do cumprimento de pena em situação degradante e flagrantemente violadora dos direitos e garantias fundamentais.

42. Fato é que a atividade legislativa deve ocorrer de forma a trazer soluções viáveis e palatáveis para as questões que envolvem segurança pública e sistema prisional. A elaboração de projetos de lei que atingem diretamente direitos fundamentais do cidadão não deve ocorrer sem a avaliação de suas consequências concretas caso venha a ser aprovado e entre em vigor.

43. A aprovação do projeto de lei 4500/2001 ensejará o aumento do tempo de permanência dos cidadãos condenados no cárcere, colaborando, portanto, para inflar um sistema falho, em que a superlotação tem acarretado a constante violação da dignidade humana e de direitos e garantias fundamentais. E isso sem conseguir seu objetivo final, qual seja, a redução da prática de determinadas condutas delitivas, pois, como aqui já destacado, dados do Ministério da Justiça (INFOPEN) e do Centro Internacional para Estudos Prisionais corroboram com a conclusão de que não há qualquer relação de causalidade entre o agravamento da pena ou do tempo no cárcere com a redução da prática de crimes.

44. Assim, a aprovação do projeto à baila, deve ser considerada apenas uma espécie de ‘placebo’ jurídico para acalentar os anseios de uma parcela de eleitores que encara a questão da criminalidade e do encarceramento de forma simplificada e superficial. Referidas questões são complexas e, conseqüentemente, ensejam respostas também complexas, que demandam a atuação conjunta de todos os Poderes e instituições atuantes no sistema de justiça, como a Defensoria Pública e o Ministério Público.