

Rogério Sanches Cunha



Lei de Execução Penal

para concursos



11^a | revista
edição | atualizada
ampliada

2022

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

EXECUÇÃO PENAL – LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984

▶ TÍTULO I – DO OBJETO E DA APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Introdução – Os comentários ao artigo inaugural da LEP nos obrigam a relembrar que a pena, no Brasil, é polifuncional, isto é, tem tríplice finalidade: **retributiva**, **preventiva** (geral e especial) e **reeducativa**. Explica Flávio Monteiro de Barros (Direito Penal – Parte Geral, Ed. Saraiva, p. 435):

- a) a prevenção geral (visa a sociedade) atua antes mesmo da prática de qualquer infração penal, pois a simples cominação da pena conscientiza a coletividade do valor que o direito atribui ao bem jurídico tutelado.
- b) a prevenção especial e o caráter retributivo atuam durante a imposição e execução da pena.
- c) finalmente, o caráter reeducativo atua somente na fase de execução. Nesse momento, o escopo é não apenas efetivar as disposições da sentença (concretizar a punição e prevenção), mas, sobretudo, a ressocialização do condenado, isto é, reeducá-lo para que, no futuro, possa reingressar ao convívio social.

O art. 6º da Resolução 113 do CNJ, em cumprimento ao artigo 1º da Lei nº 7.210/84, determina: “o juízo da execução deverá, dentre as ações voltadas à integração social do condenado e do internado, e para que tenham acesso aos serviços sociais disponíveis, diligenciar para que sejam expedidos seus documentos pessoais, dentre os quais o CPF, que pode ser expedido de ofício, com base no artigo 11, V, da Instrução Normativa RFB nº 864, de 25 de julho de 2008”.

A LEP também será aplicada (no que couber) às hipóteses de sentença absolutória imprópria (execução das medidas de segurança). Não se aplica, porém, nos casos de medidas socioeducativas (resposta estatal aos atos infracionais), regradas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA e Lei 12.594/12).

Penas (LEP)	Medida de segurança (LEP)	Medida socioeducativa (ECA e Lei 12.594/12)
Em abstrato: prevenção geral (positiva e negativa)	Essencialmente preventiva.	Responsabilização do adolescente.

Penas (LEP)	Medida de segurança (LEP)	Medida socioeducativa (ECA e Lei 12.594/12)
Em concreto: Prevenção especial + retribuição	Não se nega, porém, seu caráter penoso, em especial na de natureza detentiva	Integração social do adolescente + garantia de seus direitos individuais e sociais
Em execução: Concretização dos objetivos da sentença + ressocialização	Doença curável: objetiva a cura; Doença incurável: deixá-lo apto a conviver em sociedade	Desaprovação da conduta social.
Pressupõe fato típico, ilícito, praticado por agente culpável	Pressupõe fato típico, ilícito, praticado por agente não imputável, porém perigoso (periculosidade)	Pressupõe fato típico, ilícito praticado por adolescente (jamais criança) em conflito com a Lei.

Princípios orientadores da execução penal:

- a) **Legalidade** – Na exposição de motivos da LEP, o item 19 esclarece que “o princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal.” Em vários dispositivos da LEP a legalidade é anunciada. O art. 3º, por exemplo: “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.
- b) **Igualdade** – “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política” (art. 3º, parágrafo único, LEP). Assegura que na execução da pena não serão concedidas restrições ou privilégios de modo indiscriminado, por origem social, política, de raça, cor, sexo etc.
- c) **Individualização da pena – A Constituição Federal, no art. 5º, XLVIII**, aduz que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.” Somado a isso, “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal” (art. 5º da LEP). Em síntese, a pena será individualizada conforme a personalidade e antecedentes do agente, bem como o tipo de delito por ele praticado (item 26 da Exposição de Motivos da LEP). A individualização é sustentada, ainda, pelo programa progressivo de cumprimento da pena, que prevê descontos no tempo de pena baseados no comportamento, na participação em atividades laborais e educativas, etc.
- d) **Princípio da jurisdicionalidade** – A criação de um juízo especializado no cumprimento de pena e a inclusão de novos atores, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, na relação executiva tiveram como objetivo suprir o “hiato de legalidade” em que se encontrava a execução da pena antes da LEP (Exposição de Motivos, item 89). O processo de execução será conduzido por um juiz de direito, como estabelecido no art. 2º: “A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”. A natureza jurisdicional da execução se extrai, ainda, da simples leitura do art. 194: “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”.

ATENÇÃO: A lei reserva à autoridade administrativa a decisão sobre pontos secundários da execução da pena, tais como: horário de sol, cela do preso, alimentação etc. Mesmo nesses casos, resguarda-se sempre o acesso do prejudicado ao judiciário.

- e) **Outros dispositivos constitucionais relevantes na aplicação da LEP, relacionados com a humanidade da pena: artigo 1º, inciso III – dignidade da pessoa humana;** artigo 5º, incisos “XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (princípio da intranscendência da pena); “XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”; “XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”; “XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; “L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

ATENÇÃO: O Supremo Tribunal Federal decidiu que é lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. O (des)respeito aos princípios que regem a execução penal é tema recorrente nos Superiores Tribunais. Ganhou especial destaque recente decisão do STF (ADPF 347) onde os ministros entenderam ter configurado o chamado “estado de coisas inconstitucional” no sistema penitenciário brasileiro. Denominado pela Corte Constitucional da Colômbia, o “estado de coisas inconstitucional” ocorre quando presente violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.

Abuso de autoridade – pune-se no art. 9º, *caput*, da Lei 13.869/19, *decretar* medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais. O núcleo *decretar* certamente vai despertar divergência. Já conseguimos antever corrente defendendo que alcançará somente ato do juiz. Ousamos, desde logo, discordar. Para nós, o verbo nuclear tem o sentido de determinar, decidir, ordenar, não se restringindo à autoridade judiciária. Quisesse o legislador restringir, teria feito o que fez no parágrafo único, expressamente dirigido aos membros do Poder Judiciário. *Medidas de privação de liberdade*, por sua vez, são todas aquelas, penais e extrapenais, que imponham qualquer limitação ao direito de liberdade das pessoas, que só podem ser levadas a efeito nas hipóteses legais.

1. ENUNCIADOS DE SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA

▶ STF – Súmula vinculante nº 35

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

2. INFORMATIVOS DE JURISPRUDÊNCIA

► **STF – 794 – Obras emergenciais em presídios: reserva do possível e separação de poderes – 1**

É lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da CF, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (STF – RE n. 592581-RS, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 13.8.2015).

► **STF – 798 – Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental.**

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. O Plenário anotou que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que criara o Funpen, teriam sido transgredidas. Em relação ao Funpen, os recursos estariam sendo contingenciados pela União, o que impediria a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuiria para o agravamento do quadro. Destacou que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. O Poder Judiciário também seria responsável, já que aproximadamente 41% dos presos estariam sob custódia provisória e pesquisas demonstrariam que, quando julgados, a maioria alcançaria a absolvição ou a condenação a penas alternativas. Ademais, a manutenção de elevado número de presos para além do tempo de pena fixado evidenciaria a inadequada assistência judiciária. A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Todavia, não se autorizaria o STF a substituir-se ao Legislativo e ao Executivo na consecução de tarefas próprias. O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Deveria agir em diálogo com os

outros poderes e com a sociedade. Não lhe incumbira, no entanto, definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados. Em vez de desprezar as capacidades institucionais dos outros poderes, deveria coordená-las, a fim de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente. Não se trataria de substituição aos demais poderes, e sim de oferecimento de incentivos, parâmetros e objetivos indispensáveis à atuação de cada qual, deixando-lhes o estabelecimento das minúcias para se alcançar o equilíbrio entre respostas efetivas às violações de direitos e as limitações institucionais reveladas. (STF – ADPF 347 nºMC-DF, Rel. Marco Aurélio, 9.9.2015).

▶ **STF – 640 – “Habeas corpus” e direito de detento a visitas**

É cabível “habeas corpus” para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito. Esse o entendimento da Turma ao deferir “habeas corpus” para assegurar a detento em estabelecimento prisional o direito de receber visitas de seus filhos e enteados (HC nº 107701, Rel. Gilmar Mendes, j. 13.9.2011).

▶ **STJ – “Habeas corpus” e direito de detento a visitas**

Não se presta o remédio constitucional do habeas corpus à discussão acerca do direito de visitas íntimas do apenado, pois, neste caso, o que se procura proteger é o direito à intimidade da pessoa humana, sua integridade física e moral, e não seu direito de ir e vir (locomoção).(STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 425.115/RN, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, julgado em 15/03/2018)

3. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (Defensoria Pública – SP – 2013 – FCC) Sobre a relação entre o sistema penal brasileiro contemporâneo e a Constituição Federal, é correto afirmar que:

- o princípio constitucional da humanidade das penas encontra ampla efetividade no Brasil, diante da adequação concreta das condições de aprisionamento aos tratados internacionais de direitos humanos.
- o princípio constitucional da legalidade restringe-se à tipificação de condutas como crimes, não abrangendo as faltas disciplinares em execução penal.
- o estereótipo do criminoso não contribui para o processo de criminalização, pois violaria o princípio constitucional da não discriminação.
- a seletividade do sistema penal brasileiro, por ser um problema conjuntural, poderia ser resolvida com a aplicação do princípio da igualdade nas ações policiais.
- o princípio constitucional da intranscendência da pena não é capaz de impedir a estigmatização e práticas violadoras de direitos humanos de familiares de pessoas presas.

02. (Agente Penitenciário – CESPE – 2009 – SEJUS-ES) Em relação à Lei de Execução Penal (LEP), julgue o item a seguir.

O objetivo da execução penal é efetivar as disposições de decisão criminal condenatória, ainda que não definitiva, de forma a proporcionar condições para a integração social do condenado, do internado e do menor infrator.

GAB	1	E	2	ERRADO
-----	---	---	---	--------

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Jurisdição – Todo condenado ficará sujeito à jurisdição comum, isto é, jurisdição ordinária (federal ou estadual).

ATENÇÃO: Compete ao Juízo das Execuções penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual (STJ – súmula 192), e, no mesmo espírito, ao juiz federal da execução criminal compete a execução da pena dos condenados que estiverem cumprindo pena em presídios federais, mesmo que condenados pela Justiça Estadual, Militar ou Eleitoral (art. 4º, parágrafo 1º e art. 6º da Lei 11.671/08).

A edição da LEP representou, em 1984, “um dos marcos iniciais do Estado Democrático de Direito” (Luiz Guilherme Mendes de Paiva, “Diagnostico da Política Criminal Brasileira (1984-2009), FGV Direito SP, 2016, p. 86) ao reconhecer a pessoa presa como sujeito de direitos; priorizar o caráter educativo e reabilitador do cumprimento da pena; criar órgãos administrativos especializados e assegurar o controle jurisdicional de legalidade sobre a pena.

O presente dispositivo anuncia o princípio da legalidade na execução penal: a execução das sanções penais “não pode ficar submetida ao poder de arbítrio do diretor, dos funcionários e dos carcereiros das instituições penitenciárias, como se a intervenção do juiz, do Ministério Público e de outros órgãos fosse algo de alheio aos costumes e aos hábitos do estabelecimento” (René Ariel Dotti, “Problemas atuais da execução penal”. RT 563/286).

A Lei 7.210/84, por ser especial, atua como norma primária, ficando a aplicação das regras do CPP na dependência de lacuna na Lei de Execução Penal.

Preso provisório – Por força do art. 2º, parágrafo único, a LEP aplica-se também ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária (impedindo, assim, tratamento discriminatório de presos ou internados submetidos a jurisdições diversas).

Os presos que estiverem recolhidos em estabelecimento penal militar, devido à omissão da Lei castrense, também serão submetidos aos preceitos desta Lei. Nesse sentido: STF, HC 104174 / RJ – RIO DE JANEIRO, julgado em 29/03/2011 e STJ, HC 215.765-RS, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 8/11/2011.

Logo, sabendo que estão assegurados aos presos cautelares (prisão temporária e preventiva, abrangendo, por óbvio, os condenados provisórios) os mesmos direitos dos condenados definitivos (no que couber), conclui-se ser possível execução penal provisória (ou melhor, antecipação de benefícios de execução penal) na hipótese de condenado em 1º grau, **preso**, aguardando julgamento do seu recurso. Nesse sentido, temos não apenas as Súmulas 716 e 717, ambas do STF, mas, em especial, a Resolução 113 do CNJ, que disciplina o procedimento.

Explica Renato Marcão:

“A execução provisória [antecipação de benefícios] pressupõe, nesses termos, o encarceramento cautelar decorrente da prisão preventiva e a existência de sentença penal condenatória, sem trânsito em julgado definitivo. Assim, não havendo recurso do Ministério Público, do assistente de acusação ou do querelante, restando somente o da defesa, a execução pode ser iniciada em caráter provisório” (Curso de Execução Penal, Ed. Saraiva, p. 37).

Execução provisória da pena após julgamento em 2º. Grau – Percebam que a hipótese acima trabalha com o condenado em 1º. grau que se encontra preso. E no caso do réu condenado em 2º grau, mas que aguarda **solto** o julgamento de

recursos constitucionais (especial e extraordinário)? A possibilidade de execução da pena após a decisão do recurso em segunda instância foi inicialmente estabelecida pelo STF no julgamento do habeas corpus 126.292, em 17 de fevereiro de 2016. À época, o tribunal modificou orientação firmada em 2009, quando, ao julgar o habeas corpus 84.078, havia considerado impossível que se executasse a pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e estabeleceu a possibilidade de encarceramento apenas se verificada a necessidade de que isso ocorresse por meio de cautelar (prisão preventiva).

A decisão proferida em 2016 provocou muita controvérsia e suscitou debates a respeito da constitucionalidade da execução da pena antes de percorrida toda a cadeia recursal. O argumento central dos que advogam a tese de que a pena não pode ser executada até que a sentença condenatória se torne definitiva se baseia no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tão grande foi a celeuma que, no mesmo ano, foram ajuizadas duas ações declaratórias de constitucionalidade (43 e 44), nas quais se pretendia a declaração de plena vigência e compatibilidade constitucional do art. 283 do CPP, que dispõe: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Pretendia-se, com isso, evitar os efeitos da decisão tomada no habeas corpus já citado, ou seja, que a prisão se tornasse possível após o julgamento de recursos em segunda instância.

À época, o pleno do STF indeferiu medida cautelar para que fossem suspensas execuções antecipadas em curso e para que fossem impedidas novas execuções enquanto não julgado o mérito das ações constitucionais. Considerou-se, basicamente, que a presunção de inocência tem sentido dinâmico, modificando-se conforme se avança a marcha processual. Dessa forma, se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e probatórias. Portanto, uma vez que o tribunal (TJ/TRF) tenha considerado bem provados o fato e suas circunstâncias, os recursos constitucionais não abordarão esses aspectos, pois estarão adstritos aos limites que lhe são impostos constitucional e legalmente. O acórdão foi publicado nos seguintes termos:

“1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese segundo a qual “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir

efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida”.

Em abril de 2018, nova ação declaratória de constitucionalidade (54) foi ajuizada com o mesmo propósito das anteriores. Em dezembro do mesmo ano, o ministro Marco Aurélio (relator) chegou a deferir liminar para suspender as execuções penais em curso, mas a decisão foi imediatamente suspensa pelo presidente da Corte.

Quando do julgamento do mérito das três ações, o tribunal, contrariando a tendência que se desenhava desde 2016, decidiu que a pena só pode ser executada após esgotados todos os recursos, marco do trânsito em julgado.

Na qualidade de relator de todas as ações, o ministro Marco Aurélio foi o primeiro a votar para julgar procedentes os pedidos e, conseqüentemente, declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a conseqüente proibição de que penas sejam executadas antes do julgamento dos recursos (trânsito em julgado da sentença condenatória). De acordo com o ministro, o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, é claro e não deixa margem para dúvidas a respeito da necessidade da condenação definitiva.

Abrindo a divergência, o ministro Alexandre de Moraes votou pela possibilidade de que a pena seja executada após o julgamento dos recursos em segunda instância. O argumento é basicamente o mesmo que fundamentou o indeferimento da cautelar em 2016: observado o devido processo legal, a decisão condenatória em segunda instância afasta o princípio da presunção de inocência e abre o caminho para a execução da pena. Para o ministro Alexandre, é necessário dar efetividade às decisões das instâncias ordinárias, competentes para o exame dos fatos e das provas, decisões estas que, em caso de ilegalidade ou inconstitucionalidade, podem ser atacadas por meio de habeas corpus ou medida cautelar para que se aguarde o pronunciamento dos tribunais superiores em recursos de índole extraordinária.

Na mesma linha seguiu o ministro Edson Fachin, para quem a execução antecipada da pena é legítima a não ser que se confira efeito suspensivo ao recurso cabível contra a decisão de segunda instância. É inviável, no seu entendimento, impor que se aguarde a prisão até que “o último recurso da última corte constitucional tenha sido examinado”.

Também alinhado a decisões anteriores, o ministro Luís Roberto Barroso acompanhou a divergência e ressaltou que o requisito para a imposição de prisão não é o trânsito em julgado, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial. Não se confunde, portanto, o inciso LVII do art. 5º, segundo o qual não é possível considerar alguém culpado até o trânsito em julgado, com o inciso LXI, que trata da garantia de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. Condicionar

a execução da pena ao trânsito em julgado serve apenas para incentivar a interposição de recursos protelatórios e contribui para a promoção da impunidade.

A ministra Rosa Weber, por sua vez, votou pela procedência das ações e, portanto, pela proibição da execução penal prévia ao trânsito em julgado. Após destacar que, até este momento, aderiu às decisões anteriormente proferidas pelo tribunal em respeito ao princípio da colegialidade, afirmou que o julgamento de mérito das ações constitucionais é o momento adequado para fazer valer sua interpretação de que a Constituição Federal garante a presunção de inocência até que a sentença condenatória tome caráter definitivo. A ministra ressaltou como um ponto capital, no seu entender, a diferença entre a prisão de natureza cautelar e a prisão com propósito punitivo, que só pode ser imposta quando formada definitivamente a culpa; qualquer prisão antes disso só pode ser decretada se presentes as circunstâncias características da cautelar.

O ministro Luiz Fux manteve sua orientação e divergiu do relator. Enxerga como viável a execução antecipada da pena. Mencionou diversos exemplos de graves crimes cujos autores estariam soltos se se exigisse o trânsito em julgado, não parecendo razoável impor limitação tão severa à imposição da consequência penal. A presunção de inocência não tem relação com a possibilidade de execução da pena após o pronunciamento de segunda instância, mas decorre do fato de que outrora cabia ao réu provar sua inocência, o que atualmente não ocorre, tendo em vista que o ônus recai na acusação. Isto quer dizer que até o trânsito em julgado o réu tem a possibilidade de contestar a acusação. Mas trata-se de uma presunção que admite prova em contrário, e à medida em que o processo tramita ocorre uma mitigação da mesma presunção. Esgotadas as instâncias ordinárias, há declaração de que o réu é culpado e sua prisão é necessária, seguindo-se, com isso, outras regras que relativizam a necessidade do trânsito em julgado, como a Lei Complementar 135/10 (“Lei da Ficha Limpa”). Concluiu destacando que a modificação da jurisprudência do tribunal é injustificável e prejudicial à segurança jurídica.

Votando em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski manteve o tom de suas decisões anteriores sobre o tema, ou seja, considerou inconstitucional a execução antecipada da pena. Para o ministro, hão de ser consideradas as circunstâncias do sistema judiciário brasileiro, extremamente congestionado e disfuncional, com metas de produtividade cada vez mais severas, em que a possibilidade de erros na primeira e na segunda instâncias se multiplica. Nestas circunstâncias, a presunção de inocência como óbice à execução antecipada da pena serve como garantia de que inocentes não sejam submetidos a penas ilegítimas. Ainda segundo o ministro, a execução antecipada é um retrocesso que contraria frontalmente a vontade do legislador constituinte originário no sentido de que não é possível restringir a liberdade pela aplicação da pena antes da formação cabal da culpa.

A ministra Cármen Lúcia manteve seu convencimento já exposto nos julgamentos anteriores. Segundo a ministra, a disposição constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser lida em conjunto com outros dispositivos, como o inciso LXI do art. 5º, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Isto revela que pode haver prisão independentemente do trânsito em julgado, bastando a obediência ao devido processo legal, que se cumpre com o esgotamento da matéria de fato nas instâncias ordinárias. Exigir o trânsito em julgado para a execução da pena desvirtua a ordem processual na medida em que confere a recursos de índole extraordinária um efeito suspensivo que não lhes é característico, embora seja possível, excepcionalmente,

quando presente alguma justificativa, o que, aliás, afasta alegações de que direitos fundamentais seriam necessariamente ofendidos com a execução antecipada. A ministra fez, ainda, referência à necessidade de segurança jurídica e de efetividade do Direito Penal, que, no caso, se afirmam pela certeza da aplicação da pena e pela imposição de limites para que alguns indivíduos não se valham do intrincado e sofisticado sistema recursal para adiar indefinidamente as consequências de seus atos criminosos.

O ministro Gilmar Mendes modificou sua orientação – como, aliás, já vinha sinalizando – para considerar inconstitucional a execução antecipada da pena. O ministro iniciou sua explanação elencando situações em que o tribunal modificou sua própria orientação a respeito de questões de fundamental importância, bem como mencionou situações não menos relevantes em que o tribunal foi obrigado a decidir sobre a recepção de normas anteriores à atual ordem constitucional. O ministro seguiu seu voto afirmando que desde os primeiros debates sobre a matéria demonstrou sua inquietação a respeito da determinação automática de execuções penais após o julgamento em segunda instância, sem a devida individualização frente aos casos concretos. Na sua aceção, mudanças nos contextos normativo e fático subjacentes ao debate fizeram com que sua posição evoluísse diante da necessidade de proteção real do princípio da presunção de inocência. O que o tribunal admitiu nos julgamentos anteriores foi a possibilidade de que a pena fosse executada após a decisão de segunda instância, mas não a obrigatoriedade de que isso fosse feito. A imposição indiscriminada da execução antecipada e a decretação de prisões preventivas que, na sua visão, assumiam caráter permanente e eram decretadas sem fundamentação concreta fizeram com que se enfraquecesse sua esperança de que os tribunais de segunda instância seriam capazes de evitar abusos. Considerou, portanto, impossível a execução da pena até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O ministro Celso de Mello também votou pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Iniciou afirmando que não se há de confundir o princípio da presunção de inocência com óbice às atividades investigativas e jurisdicionais contra a prática de crimes. O princípio revela uma garantia de todos os cidadãos contra a arbitrariedade e não impõe nenhuma barreira à punição decorrente do devido processo legal. Após ressaltar os efeitos nefastos da dominação da atividade política pelos atos de corrupção amplamente divulgados nos últimos anos, destacou que todos os ministros da corte, independentemente de sua orientação a respeito da necessidade do trânsito em julgado, são comprometidos com a repressão da prática da corrupção governamental e com a efetividade da justiça penal. A respeito especificamente do mérito das ações, o ministro assentou que o princípio da presunção de inocência impede que o poder público trate o réu como culpado até que a decisão condenatória se torne definitiva, e certamente a execução da pena tem como pressuposto a formação da culpa. Apontou ainda que não é possível relacionar a execução antecipada da pena a uma forma de evitar a impunidade em virtude da interposição de recursos de natureza extraordinária, destacando que restringir o trâmite desses recursos não é um problema a ser resolvido pelo Judiciário, mas pelo Legislativo, que pode limitar as possibilidades recursais. Também afirmou que o fato de impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado não significa que ninguém pode ser preso, pois há situações que, em plena consonância com a ordem constitucional, autorizam as prisões cautelares, bastando que se cumpram os requisitos característicos desses meios restritivos de liberdade. Por isso, votou pela procedência das ações para considerar inconstitucional a execução da pena após a condenação na segunda instância.

Finalmente, o ministro Dias Toffoli modificou sua orientação anterior para votar pela procedência das ações e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Segundo o ministro, a redação do art. 283 do CPP é clara ao dispor que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. O dispositivo, considerado compatível com a Constituição Federal, não trata de considerar alguém culpado somente após o trânsito em julgado, mas, sim, estabelece limites à própria prisão, que só pode ser imposta em flagrante delito, em prisão cautelar ou em decorrência de sentença condenatória definitiva. Isto, segundo os termos do voto, revela que a vontade do legislador, que impôs esta redação ao art. 283 em 2012, é de que a execução da pena se torne possível apenas com a formação definitiva da responsabilidade penal.

Com a decisão, portanto, voltamos à situação em que estávamos até o julgamento do *habeas corpus* 126.292: a prisão para execução da pena só pode ser determinada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Qualquer prisão antes disso deve ser fundamentada, inicialmente, no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; ou ainda em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. A isto se deve somar o disposto no art. 313, segundo o qual a prisão preventiva é cabível: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; se o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Em resumo:

- a) réu preso provisoriamente sem condenação: aplica-se a LEP no que couber (em especial, para assegurar-lhe direitos e impor deveres de comportamento).
- b) réu preso, condenado em 1º. grau, mas aguarda julgamento de recurso em 2ª instância: aplica-se a LEP para antecipar benefícios (como progressão de regime etc).

ATENÇÃO – Nos termos da Súmula 716 do STF, admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

- c) réu solto, condenado em 1º. grau, mas a pena ainda não foi confirmada pelo Tribunal: não se aplica a LEP.
- d) réu solto, condenado em 2º. grau, mas aguarda julgamento de recursos constitucionais: a condenação em segundo grau não autoriza, por si só, a prisão.

ATENÇÃO – A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou o art. 492, inc. I, e, do CPP, admitindo a execução provisória da pena no júri quando a condenação for igual ou superior a quinze anos de reclusão. Não se trata, contudo, de uma regra absoluta, pois o § 3º do mesmo artigo admite que o juiz deixe de ordenar a execução imediata se houver questão substancial cuja resolução

possa plausivelmente levar à revisão da condenação pelo tribunal ao qual competir o julgamento do recurso. Aliás, em regra a apelação contra a decisão dos jurados não tem efeito suspensivo (§ 4º), a não ser que se verifique, cumulativamente, que o recurso não tem propósito meramente protelatório e que levanta questão substancial capaz de provocar absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a quinze anos de reclusão (§ 5º).

Acordo de não persecução penal (art. 28-A CPP) – A Lei 13.964/19 positivou no CPP o acordo de não persecução (art. 28-A), já previsto na Res. 181/17 do CNMP. A Resolução, contudo, teve, em pouco tempo de vigência, sua constitucionalidade questionada pela AMB (ADI 5790) e pela OAB (ADI 5793). Em resumo, a AMB se insurgiu “Porque a despeito de agora haver a submissão ao Poder Judiciário do acordo firmado, é inegável que diante da inexistência de lei dispendo sobre ela, resultará uma insegurança jurídica sem tamanho, diante da possibilidade de magistrados recusarem ou aceitarem esses acordos, com base exclusivamente no fato de a Resolução não poder dispor sobre a matéria sem prévia previsão legal”. No mesmo sentido a OAB: “O texto fere os princípios de reserva legal, segurança jurídica, extrapolando também o poder regulamentar conferido ao CNMP”. A violação da reserva legal, como se percebe, era o grande motivo de irrisignação dos críticos. Agora, com a introdução do instituto no CPP, a crítica desaparece.

Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

São pressupostos cumulativos do acordo, todos previstos, mesmo que implicitamente, no *caput*:

- a) existência de procedimento investigatório.
- b) não ser o caso de arquivamento dos autos.
- c) cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.
- d) o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática do crime.

Como já alertado acima, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. As condições do acordo, ajustadas cumulativa ou alternativamente, estão estampadas nos incisos que acompanham o *caput* do art. 28-A:

- I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo.
- II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.
- III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em

local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Percebam que nos incisos III e IV temos condições inspiradas em sanções alternativas tradicionalmente utilizadas pelo juiz criminal para evitar pena de prisão. Deve ser alertado, contudo, que a natureza dos incisos é de condição para o ANPP, isto é, cláusula que estabelece realização de uma situação ou de uma ação, para que ocorra o negócio jurídico. Não se trata de sanção penal. Tanto que, se descumprida a condição ajustada, não pode o Ministério Público executá-la, mas oferecer denúncia e perseguir a devida condenação.

Diante desse quadro, fica fácil perceber o equívoco do legislador ao determinar que a concretização do acordo se dê no juízo das execuções penais. Erro crasso. Na VEC executa-se sanção penal. No ANPP não temos sanção penal imposta (e nem poderia, pois impede o devido processo legal). A sua execução deveria ficar a cargo do Ministério Público (como determina a Res. 181/17) ou do juízo do conhecimento.

1. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (Defensor Público – MA – 2015 – FCC) A autonomia da execução penal implica a compreensão de que

- a) há uma feição jurisdicional da execução da pena e plenitude das garantias constitucionais penais e processuais penais.
- b) há um caráter misto de regras administrativas e jurisdicionais e aplicação mitigada das regras constitucionais.
- c) os incidentes de execução são impulsionados somente pela defesa técnica. (D) há distinção das atividades da administração penitenciária e da função jurisdicional ressalvado o procedimento administrativo que apura falta.
- e) o título executivo delimita o alcance e os limites da execução em processo em que não há alteração fática.

02. (Procurador da República – MPF – 2014) ASSINALE A ALTERNATIVA CORRETA:

- a) Não obstante evidente conexão entre crimes de competência da Justiça Federal e contravenções penais, compete à Justiça Estadual julgar acusado da contravenção penal, devendo haver desmembramento da persecução penal;
- b) Pessoa condenada na Justiça Estadual é transferida de presídio estadual para presídio federal. A competência para a execução penal permanece na Justiça Estadual;
- c) A competência para julgamento de crimes ambientais é, em regra, da Justiça Federal, com exceção daqueles cometidos em terras indígenas;
- d) Segundo a Lei nº 9.613/98, os crimes de lavagem de capitais não têm persecução penal na Justiça Estadual.

03. (IDECAN/2017 – SEJUC-RN – Agente Penitenciário) Segundo a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, é INCORRETO afirmar que:

- a) O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.
- b) A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.
- c) A Lei de Execuções Penais não aplicar-se-á ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.
- d) Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

GAB	1	A	2	A	3	C
-----	---	---	---	---	---	---

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Direitos do executado – Embora todos os direitos dos condenados e dos internados continuem assegurados (art. 5º, inciso XLIX e art. 38 do CP) alguns deles, obviamente, sofrem restrições após a sentença penal condenatória, como por exemplo, a perda temporária da liberdade.

Suspensão dos direitos políticos – Questão interessante, no entanto, diz respeito à suspensão dos direitos políticos, conforme estabelece a CF (art. 15): “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

Prevalece que a condenação definitiva, não importando crime, quantidade ou tipo de pena, suspende a capacidade ativa do reeducando enquanto durarem os seus efeitos. Nesse sentido, aliás, o art. 18 da Resolução 113 do CNJ: “O juiz do processo de conhecimento expedirá ofícios ao Tribunal Regional Eleitoral com jurisdição sobre o domicílio eleitoral do apenado para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal”.

Entretanto, o STF admitiu que “possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos, versada no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos” (RE 601182 RG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, j 03/03/2011). De acordo com o voto (vencido) do Ministro relator Marco Aurélio, não seria possível conferir ao dispositivo constante no art. 15, III, da CF/88, alcance irrestrito, isto é, aplicá-lo a qualquer título condenatório que não verse sobre a liberdade de ir e vir, como é o caso da pena restritiva de direitos, especialmente quando em questão o exercício da cidadania. Todavia, por maioria de votos, firmou-se a seguinte tese proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes em maio de 2019: “A suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos”. Segundo o Ministro, “a pena substituída, nesta hipótese, não tem o condão de descaracterizar o decreto condenatório, haja vista que qualquer condenação criminal, seja ela privativa de liberdade ou restritivas de direitos, suspenderá os direitos políticos”.

Quanto ao preso provisório, em prestígio ao princípio da presunção de inocência (ou de não culpa), poderá este votar e ser votado, devendo o Estado adotar as medidas cabíveis para que sejam instaladas seções nos estabelecimentos coletivos (Lei 4737/65, art. 136). Impedir todo e qualquer condenado provisório de exercer seus direitos políticos não fere apenas os seus direitos, mas também o direito da população a ter eleições livres. Tanto é que em julho de 2016 a Bulgária foi condenada pela Corte Europeia de Direitos Humanos por ter impedido todo condenado preso de votar. Porém, embora seja esse o entendimento da Corte, o Reino Unido, em junho de 2016, desrespeitou (pela segunda vez) a jurisprudência e não deixou nenhum preso votar.

Duração da suspensão – A suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou extinção da pena, independentemente de reparação de danos ou reabilitação. Este é o teor da Súmula 9 do TSE.

ATENÇÃO: Nos termos da Lei Complementar 135/10, são inelegíveis os que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa (Lei 12.850/13) ou quadrilha ou bando (associação criminosa, art. 288 do CP). No que diz respeito ao crime de racismo, o STF a ele equiparou o crime de injúria racial (preconceito envolvendo raça, cor, etnia, religião e origem). Já se discute se essa forma de crime contra a honra se insere no rol dos crimes anunciados pela lei de inelegibilidades.

Outros direitos – Inúmeras questões envolvendo direitos do preso pululam diariamente nos tribunais brasileiros e estrangeiros. A obrigatoriedade de raspar a barba ao entrar no estabelecimento penal, por exemplo, gera discussões que extrapolam nosso território. Juízes brasileiros entendem que raspar a barba não somente é legal como recomendável por motivos de higiene. Sobre a questão, uma das Câmaras da Corte Europeia de Direitos Humanos, em junho de 2016, atendeu ao apelo de um condenado na Lituânia e considerou arbitrário proibir um preso de deixar a barba crescer, pois não há motivos razoáveis que justifiquem tamanha interferência na individualidade das pessoas. Já nos Estados Unidos, um departamento penitenciário foi processado por ter cortado repetidamente as tranças (*dreadlocks*) de um detento, adepto da religião Rastafari, sob o argumento de que o corte das tranças fere os direitos civis e a liberdade religiosa. No mesmo sentido, a Suprema Corte norteamericana decidiu que detentos adeptos ao islamismo têm direito, no âmbito do exercício livre da sua religião, a deixar a barba crescer.

Por fim, o parágrafo único do artigo em comento reforça preceitos garantidos constitucionalmente: art. 3º, IV, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLII, todos da Carta Magna.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Ressocialização e a participação da comunidade – A aproximação entre cárcere e sociedade civil é medida recomendada mundialmente, especialmente diante das graves e persistentes violações de direitos humanos ocorridas nas prisões brasileiras. É de suma importância a cooperação da comunidade no que toca a execução da sanção penal (pena e medida de segurança), ressaltada inclusive no artigo 25 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal:

“Muito além da passividade ou da ausência de reação quanto às vítimas mortas ou traumatizadas, a comunidade participa ativamente do procedimento da execução, quer através de um Conselho, quer através das pessoas jurídicas ou naturais que assistem ou fiscalizam não somente as reações penais em meios fechados (penas privativas da liberdade e medida de segurança detentiva) como também em meio livre (pena de multa e penas restritivas de direitos)”.

Para o auxílio da execução da pena e medida de segurança, a LEP prevê dois importantes órgãos (setores de participação): Patronato (vide arts. 78 e 79) e Conselho da Comunidade (vide arts. 80 e 81), ambos estudados mais adiante.

▶ TÍTULO II – DO CONDENADO E DO INTERNADO

▶ CAPÍTULO I – DA CLASSIFICAÇÃO

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

Classificação dos condenados – A individualização da pena está expressamente prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição da República. Como bem observa Mirabete (Execução Penal, Ed. Atlas, p. 48), “é uma das chamadas garantias repressivas, constituindo postulado básico de justiça. Pode ser ela determinada no plano legislativo, quando se estabelecem e se disciplinam as sanções cabíveis nas várias espécies delituosas (individualização *inabstracto*), no plano judicial consagrada no emprego do prudente arbítrio e descrição do juiz, e no momento executório, processada no período de cumprimento da pena e que abrange medidas judiciais e administrativas, ligadas ao regime penitenciário, à suspensão da pena, ao livramento condicional etc.”.

Na primeira fase, ou plano legislativo, a individualização da pena se dá sob a forma da previsão de uma pena mínima a ser observada na esfera judicial. No Brasil, a produção legislativa em matéria penal aposta quase que exclusivamente na pena de prisão como resposta estatal por excelência e tem se mostrado bastante reativa à opinião pública e a eventos sociais ou políticos.

No plano judicial, o processo de imputação criminal termina com a sentença condenatória, na qual o juiz – no âmbito da sua discricionariedade, mas adstrito à pena abstrata cominada no tipo legal – elege e aplica a pena ao caso concreto. Observa-se, assim, uma divisão de tarefas entre legislador e juiz, ou seja, entre a política e o direito. Caso interessante para se discutir os limites dessa divisão de tarefas é o julgamento do HC n. 82.959, no qual o STF declarou inconstitucional a vedação à progressão de regime constante na Lei de Crimes Hediondos (§ 1º do art. 2º da Lei n. 8.072), sob o argumento, dentre outros, de que o dispositivo obsta a plena individualização da pena às particularidades do caso concreto.

No plano executório, o art. 5º visa a individualização da pena ao determinar que os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, buscando, desse modo, separar os presos primários dos reincidentes, os condenados por crimes graves dos

condenados por delitos menos graves etc, com o intuito de propiciar as condições adequadas ao perfil da pessoa sentenciada.

a) **antecedentes:** retratam o “histórico de vida” criminal do reeducando.

b) **personalidade:** envolve uma estrutura complexa de fatores que determinam as formas de comportamento da pessoa do executado. Conforme lição de Guilherme de Souza Nucci, “é um conjunto somatopsíquico (ou psicossomático) no qual se integra um componente morfológico, estático, que é a conformação física; um componente dinâmico-humoral ou fisiológico, que é o temperamento; e o caráter, que é a expressão psicológica do temperamento. Na configuração da personalidade congregam-se elementos hereditários e socioambientais, o que vale dizer que as experiências da vida contribuem para a sua evolução.” (Leis Penais e Processuais Comentadas, ed. RT, p. 458).

1. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (Promotor de Justiça – MPE-SC – 2013) Julgue o item a seguir.

Consoante a Lei nº 7210/84, os condenados serão classificados, na sua totalidade, segundo os seus antecedentes, personalidade e culpabilidade, para orientar a individualização da execução penal.

02. (Analista Jurídico – TJ-SC – 2009) De acordo a Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), assinale a alternativa correta:

- I. Os condenados serão classificados, por Comissão Técnica de Classificação, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.
 - II. Constituem sanções disciplinares: advertência verbal; repreensão; suspensão ou restrição de direitos; incomunicabilidade; inclusão no regime disciplinar diferenciado.
 - III. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.
 - IV. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. Também o preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.
- a) Somente as assertivas I, III e IV estão corretas.
 - b) Somente as assertivas I, II e III estão corretas.
 - c) Somente as assertivas II, III e IV estão corretas.
 - d) Somente as assertivas III e IV estão corretas.
 - e) Todas as assertivas estão corretas.

GAB	1	ERRADO	2	A
-----	---	--------	---	---

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

Comissão Técnica de Classificação – Com o objetivo de orientar a individualização da execução penal, os condenados serão classificados segundo seus antecedentes e personalidade. Essa classificação deve ser feita por uma Comissão Técnica de Classificação (CTC), incumbida

de elaborar o programa individualizador adequado ao reeducando. Para tanto, contará com a ajuda do Centro de Observação Criminológica, que realizará os exames necessários para que a CTC tenha subsídios suficientes para construir seu estudo de execução da pena com foco na reinserção social do apenado.

A redação original do art. 6º assinava um papel de maior destaque à CTC, a quem cabia, além de elaborar o programa individualizador, propor pedidos de progressão ou regressão de regime e conversões.

Todo estabelecimento possuirá uma Comissão, cuja composição depende do tipo de pena a ser executada:

Pena privativa e liberdade	Demais casos
2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo, 1 (um) assistente social e será presidida pelo diretor	Atuará junto ao Juízo da Execução e será composta dos fiscais do serviço social

1. QUESTÕES DE CONCURSOS

01. (FHSTE – RS Prova: OBJETIVA – 2019 – FHSTE – RS – Assistente Social) Considerando-se o programa individualizador a que se refere o art. 6º da Lei de Execução Penal, que apoia-se no princípio da individualização da pena que abrange, numerar a 2ª coluna de acordo com a 1ª e, após, assinalar a alternativa que apresenta a sequência CORRETA:

(1) O Princípio da Personalidade. (2) O Princípio da Proporcionalidade. (3) O Princípio da Humanidade.

- () A cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisando o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.
 - () A pena deve ser dirigida a determinada pessoa, de forma que atenda às suas características individuais, bem como oferecer meios para seu retorno ao convívio social, oferecendo trabalho, acesso à instrução e à formação profissional.
 - () Toda pessoa será tratada com o devido respeito à dignidade humana. A pena deve adequar-se ao homem.
- a) 1 – 2 – 3.
b) 3 – 1 – 2.
c) 1 – 3 – 2.
d) 2 – 1 – 3.

02. (Inspetor de Segurança e Administração Penitenciária – SEAP-RJ – 2012) Consoante a Lei de Execução Penal, os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e sua personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Essa classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação presidida pelo:

- a) Diretor do estabelecimento
- b) Juiz da Execução
- c) Promotor de Justiça
- d) Secretário de Justiça
- e) Presidente do Conselho Criminal

03. (Analista de Promotoria I – VUNESP – 2010 – MP/SP) Determina a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) que, a fim de orientar a individualização do cumprimento da pena do sentenciado condenado à privação de liberdade, os estabelecimentos prisionais devem contar com Comissão Técnica de Classificação, a qual obrigatoriamente deve ser composta, entre outros, por

- I. psiquiatra;

- II. psicólogo;
 III. assistente social.
 É correto o que se afirma em
- a) I, apenas.
 b) III, apenas.
 c) I e II, apenas.
 d) II e III, apenas.
 e) I, II e III.

04. (Promotor de Justiça – ES – 2009 – Adaptada) Eduardo foi condenado a 25 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado com o uso de veneno. Transitada em julgado a condenação, o sentenciado foi recolhido a estabelecimento prisional em Vitória, no Espírito Santo. A partir dessa situação hipotética e com base na legislação aplicável às execuções penais, analise o item a seguir:

Para orientar a individualização da execução penal, Eduardo deve ser submetido à classificação a cargo de comissão técnica, presidida pelo juízo das execuções, responsável por elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado. A aplicação desse programa condiciona-se à aquiescência e aprovação do membro do MP com atuação junto à vara de execuções penais.

05. (IDECAN/2017 – SEJUC-RN – Agente Penitenciário) Segundo a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade. Esta Comissão deverá ser composta, no mínimo, por dois chefes de serviço e:

- a) Um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social.
 b) Um psicólogo, um assistente social e um enfermeiro.
 c) Um psiquiatra, um assistente social e um enfermeiro.
 d) Um assistente social, um farmacêutico e um psicólogo.

GAB	01	D	02	A	03	E	04	FALSO	05	A
-----	----	---	----	---	----	---	----	-------	----	---

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto.

Exame criminológico – O exame criminológico, usado para individualizar determinadas execuções envolvendo fatos mais graves e/ou presos rotulados como perigosos, serve, não raras vezes, para orientar o Magistrado nos incidentes de progressão e livramento condicional, não se confundindo com o exame de classificação tratado no art. 5º da LEP. Vejamos, em resumo, as diferenças no quadro abaixo:

Exame de Classificação	Exame Criminológico
Amplio e genérico	Específico
Orienta o modo de cumprimento da pena, guia seguro visando a ressocialização.	Busca construir um prognóstico de periculosidade – temibilidade – do reeducando, partindo do binômio delito-delinquente.

Exame de Classificação	Exame Criminológico
Envolve aspectos relacionados à personalidade do condenado, seus antecedentes, sua vida familiar e social, sua capacidade laborativa.	Envolve a parte psicológica e psiquiátrica, atestando a maturidade do condenado, sua disciplina e capacidade de suportar frustrações (prognóstico criminológico).

Antes da Lei 10.792/03, o exame criminológico era considerado obrigatório na execução da pena no regime fechado, e facultativo na pena cumprida no regime semiaberto, em especial quando se tratava de condenação por crime doloso praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Hoje, porém, o entendimento que prevalece nos Tribunais Superiores é de que se trata de estudo facultativo (não importando o regime de cumprimento de pena), devendo o Magistrado fundamentar sua necessidade aquilatando as peculiaridades do caso concreto (gravidade da infração penal e condições pessoais do agente). Nesse sentido STF e STJ:

STF – Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

STJ – Súmula 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Aplicando referidos enunciados, o STJ deferiu liminar em habeas corpus (HC 457.052/SP) para restabelecer decisão de primeira instância que, sem determinar a perícia, havia concedido livramento condicional a um condenado por crime de roubo.

No caso julgado, o juízo de execuções penais deferiu o benefício considerando que o preso havia cumprido os requisitos objetivos e subjetivos, destacando-se o bom comportamento carcerário. O Ministério Público, no entanto, recorreu e o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão sob o argumento de que o bom comportamento carcerário não é suficiente para justificar a liberdade, especialmente porque o agente cumpre pena por crime grave – roubo majorado – e lhe resta longa parcela da pena a cumprir, o que tornaria necessária uma avaliação mais acurada a respeito das condições pessoais para o retorno ao convívio social.

A ministra Laurita Vaz, no entanto, considerou que o exame criminológico só pode ser determinado se efetivamente necessário, assim compreendido aquele baseado em elementos concretos, apurados a partir da avaliação pessoal. Não é possível invocar a gravidade abstrata do crime e desconsiderar dados importantes como o bom comportamento carcerário para impor a realização do exame. Não houve, segundo a ministra, nenhuma indicação sobre fato concreto que impedisse a concessão do livramento.

Sobre a Súmula 439, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Estado de São Paulo, órgão auxiliar da Procuradoria-Geral de Justiça, formulou o seguinte enunciado:

“Enunciado 12 – O exame criminológico e, depois deste e se possível, o denominado teste de Rorschach, poderá ser realizado sempre que as especiais circunstâncias do caso concreto o exigirem, não se devendo descartar, para tal consideração, a