

A progressão de regime na Lei nº 11.464/07

Marcelo Colombelli Mezzomo *

Sumário: 1- Introdução. 2- Ainda uma crítica. 3- Após a mudança de paradigma. 4- Elementos para exame. 5- Situações possíveis. 6- Conclusões.

1- INTRODUÇÃO

No último dia 29 de março, foi sancionada a Lei nº 11.464/07, a qual dá nova redação à Lei nº 8.072/90. A compreensão da motivação subjacente no advento desta nova lei é encontrada em um julgamento paradigmático do STF, materializado no HC nº 82.959. Dito julgamento resolveu incidentalmente a questão da constitucionalidade da vedação de progressão de regime aos apenados por crimes hediondos ou equiparados, contrariando posição mais ou menos consolidada nas instâncias ordinárias e no STJ acerca do tema.

Apesar do caráter incidental da decisão, o que lhe subtrai a eficácia erga omnes, o leading case passou a servir de supedâneo para inúmeros pedidos de progressão, que acabaram, inicialmente, por desembocar no próprio STF, e, posteriormente, diante da manutenção da nova tendência, passaram a ser acolhidos até mesmo no primeiro grau.

Não é difícil observar que se gerou uma insustentável situação nos cárceres na qual os apenados que, contando com defensores, nomeados ou contratados, formularam pedidos de progressão acabaram por lograr êxito, ao passo que aqueles menos afortunados permaneceram no regime integral fechado.

Como não houve manifestação do Senado acerca da inconstitucionalidade, o que conferiria eficácia erga omnes à decisão do STF, urgia suprir a lacuna no escopo de parificar a situação dos apenados, daí advindo as alterações na Lei nº 8.072/90.

Apanhando execuções em curso, algumas das quais com a questão da inconstitucionalidade já objeto de decisões e recursos, surgem os problemas de aplicação da nova lei.

Munido de alguma experiência de quem diariamente toma contato com a execução penal, proponho-me a tecer algumas breves considerações reflexivas acerca do tema em uma abordagem crítica.

2- AINDA UMA CRÍTICA

Uma vez que a alteração legislativa permite de forma expressa a progressão de regime nos delitos hediondos e equiparados, tollitur quaestio, pois legem habemus. Inexiste, depois da inovação, o regime integral fechado. Ainda assim, creio legítima uma reflexão sobre a legitimidade social desta opção, e que se traduz em uma pergunta: será esta a opção que a sociedade brasileira quer? Estarão as decisões tomadas com espeque no precedente do STF, e agora na lei, legitimadas à luz das expectativas dos jurisdicionados?

Evidentemente que não tenho um dado estatístico concreto para argumentar. Aliás, a questão da progressão de regime, dada a sua repercussão concreta, deveria ter despertado mais atenção, e servido de tema para pesquisas de opinião, patrocinadas, quiçá, por entidades de classe, organizações não governamentais ou mesmo pelo poder público. Não foi. Ainda assim, incorrendo no risco calculado de um erro, acredito que o resultado de tais consultas é adredemente conhecível. Ouso afirmar que a esmagadora maioria da população discorda da progressão de regime para estas espécies de delitos. Claro que a avaliação da população pode, no caso concreto, descurar de aspectos técnicos relevantes, que, tomados em linha de conta, implicariam em outra solução. Por outro lado, não apregoa o artigo 2º da CF/88 que o poder emana do povo e em seu nome é exercido? Parece-me que

à luz de tal premissa, a qual não pode, por certo, ser literalmente aplicada, o componente da institucionalização, ou seja, da repercussão e aceitação de uma decisão ou opção legislativa (o concreto e o geral), não pode ser descurado pelo julgador e pelo legislador.

Ainda percorrendo a mesma linha, legítimo-me a aduzir que a decisão do mencionado precedente e as que na sua esteira se seguiram, e, agora, a opção legislativa materializada na Lei nº 11.464//07, carecem de legitimidade social, no sentido de que não refletem as expectativas da maioria da população brasileira. Bem sei eu que com tais assertivas, as quais, embora desprovidas de dados empíricos concretos, não são açodadas ou levianas, granjarei aplausos e críticas retumbantes. No entanto, bem sei que também será fácil para uns e outros, os que aplaudem e os que criticam, verificarem, em todos os recantos, o acerto das conclusões no tocante à rejeição destas opções.

À guisa destas pontuações, duas outras questões, que demandam reflexão de todos, e, em especial, dos que estudam ou trabalham com o Direito, podem ser levantadas.

A primeira delas concerne ao papel que efetivamente vem sendo desempenhado pela jurisprudência em nosso Direito. O que causa espécie é a forma como um julgamento de um caso específico, cuja eficácia se restringe (ou assim deveria ser) às partes, passou a servir de arrimo para uma completa mudança de paradigma.

De fato, como já apontei em outra oportunidade, repetindo lições da doutrina e solução que dimana clara do texto constitucional, em relação ao controle difuso, "a decisão tem efeitos inter partes somente. A sua extensão a terceiros depende de suspensão da eficácia através de manifestação do Senado Federal, por via de resolução, na forma do artigo 52, inciso X, da CF/88, sendo que o tribunal deverá comunicá-lo acerca do resultado do julgamento para esta finalidade."

Apesar disso, muitos julgadores abriram mão de posicionamento em vista da decisão de um único caso. O interessante é que quando vigia a situação inversa, ou seja, quando a constitucionalidade da vedação à progressão de regime era majoritariamente

propalada, não houve impedimento a que a posição contrária continuasse a ser defendida ferrenhamente, até que chegasse ao Excelso Pretório.

Este fato nos mostra que atualmente a jurisprudência é, como já disse sábio apontamento doutrinário, mais do que um conselho e menos do que uma ordem. O preocupante é uma mudança repentina e diametralmente oposta sem a necessária discussão, embasada em uma maioria reduzida. Somos instados a questionar se os Senhores Ministros concretamente dimensionaram a repercussão prática que o caso teria e se questionaram acerca da aceitação da decisão (e das que lhe seguiram) pela sociedade.

Outro aspecto, que indiretamente diz com a questão, reside na forma com que o dogmatismo doutrinário interage com a aplicação empírica do Direito. Refiro-me aqui ao embasamento doutrinário do "garantismo", usualmente identificado como motivação jus-filosófica para a declaração de inconstitucionalidade da vedação de progressão de regime. Embora esse seja o enfoque imediato, a rigor a problemática é bem mais ampla e consiste em mensurar a intensidade com que doutrinas, no mais das vezes concebidas em outras e para outras realidades sociais, são inseridas, assimiladas e aplicadas em nossa realidade jurídica.

No campo penal, mais graves são as repercussões, e parece que nos últimos anos tem se intensificado uma postura que, ao meu juízo, enfraquece o direito penal funcional em detrimento de um direito penal ineficiente, ineficaz e depauperado, a título de um pretenso alinhamento com a defesa "das garantias mínimas" previstas no texto constitucional.

Especificamente em relação ao garantismo, tenho que ressei uma certa distorção de perspectiva e uma série de contradições lógicas. Saliento, mais uma vez, que a temática indiretamente diz respeito à nova lei e merece análise mais acurada e, sem dúvida, profunda discussão.

Inicialmente, é de se lembrar que o garantismo tem um espectro de abrangência bem maior do que o direito penal, podendo ser resumidamente traduzido em uma cláusula geral de limitação à esfera de atuação estatal, cujos limites concretamente tomam feição no conteúdo mínimo representado pelo conjunto de direitos inerentes à condição humana.

Esta preocupação com a limitação do Estado é também identificada na fase do constitucionalismo do século XIX e no Estado Liberal Iluminista. Lá exsurge como um corolário lógico do período histórico imediatamente anterior. Conforme já mencionei em outra manifestação, é perfeitamente identificável na história um processo de evolução a partir de ciclos contrapostos. Depois de séculos de opressão de um Estado pessoalizado, era absolutamente natural (e até esperado) que se visse o Estado como verdadeiro inimigo e se tomassem todas as garantias para que semelhante quadro não se repetisse.

Pois bem, a ótica do garantismo na verdade retoma exatamente esta premissa, ou seja, a perspectiva de que a regra é a atuação do Estado coarctando e cerceando direitos, a qual precisa ser contida pela filtragem constitucional. Ora, a consolidação dos direitos individuais como primados fundamentais da ordem jurídica de há muito estabeleceu como regra o inverso, vale dizer, a regra é a liberdade absoluta de ação individual, atuando a limitação estatal como exceção. E é isso o que na prática acontece, porque os comportamentos lícitos e praticados sem intervenção direta regulatória do Estado, seja a priori ou a posteriori, são muito mais numerosos que os comportamentos sancionados. A consciência da necessidade de respeito à esfera de direitos alheia está muito mais difundida.

Desta forma, ao tomar a premissa míope de um Estado Inimigo, que precisa ser contido, o garantismo retoma uma base histórica já superada, porque não temos de nos defender de um Estado Absolutista e déspota.

Vejam, não estou afirmando que não deva ser realizada a filtragem constitucional não só da lei como de atos concretos, pois "no sistema jurídico brasileiro da atualidade, qualquer juiz de primeiro grau pode e deve analisar incidentalmente a questão da constitucionalidade de atos, sejam públicos ou privados"

O que estou dizendo é que devemos partir do pressuposto de que somente nos casos evidentes de contrariedade à Constituição e malferimento de direitos fundamentais, positivados ou não, é que se pode partir para a negativa de vigência e aplicação de uma lei. Sintetizando, a atuação do Estado é por natureza limitada e residual, e o Estado não é um inimigo a ser combatido.

Ao revés, em um constitucionalismo democrático social, superada a fase de "guerra contra o Estado" e de um Estado meramente destinado a assegurar a sua própria limitação, temos de partir da premissa de que o Estado não tenciona coarctar a esfera de direitos do cidadão (Estado Inimigo), mas sim a não só assegurá-la, como promovê-la, nela abrangida não só os direitos fundamentais primários (de primeira geração), mas também direitos reconhecidos em vista da condição do indivíduo de participante de uma sociedade. Se limitações são eventualmente impostas, elas se justificam exatamente na necessidade de reprimir comportamentos que impliquem ameaça de lesão ou lesão efetiva a direitos tutelados.

Postas estas reflexões, é possível verificar que a adoção, de certa forma irrefletida, do garantismo em nosso Direito tem conduzido a uma quase paranóica busca de inconstitucionalidades em quase tudo, sem que questionamentos e uma premissa sejam considerados.

Os questionamentos concernem exatamente a serem estas opções legítimas frente à sociedade; em como são assimiladas pelos destinatários das decisões (cidadãos).

A premissa diz respeito ao fato de que a justiça é uma noção que, permeada por um conteúdo moral, comporta inúmeras feições e matizes, sendo, por essência, sazonal e multifária. Mas como o poder é exercício em nome do povo, porque dele advém, o julgador deve estar comprometido com a justiça que é a da maioria da sociedade (democracia representativa) e não com suas convicções doutrinárias.

O que se tem visto é a adoção de opções doutrinárias concebidas em modelos ideais ou relativos a outras sociedades, com outros valores, e sua aplicação sem uma filtragem sociológica e cultural que permita extrair delas o que de útil pode ser aplicado à nossa realidade. Passou-se a uma verdadeira "caça as bruxas", uma busca incansável e forçada por inconstitucionalidades em tudo, descurando-se que o Direito Penal tem de manter uma funcionalidade e esta funcionalidade, embora não se limite a este fator, encontra força diretamente na sua eficácia intimidadora.

Outro aspecto que calha menção e que diz respeito diretamente à progressão de regime reside na propalada necessidade de ressocialização. Enquanto fundamento indicado como preponderante na execução da pena, a ressocialização tem servido de fundamento para que tenha sido relativizada a carga de exigências para a obtenção de benefícios. Especificamente do que diz com a progressão nos delitos hediondos antes da Lei nº 11.464/07, a necessidade de assegurar uma ressocialização foi um dos fundamentos principais para que, contra legem, fosse concedida a progressão.

Ocorre que, a meu juízo, a ressocialização, nos termos em que posta, vale dizer, enquanto processo de mudança de valores no apenado, colmata, em verdade, uma fórmula absolutamente ilegítima de imposição de valores que refoge ao espectro legítimo de atuação do Estado frente ao indivíduo.

De fato, na esteira de uma doutrina que afirma valorizar uma intangível esfera de direitos do ser humano (pelo que não pode ser tratado como objeto na execução), busca-se impor uma carga de valores, o que nega um dos mais fundamentais direitos do ser humano, que é a liberdade de escolha de seus valores e convicções.

Legítimo ao Estado é exigir comportamentos positivos ou de abstenção, e somente na exata medida em que se verifica que possam por em risco direitos tutelados. Por outras palavras, não é lícito ao Estado exigir que os cidadãos tenham determinada carga de valores, mas somente que se comportem em relação a ela de determinada forma.

Uma postura que efetivamente respeite o apenado enquanto ser humano tem de necessariamente reconhecer-lhe o direito de ter os valores que bem lhe aprouver e não irá buscar impor qualquer espécie de valores. Logo, a finalidade precípua da pena não pode ser ressocializar. Sua função é controlar (não impedir), a criminalidade pela ameaça, pela imposição de um custo benéfico que não recomenda o delito.

Esta assertiva abre ensanchas a uma outra questão bastante saliente e também intrinsecamente relacionada a uma concepção da finalidade do Direito Penal, da pena e da visão "garantista". Em pauta está o caráter fragmentário do direito penal.

Ninguém hoje nega, com argumentos razoáveis, que o Direito Penal seja fragmentário e excepcional. Aliás, no atual estágio de desenvolvimento da humanidade, outra concepção não poderia ter cabimento.

Se o Direito Penal é fragmentário, e isso é uma das grandes bandeiras também do "garantismo", então a resposta penal deve ser excepcional e atingir somente fatos graves. Atingindo fatos graves, deve representar uma resposta à altura. Por conseguinte, não há sentido em se estabelecer sanções que, já abstratamente ou na fase de execução, não apresentem eficácia. Se o caráter fragmentário tem por consequência uma atuação excepcional, e, portanto, a aplicação de sanções mais gravosas, medidas que subtraíam esta característica da pena (como a prodigalização de benefícios) acabam por negar esta fragmentariedade, tornando o direito penal um direito de penas básicas e de penas irrisórias.

Em síntese, temos de deixar o Direito Penal para os casos graves e as suas sanções devem atentar para a excepcionalidade de sua intervenção. A adoção de doutrinas concebidas em outras realidades deve ser feita com cautela e reflexão, e, sobretudo, com atenção aos resultados práticos. Isso não está ocorrendo e o resultado é um enfraquecimento do Direito Penal e do Estado. Basta observar o que a mídia noticia.

3- APÓS A MUDANÇA DE PARADIGMA

O julgamento do STF efetuando a mudança de paradigma foi ostensivamente comentado nos meios de informação e nos meios jurídicos. Surgiram opiniões ora enaltecendo a conclusão, ora criticando. Meu posicionamento foi externado em trabalho intitulado "Reflexões sobre a progressão de regime e os crimes hediondos". Basicamente, lá referi que não acredito que a progressão de regime fosse a única maneira de individualizar a execução da pena, o que pode ser feito através de múltiplas formas de benefícios e punições, de acordo com os méritos do apenado. Desta forma, a Constituição, ao mencionar a necessidade de individualização da pena, não tornou a progressão imprescindível, sendo possível o estabelecimento de delitos onde ela não fosse permitida, sem que isso violasse direito individual.

Impelidos pelo sucesso do paciente do referido HC, milhares de apenados em todo o Brasil ingressaram com pedidos de progressão de regime escudando-se no julgado. Inicialmente, ainda houve posicionamentos pela manutenção da constitucionalidade da vedação, até porque, como salientado alhures, a eficácia da decisão proferida em controle difuso é somente interpartes. Todavia, outros recursos chegaram ao STF, e foi mantido o entendimento esposado no julgamento do habeas corpus. Esta perspectiva deu conhecimento do prospecto que aguardava todas as demais decisões que contrariassem o novo paradigma. Cientes disso, os julgadores começaram a reconhecer, quase à unanimidade, a inconstitucionalidade da vedação.

Neste passo, calha menção fato de suma importância. Diz respeito à circunstância de que o STF não reconheceu sic e simpliciter o direito à progressão de regime. De fato, o que foi afastado é o impedimento à progressão, o que não significa concessão da progressão sem a presença dos requisitos legais. Desta forma, as decisões passaram a reconhecer o direito do apenado de ter o pedido de progressão apreciado, mas não necessariamente o direito de ter a progressão deferida.

A esta altura, inverteu-se a situação e a maioria dos agravos em execução passou a ser interposta pelo Ministério Público.

O quadro agrava-se ao observarmos as modificações introduzidas na Lei de Execução Penal, simplificando requisitos subjetivos para a concessão de progressão de regime e livramento condicional.

Recuso-me a racionalmente acreditar que o legislador tenha procedido às modificações no tocante aos exames (CTC e criminológico) para suprir a deficiência dos serviços encarregados de sua elaboração às custas da segurança da sociedade, mas resta difícil encontrar uma justificativa plausível para a simplificação.

Ninguém duvida da necessidade de celerização da tutela jurisdicional prestada através do processo penal, em especial no que diz respeito à execução penal, pois há, em regra, direitos fundamentais sendo (a priori, justificadamente) tolhidos, ou, no mínimo, uma séria pecha a pesar sobre o condenado. Mas é certo que, a pretexto de se celerizar o processo, não se pode adotar medidas que deturpem suas finalidades. A conjunção desses dois fatores, vale dizer, possibilidade de progressão de regime em delitos hediondos e equiparados e a simplificação na avaliação dos requisitos subjetivos, produz um perigoso quadro em que indivíduos de alta periculosidade podem estar sendo devolvidos às ruas sem ter condições para tanto.

Para completar o soturno quadro, calha lembrança o fato de que o agravo em execução não tem previsão de efeito suspensivo. Logo, havendo necessidade de julgamento do mérito para eventual cassação do benefício concedido, podemos contabilizar, na melhor das hipóteses, alguns meses.

A fim de agregar efeito suspensivo ao agravo em execução, com o fito de cassar o benefício concedido, dois instrumentos têm sido utilizados, quais sejam: o mandado de segurança e a medida cautelar incidental.

O mandado de segurança tradicionalmente foi utilizado para agregar efeito suspensivo a recursos onde esta possibilidade está ausente, podendo-se citar o regime do agravo de instrumento cível antes das reformas processuais. Transposta esta finalidade para o processo penal, e no caso para implicar encarceramento do apenado, o mandado de segurança tem recebido resistência. Em relação a esta hipótese, traz-se à colação a título de exemplo, o julgamento do Mandado de Segurança nº 70019279124, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, onde se sufragou entendimento segundo o qual "ausente aparência de direito líquido e certo a ser preservado, eis que na esfera penal não se reconhece direito lesado ou ameaçado no caso de decisão judicial que concede benefícios ao réu" .

A medida cautelar ainda mais resistência enfrenta. A dificuldade maior é que o poder geral de cautela ex artigo 798 do CPC tem natureza civil. A respeito especificamente desta questão do óbice no manejo da cautelar inominada, pertinente citação do julgamento do Agravo Regimental nº 70014984520, no TJRS, cujo voto foi invocado como razão de decidir no julgamento da Medida Cautelar nº 70018433003, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, onde se lê:

"Esse artigo, que retrata o chamado poder geral de cautela do juiz, que o agravante entende aplicável ao processo penal, por força do art. 3º do CPP, tem caráter nitidamente civilista. É de difícil e remota aplicação no direito processual penal, mormente para agregar efeito suspensivo a recurso ordinário, que, por lei, não o tenha.

Verdade que, conforme antecedentes trazidos aos autos pelo Ministério Público agravante, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido ação cautelar inominada e concedido efeito suspensivo a Recurso Especial para suspender a execução do ato judicial impugnado, até o julgamento definitivo do recurso.

Penso, entretanto, que essa situação excepcionalíssima, como o próprio Superior Tribunal de Justiça tem acentuado, não tem aplicação na instância ordinária. Não há como admitir, sem grave prejuízo para o bom andamento do serviço de segundo grau, ação

cautelar inominada para dar efeito suspensivo a recursos ordinários, como a apelação, o recurso em sentido estrito e o agravo previsto na Lei de Execução Penal.

Por tais razões é que entendi, e continuo entendendo, incabível, por ausência de previsão legal, ação cautelar inominada para agregar efeito suspensivo a recursos ordinários, no âmbito do processo penal. O princípio geral de cautela do juiz não tem aplicação nesse campo, sob pena de subverter-se a ordem jurídica e de tornar inviável a prestação jurisdicional de segundo grau."

No mesmo diapasão, consignou-se no julgamento da Medida Cautelar nº 70018433367, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, que "o artigo 197 da LEP é claro ao estabelecer que das decisões proferidas pelo Juiz caberá agravo sem efeito suspensivo".

O grande problema é que na verdade os instrumentos em questão acabam por representar, em certa medida, um pré-julgamento do mérito recursal, através de técnica de sumarização cognitiva. No caso do mandado de segurança, em sentido horizontal. No caso da cautelar em sentido vertical. A envergadura dos direitos postos em apreciação no processo de execução penal não parece se coadunar com limitações oriundas de mecanismos estribados em técnicas de sumarização cognitiva, que, se estão presentes no processo penal (até mesmo para o fito de restringir liberdades fundamentais), é em situações específicas e excepcionais. Por outro lado, a inexistência de mecanismos de agregação de efeito e mesmo de antecipação de tutela recursal nos agravos em execução pode acarretar prejuízos sérios, que não podem ficar sem resposta.

Ponderados argumentos de um lado e de outro, o fato é que tais instrumentos continuam a ser manejados.

4- ELEMENTOS PARA EXAME

Conforme referi no tópico supra, a Lei nº 10.792/03 alterou diversos artigos da LEP. Interessa-nos mais de perto as alterações operadas no artigo 112 da LEP. Na redação anterior do dispositivo, era requisito da concessão da progressão de regime a apresentação de parecer pela Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, realizado pela EOC, quando fosse o caso. A nova redação dispensa estes instrumentos, contentando-se com o apenado "ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento."

No caso do Rio Grande do Sul, o Regulamento Disciplinar Carcerário, aprovado pela Portaria nº 014/04 da SJS-RS, estabelece, no artigo 15, que a manifestação da administração carcerária deverá conter manifestação formal, sucinta e individual de, pelo menos, três dos seguintes servidores com atuação no estabelecimento penal em que se encontrar recolhido o apenado: a) Presidente ou membro do Conselho Disciplinar; b) Responsável pela Atividade de Segurança e Disciplina; c) Responsável pela Atividade Laboral; d) Responsável pela Atividade de Ensino; e) Assistente Social, sendo que "se as características individuais do preso indicarem que a concessão do benefício pleiteado poderá gerar reflexos nocivos a ele ou à sociedade, o Diretor/Administrador poderá juntar ao documento referido no "caput" deste artigo, avaliação psicológica e/ou psiquiátrica como subsídio à decisão judicial. Nesta avaliação, poderão ser referidas a prognose de reincidência e grau de adesão do apenado ao Programa Individualizador previsto no artigo sexto da Lei 7.210/84, com as modificações inseridas pela Lei 10.792/03."

Já "nos casos de apenados por delitos hediondos, ou equiparados, tais como: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, ou com histórico de fugas, ou com envolvimento em formação de quadrilha, todos cujas penas sejam superiores a 10 anos, em regime fechado, ou ainda apenados condenados a penas superiores a 20 anos, independentemente do delito, em regime fechado, o atestado do Diretor/Administrador, haverá de ser homologado por Comissão da Secretaria da Justiça e da Segurança, presidida pelo Secretário, por maioria de votos."

A conformação conferida pela portaria ao menos amplia o conteúdo do relatório carcerário, fazendo com que seja mais do que um mero atestado de bom comportamento. Todavia, têm sido comuns decisões que consideram suficiente a mera atestação de comportamento suficiente.

Ora, com a devida venia daqueles que esposam semelhante posicionamento, não me parece que um mero atestado de conduta seja instrumento para aquilatar o mérito de concessão de progressão de regime. O comportamento do apenado reflete um conjunto de motivações que não estará necessariamente presente na situação do novo regime, especialmente quando considerada a progressão do regime fechado para o semi-aberto, pois este último já contempla benefícios como a saída temporária e o serviço externo, recolocando o apenado em contato com o meio social.

Deveras, o fato de o apenado comportar-se de forma satisfatória no cárcere, onde está sujeito a regras e condicionantes especiais, não significa que o fará fora dele.

A bem da verdade, análise alguma poderá asseverar, com precisão, se o apenado irá ou não reincidir ou se irá comportar-se de acordo com a lei. A rigor, a multiplicidade de motivações para o delito é virtualmente impossível de ser compilada e normalmente não é única. Assim sendo, não há como saber se os fatores de motivação ao delito, ou melhor, de não-motivação ao comportamento esperado, estarão ou não presentes no futuro. Esta constatação não invalida, porém, a necessidade de que sejam utilizados todos os mecanismos possíveis de aferição e análise, pois está em jogo a segurança social.

Felizmente, a jurisprudência do TJRS tem se inclinado a não abrir mão dos exames, ao menos nos casos de delitos hediondos e equiparados, considerando ser necessário que "o Magistrado apóie a concessão em elementos amplos como a avaliação social e psicológica, previstas no artigo 15 do RDP."

Sendo elaborados por profissionais habilitados, tais apontamentos fornecem valioso subsídio para análise não só do merecimento do apenado, como da prognose de delinquir. A título de curiosidade, dos processos de execução em relação aos quais tive contato após o julgamento do STF antes mencionado, somente três apresentaram prognose favorável. Nos demais, esmagadora maioria, múltiplos aspectos foram elencados de forma desfavorável ao apenado, Dentre muitos exemplos, podem ser citados a completa falta de consciência acerca do cometimento de uma infração, tendo o apenado "justificado" seu ato; a ausência de qualquer suporte familiar e a falta absoluta de perspectivas na vida fora do cárcere. Um dos apenados, em situação inusitada, ao ser entrevistado afirmou que acreditava que o trabalho "era perda de tempo". Como disse, o apenado, enquanto cidadão (e ele não perde esta condição), é livre para tomar como corretos os valores que bem lhe aprouver. Deve arcar, contudo, com as conseqüências de suas escolhas.

Se seus valores expressados não correspondem aos que a lei considera "corretos", abre ele ensanchas a que ilações sejam tomadas em linha de conta a partir da postura que assumiu, eventualmente em prejuízo seu.

No caso específico daquele que acredita ser o trabalho "perda de tempo", legitima concluir que não irá sequer procurar uma ocupação lícita. Como tem de prover seu sustento, e talvez de sua família, certamente irá buscar alternativas. Se estas se encontram fora do trabalho lícito, não é preciso muito raciocínio para concluir que, cedo ou tarde, irá se lançar, provavelmente, na senda do delito. A lógica indica isso.

Desta forma, o certo é que, estando em voga a defesa social (certos ou errados os valores jurídicos), deve o julgador valer-se de todos os mecanismos possíveis para concluir por uma prognose de comportamento do apenado. Se concede benefício com base apenas em atestado de conduta, sua decisão afigura-se temerária e deve ser corrigida.

5- SITUAÇÕES POSSÍVEIS

Com o advento da nova lei, algumas situações se tornam possíveis, demandando soluções diversas. A primeira delas contempla os apenados que sofreram condenação por fato anterior ao advento da nova lei. A solução a ser aplicada, a priori, parece bastante simples. Basta considerar o caráter da lei e as regras de direito intertemporal.

Neste caso, resta indubitável que a nova lei ostenta caráter de direito material, e, portanto, pode retroagir, na forma dos artigos 5º, inciso LX (contrario sensu) e 2º, parágrafo único, do CP. Ocorre que tem sido defendida uma exegese que torna o problema um tanto mais complexo.

Tal posicionamento parte da premissa de que a vedação (por inconstitucionalidade) do regime integral fechado, reconhecida pela jurisprudência a partir do leading case do STF, é que deve servir de paradigma para se aferir a maior gravosidade ou não da Lei nº 11.464/07.

A partir desta visão, todos os condenados por fatos anteriores à nova lei podem invocar o lapso de tempo de 1/6 par a progressão e não os 2/5 ou 3/5 da nova lei. Em síntese, deve ser contraposto ao texto da nova lei o entendimento jurisprudencial acerca da vedação (que dá pela inconstitucionalidade), antes minoritário e que acabou por prevalecer.

Ingressamos aqui na tormentosa questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Claro que aqui estamos abstraindo o fato de a decisão do STF ter sido tomada em controle difuso. Tivesse sido tomada em controle concentrado, duas alternativas seriam trazidas à lume. Considerada a tradicional doutrina da nulidade, todo e qualquer efeito da Lei nº 8.072/90 no tocante à vedação de progressão de regime deveria ser expungido do mundo jurídico, porque "quod nullus est, nullu effectu producit". Assim fosse, dúvida alguma haveria acerca do fato de que aos apenados anteriores à nova lei, deveria ser aplicado o lapso de 1/6, pois a nova lei seria mais gravosa. Considerada, por outro lado, a teoria da anulabilidade, ou seu contraponto, a teoria da presunção de validade

dos atos normativos, cujo corolário é a declaração com efeitos ex nunc, então a situação daqueles que foram condenados anteriormente à lei deveria considerar a vedação absoluta de progressão, o seja, a nova lei é mais favorável, e, portanto, aplicável.

Mas a decisão do STF foi tomada em controle difuso, o que implica dizer que não tem efeitos erga omnes. Ora, se a decisão não tem efeitos erga omnes, tollitur quaestio, valendo a situação legal anterior, ou seja, a vedação absoluta, de forma que a nova lei é mais benéfica, devendo ser aplicada. Sintetizando, para efeito de verificação de ser a lei nova mais benéfica ou não, deve ser tomada a situação legal anterior em face da nova, e não a interpretação jurisprudencial anterior (que era monoritária até o julgamento do STF) em contraponto do texto da nova lei.

A segunda situação tem em mira os apenados que tiveram concedida a progressão anteriormente à nova lei. Duas variantes podem ocorrer, conforme tenha ou não a decisão transitado em julgado. Se a decisão já havia transitado em julgado, obviamente que deve ser aplicada a fração de 1/6. Se não transitou, mais duas situações podem ocorrer. Na primeira, a decisão foi impugnada através de recurso ao qual não foi agregado efeito suspensivo. Na segunda, foi agregado efeito suspensivo ao agravo em execução por força de mandado de segurança ou medida cautelar (ver tópico supra).

Se o recurso de agravo em execução não teve concedido efeito suspensivo, deve ser tomada a situação materializada pela decisão, ou seja, o apenado teve concedida a progressão de regime antes da nova lei, e deve ter aplicado o patamar de 1/6. Se foi concedido efeito suspensivo, vale a situação anterior à concessão da decisão, ou seja, há a contraposição da vedação legal absoluta (e não do posicionamento jurisprudencial que declara inconstitucional a vedação) e a nova lei que permite a progressão com 2/5 e 3/5 ao apenado, sendo a nova lei, por mais benéfica, aplicável.

Na terceira situação, temos os condenados por fatos ocorridos após a nova lei. A estes se aplica a nova lei integralmente, seja por ser mais benéfica, seja pela circunstância de o fato ter sido cometido já sob sua égide.

6- CONCLUSÕES

A eficiência da execução penal é essencial para a consecução dos objetivos da ordem jurídica. Pensar em um direito penal sem pensar em uma execução penal tem o mesmo efeito de se pensar em um direito civil sem um processo de execução, ou seja, equivale a pensar em direitos pífios e caducos, que remanescem no campo meramente formal. Se o direito penal vale pela capacidade de intimidar, de impor um comportamento pela ameaça de sanção, a execução penal se marca exatamente como a realização concreta da sanção. Se ela não é efetiva, o direito penal não é efetivo.

De outro lado, devemos partir da premissa de que vivemos em plena liberdade, de forma que a restrição ao comportamento é exceção e somente se legitima quando em voga a proteção do direito subjetivo alheio, observada (sempre) a proporcionalidade. Portanto, falar-se em execução penal efetiva é, também, falar em um processo que resguarde os direitos e garantias fundamentais, cuja asseguuração e promoção é, em última análise, a função primordial do Estado.

Apesar disso, a execução penal é tratada como um mero adendo do processo penal, recebendo atenção, sobretudo, daqueles que com ela trabalham diretamente. Descara boa parte da comunidade jurídica que a fase de execução é palco de questões fundamentais.

Exemplo desta importância, podemos verificar especificamente na questão da concessão da progressão de regime nos delitos hediondos, a qual se tornou típico incidente de execução penal, com sérias repercussões sociais.

O julgamento de um precedente pelo STF deu margem a que houvesse uma completa mudança de paradigma, ainda que a decisão somente tivesse eficácia limitada. Isso sugere uma incontestável mudança no papel desempenhado pela jurisprudência em nosso Direito, implicando a adoção genérica e tácita do precedente vinculante, ao lado das hipóteses já previstas.

Ainda em relação ao mencionado precedente, a presença de julgamentos contra legem é uma possibilidade lógica em sistemas que contemplam o controle de constitucionalidade difuso. Mas devemos estar atentos para o fato de que nosso sistema jurídico é de Direito Positivado. Disso deflui que a lei apresenta presunção de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade, ostenta, neste contexto, caráter de excepcionalidade, e sua motivação deve advir de uma contrariedade clara ao texto constitucional.

A vedação de progressão de regime em delitos hediondos não se apresentava em afronta clara ao texto constitucional, pois mecanismos outros há que asseguram a individualização da pena durante a execução. A mudança observada na jurisprudência do STF criou, no entanto, uma séria dificuldade de coerência, que somente poderia ser contornada pela extensão da possibilidade de progressão a todos os apenados.

Isso foi feito através da Lei nº 11.464/07, a qual, porém, prevê como requisito objetivo de cumprimento de sanção frações diversas daquela prevista no artigo 112 da LEP.

Este mesmo preceptivo teve sua redação alterada, simplificando-se a exigência em relação aos requisitos subjetivos. No caso do Rio Grande do Sul, mesmo havendo determinação que amplia os elementos a serem carreados ao parecer da administração carcerária, tem havido decisões que se contentam com simples atestação de bom comportamento. Felizmente a jurisprudência do TJRS inclinou-se pela necessidade de uma análise mais aprofundada em especial nos delitos hediondos.

Tal linha de pensamento corretamente constata que, embora os exames e pareceres fornecidos conjuntamente com a atestação de comportamento jamais possam ser absolutamente precisos acerca de uma prognose em relação ao comportamento futuro do apenado (que é o que interessa), ao menos munem o julgador de mais um elemento de convicção, não sendo prudente, tendo em mira a necessidade de preservação da segurança social (garantismo social - proibição de proteção insuficiente), que se descure de elementos

de informação firmados por profissionais especializados e que somente podem ser refutados de forma fundamentada.

Com o advento da nova lei, que altera a redação da Lei nº 8.072/90, suprimindo o regime integral fechado, e feita a ressalva da necessidade de avaliação de mais do que mero atestado de comportamento carcerário, surgem as hipóteses nas quais a situação do apenado poderá ser enquadrada, tendo em linha de conta a época do fato ou a presença ou não de recurso.

Há porém, uma premissa sempre válida, materializada no fato de que o paradigma a ser considerado é o legal, de forma que, se o apenado não logrou obter por decisão judicial anteriormente à nova lei o direito de progressão, deve ser considerada, para efeito de aferição da maior ou menor gravosidade da nova lei (que tem natureza material preponderante), a vedação legal absoluta e não o entendimento jurisprudencial anterior que acabou por solidificar-se.

Mas o principal fator que em qualquer hipótese deve ser considerado é a necessidade de aferição da projeção de resultados das opções legislativas e jurisprudenciais na realidade social. O magistrado deve render-se à noção de justiça do seu tempo, à noção de justiça dos jurisdicionados, e não a convicções doutrinárias alicerçadas para outras realidades e cuja aplicação se mostre contraproducente. O legislador deve recordar que o poder do povo emana e em seu nome deve ser exercido. Em síntese, como sempre, a melhor solução jurídica se revela na soma da razão com o bom senso, permeada pela dimensão ética e pela busca de resultados práticos.

Notas:

1 - MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Introdução ao Controle de Constitucionalidade, Difuso e Concentrado, Revista Forense, Rio de Janeiro, 2007, v. 389, p. 145.

2 - MEZZOMO, Marcelo Colombelli, Jurisdição, Ação e Processo, in "Ações Constitucionais". Coordenador Alexandre Cruz, Editora Millennium, Campinas, São Paulo, 2007, p. 53.

3 - Introdução ao Controle de Constitucionalidade, Difuso e Concentrado, cit, p. 140-141.

4 - A democracia representativa se materializa na lei. O julgador não deve, contudo, ser escravo da lei. Deve, porém, buscar a inteligente interpretação de seu texto.

5 - Isso é um fato: se o Direito Penal está sendo aplicado e é a ultima ratio, então todos os outros mecanismos já foram aplicados e não surtiram efeito. Se chegamos a esta fase, é porque somente a sanção, a ameaça de tolher direito restou como mecanismos de convencimento. Esta simples síntese espelha a função d direito penal, sua principal função. Qualquer outra é secundária.

6 - Muito se tem dito que o aumento na criminalidade em muito se deve ao sensacionalismo da mídia. Esta conclusão tem um fundo de verdade, mas ainda que se abstraia este efeito potencializador, é inegável que a criminalidade ganha volume. Quem duvida, consulte as estatísticas policiais ou vá à vara criminal mais próxima e pergunte quantos processos havia há 10 anos.

7 - Ad exemplum, colhe-se no acervo pretoriano da Corte de Justiça Gaúcha o julgamento do mandado de segurança nº 70017908518, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Foerster, Julgado em 19/04/2007, em cuja ementa consta: "MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. EFEITO SUSPENSIVO EM AGRAVO EM EXECUÇÃO. Medida cautelar incidental conhecida como mandado de

segurança. Incabível acrescentar efeito suspensivo a agravo em execução (art. 197 da LEP), por falta de previsão legal. Denegado o mandamus".

8 - Julgado em 11/04/2007.

9 - Julgado em 28/03/2007. Na mesma esteira, Medida Cautelar nº 70017472747, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 30/10/2006, em cuja ementa consta: "De acordo com o art. 197 da LEP, constata-se não ser cabível a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de agravo, uma vez que a lei estabeleceu-lhe tão-só o efeito devolutivo ao recurso. Se a lei vigente não excepcionou situações nas quais poder-se-ia atribuir efeito suspensivo ao agravo previsto na LEP, não existe, em consequente, viabilidade jurídica para a ação intentada pelo órgão ministerial, razão pela qual não lhe pode ser dado seguimento."

10 - É o que se nota no julgamento do Mandado de Segurança nº 70015803331, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Moacir Aguiar Vieira, Julgado em 27/07/2006, em cuja ementa se lê: " O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado, reiteradamente, o entendimento de que o Ministério Público não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança almejando atribuir efeito suspensivo a recurso de agravo em execução, porquanto o órgão ministerial, em observância ao princípio constitucional do devido processo legal, não pode restringir o direito do acusado ou condenado além dos limites conferidos pela legislação, mormente se, nos termos do art. 197, da Lei de Execuções Criminais, o recurso de agravo em execução não possui efeito suspensivo."

11 - O projeto de Lei nº 292/07 prevê uma disciplina para o agravo em execução idêntica o agravo cível. Recebeu, recentemente, parecer favorável na CCJC da Câmara dos Deputados.

12 - Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 292/2007, que prevê, dentre outras modificações que aproximam a disciplina do agravo em execução do agravo do processo civil, a possibilidade de concessão de efeito suspensivo ou antecipação de tutela

recursal liminarmente, seja ela total ou parcial. Consigno que em dezembro de 2005 publiquei artigo intitulado "Os Recursos Penais e a Efetividade da Tutela Jurisdicional", onde escrevi: "Aqui vem outra sugestão, converter o recurso em sentido estrito em agravo criminal, que poderia ser estendido inclusive ao processo de execução. Enquanto no caso da apelação é justificável a aplicação do princípio da complementaridade, no recurso em sentido estrito ou agravo criminal, não há um motivo. Aliás, seria plenamente possível a aplicação do regime do agravo cível em termos de prazo e regras de processamento, com formação do instrumento pelo próprio recorrente e interposição direta junto ao tribunal. Não haveria necessidade de uma forma retida do recurso. Por outro lado, seria conveniente a possibilidade de flexibilização para permitir concessão de efeito suspensivo ou antecipação da tutela recursal, evitando-se a anômala utilização do mandado de segurança para este fim." MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Os recursos penais e a efetividade da tutela jurisdicional. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 903, 23 dez. 2005. Disponível em: . Acesso em: 30 jun. 2007.

13 - Redação conferida pela Portaria nº 42/04 da SJS-RS

14 - Agravo nº 70019191279, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 07/05/2007.

15 - A respeito dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade, ver o meu "Introdução ao Controle de Constitucionalidade, Difuso e Concentrado", Revista Forense, Rio de Janeiro, 2007, v. 389, também disponível no site <http://www.jus.com.br>.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria-RS. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: mcolombelli@zipmail.com.br

Disponível em:

< <https://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=37616> >

Acesso em.: 27 jun. 2007.