EXECUÇÃO PENAL — QUESTÕES DIVERSAS

ANTONIO SCARANCE FERNANDES
Procurador de Justiça — SP

O exame de diversos processos sobre matéria de execução penal mostrou a existência de uma série de questões polêmicas. Entendemos de toda conveniência reunir as principais, aproveitando os pareceres emitidos. O objetivo é ressaltar a relevância dessas questões, que estão na maioria a merecer ainda afirmação doutrinária e jurisprudencial.

PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. A PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR

1.ª questão — aplicação ultrativa da Lei estadual n. 1.819, de 1978.

2.ª questão — natureza das normas sobre albergue domiciliar.

3.ª questão — inconstitucionalidade da Lei estadual n. 1.819, de 1978.

4.ª questão — progressividade necessária dos regimes de pena.

5.ª questão — o albergue domiciliar na Lei de Execução Penal.

6.ª questão — necessidade de prévia manifestação do MP e de realização de diligências antes da declaração de extinção da punibilidade.

7.ª questão — momento interruptivo de cumprimento do albergue domiciliar.

ULTRATIVIDADE DA LEI N. 1.819, DE 1978 E NATUREZA JURÍDICA DA NORMA SOBRE ALBERGUE DOMICILIAR

A primeira questão: ultratividade benéfica dos artigos da Lei estadual n. 1.819, de 1978 atinentes à prisão-albergue domiciliar merece detida reflexão.

Primeiramente deve ser determinada a natureza jurídica da norma que concede o direito de ser cumprida a prisão-albergue no domicílio.

A regra jurídica que fixa forma de cumprimento de pena não é, segundo nos parece, de conteúdo penal. A legislação penal fixa

os crimes, as penas aplicáveis, estabelece os possíveis regimes. Contudo, a forma, inclusive o local, de cumprimento de pena, não é determinada por norma de caráter penal.

Pensar de forma diversa conduzirá a conseqüências inadmissíveis ante a extensão da regra da ultratividade da lei penal mais benéfica. Assim, eventual preceito mais benéfico quanto à forma de cumprimento de pena, inclusive no referente ao local, seria aplicável a todos os que tivessem cometido crimes antes da alteração legal até o cumprimento da pena. Por exemplo, um réu que cometesse delito em dezembro de 1984, antes da entrada em vigor da Lei de Execução Penal, vindo a ser condenado, mesmo que a trinta anos, continuaria até o final do cumprimento da pena tendo direito àquela forma mais benigna.

A natureza jurídica também não me parece ser de norma processual. Eventual disposição legal que garanta o cumprimento de uma pena de determinada forma não é direito processual. A Lei de Execução Penal traz em seu bojo normas de diverso conteúdo: administrativo; penitenciário; penal; processual penal. Ainda, o fato de existir um processo de execução jurisdicional autônomo ou ser a execução a última fase do processo de conhecimento não faz com que as questões apreciadas pelo juízo da execução sejam todas de caráter processual. Uma coisa é o processo, o procedimento, outra são as questões objeto de conhecimento judicial, que podem ser atinentes ao direito de ação, ao mérito, ou ao processo.

A verdadeira natureza jurídica é de norma de execução penal, ou norma de direito penitenciário, ou de direito penal executivo, que atribui direitos ao preso, inclusive pertinente a determinada forma de cumprimento de pena.

Fala-se na autonomia do direito de execução penal já alcançada em diversos países (cfr. René Ariel Dotti, in "Processo Penal Executório", RT, 576/313 e Mirabete, "Execução Penal", Atlas, 1987, ns. 1.2 e 1.3, págs. 34-7). Bettiol, após afirmar que a matéria da execução das penas "pertence precipuamente ao direito penitenciário, que trata das modalidades jurídicas de execução da pena", que o legislador quis "subtrair ao arbítrio da administração a missão de execução da pena, determinando regras de direito que devem ser observadas", conclui que é "em torno desse complexo de normas que se foi criando nos últimos anos — especialmente por mérito de Novelli — a autonomia científica do direito penitenciário" ("Direito Penal", tradução de Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco, Revista dos Tribunais, 1976, vol. III, págs. 176-7). Examina ele como regras de direito penitenciário as seguintes: cumprimento de pena pelas mulheres em estabelecimentos diversos dos destinados aos homens; separação

dos condenados segundo a reincidência e a índole do crime: existência de estabelecimentos especiais para certas categorias de condenados; admissão de trabalho em aberto antes do tempo previsto; forma de remuneração do trabalho do preso; adiamento obrigatório ou facultativo da execução da pena em circunstâncias excepcionais (situações semelhantes às hipóteses em que atualmente se permite albergue domiciliar) e adiamento ou suspensão da execução da pena pela superveniência de enfermidade psíquica do condenado" (op. cit. págs. 174-181).

Essa autonomia mostra a nosso ver a necessidade de descobrir a existência de normas materiais típicas de execução penal, como há normas materiais de direito administrativo civil, trabalhista, penal, etc... A norma material de execução penal, instituindo direitos aos presos, deverá ser regida por princípios e regras próprios. A regra sobre a forma de cumprimento de uma pena em determinado regime, como norma de execução penal e não norma de caráter penal, deverá também ser examinada à luz de regras e princípios próprios, inclusive no que tange à sua ultratividade.

Cabe à doutrina e à jurisprudência construir a respeito, evidenciando essas regras e esses princípios das normas de execução penal.

Nessa perspectiva, seria possível dizer que a norma jurídica que concede ao sentenciado o direito de cumprir a pena no regime aberto em sua própria residência é de caráter executório penal. Diz somente qual é o local onde a pena em circunstâncias excepcionais poderá ser cumprida. Assemelha-se à norma que dá ao preso no regime fechado o direito de sair da cela em determinados dias para freqüência a certos locais de trabalho ou para comparecimento em escola. São normas reguladas por regras e em princípios próprios. Têm ultratividade, mas diversa da ultratividade da norma de caráter penal.

O direito a essa forma de cumprimento de pena (em residência) surge a nosso ver do momento em que estão presentes os requisitos para a sua aplicação, independentemente da alteração legislativa posterior que exclua a possibilidade. Nesse aspecto ela tem ultratividade.

Essa ilação é melhor do que a negativa de ultratividade, ou a atribuição de ultratividade nos moldes da norma penal.

Primeiramente, nivela as situações dos diversos presos, não restando prejudicado aquele que retardou em fazer o seu pedido ou cujo pedido demorou para ser apreciado. A lei posterior modificadora não atingiria os que já tivessem preenchido os requisitos para a prisão-albergue domiciliar.

Depois, ficam resguardadas as situações dos que já se encontram cumprindo a pena em sua residência.

Nada mais que isso. Não ficam atingidos pela ultratividade todos os que tivessem cometido crime antes da entrada em vigor da lei.

Em síntese, têm direito à prisão-albergue domiciliar os sentenciados que, antes da vigência da nova lei, já preenchiam os requisitos de ordem objetiva e subjetiva para solicitá-la. Não mais terão direito a essa forma de cumprimento de pena os que só depois da nova legislação vierem a preencher os requisitos legais.

Neste sentido o acórdão inserido na Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 94/495-6, em que o relator Cunha Camargo, demonstrando grande descortino, fez constar o seguinte:

"De invocação da Lei estadual n. 1.819, de 30 de outubro de 1978 (artigo 40, inciso II), não há cogitar na espécie, porque quando entrar em vigor as Leis ns. 7.209 e 7.210, ambas de 11 de julho de 1984, o pac. — preso desde 9-11-83 — ainda não havia descontado, em regime fechado, 1/3 da pena corporal (cinco anos e quatro meses), que lhe foi imposta, num total de um ano e seis meses de reclusão."

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 1.819, DE 1978

Dentro da ótica aqui exposta, não me parece que seja inconstitucional a Lei estadual n. 1.819, de 1978 no atinente à prisão-albergue domiciliar, como já foi aventado em acórdão do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. O artigo 30, parágrafo 6, da parte geral anterior do Código Penal, permitia que a lei estadual regulasse a forma de cumprimento da prisão-albergue, espécie do regime aberto (inciso II), especificando no parágrafo 7.º o alcance das normas supletivas estaduais. Permitiu a lei federal portanto que a unidade federativa regulamentasse a forma de cumprimento de pena através de normas de execução penal. Podia assim o Estado estabelecer que a pena privativa fosse cumprida em locais especiais ou até em residência do condenado.

PROGRESSIVIDADE NECESSARIA DOS REGIMES

Quanto à necessidade de passagem primeiramente pelo regime semi-aberto, é o que se infere dos artigos 33, § 2.º, do Código Penal, e 112 da Lei de Execução Penal.

É também a lição da doutrina e da jurisprudência.

Mirabete:

"Essa obrigatoriedade deflui do artigo 112, que se refere à transferência para regime menos rigoroso quando o preso tiver

cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior. Aliás, na exposição de motivos da Lei de Execução Penal, afirma-se peremptoriamente que 'se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto (item 120), pressupondo a progressão o cumprimento mínimo da pena no regime inicial ou anterior' (item 119)" ("Execução Penal", Atlas, 1987, pág. 292).

Pitombo:

"A mudança progressiva depende de cumprimento, pelo preso, de 1/6 da pena no regime inicial ou anterior e vem ao empuxo do merecimento demonstrado, vedando-se, aqui, a execução por saltos" ("Os regimes de cumprimento de pena e o exame criminológico", RT, 583/312 e 313).

É o que diz também a jurisprudência conforme decisões constantes da Revista dos Tribunais, 616/279, 615/312, e Julgados do TACrim., 91/399 e 84/202. Transcrevo a ementa do primeiro acórdão, relatado pelo eminente Desembargador Baptista Garcia:

"É vedada a progressão direta do sentenciado do regime fechado para o aberto, sendo necessária a observância da forma gradativa, passando primeiramente pelo regime semi-aberto, mediante a comprovação dos requisitos do artigo 112 da Lei n. 7.210, de 1984."

A PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR EM FACE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A atual Lei de Execução Penal só permite o cumprimento do regime aberto na residência em hipóteses excepcionais previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Duas correntes acabaram surgindo. Uma no sentido de que não é possível o albergue domiciliar a não ser naquelas situações especiais do artigo 117 da Lei de Execução Penal, havendo forte tendência nesse sentido no Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (Julg. TACrim., 86/408, 86/82, 84/106 e 84/375), existindo também decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal (2.ª Turma, RE 114.739, D.J.U. 18-3-88, pág. 5.575). Outra de que, ante a inexistência de casa do albergado, para garantir o direito ao regime aberto deve o preso ser colocado em casa.

Com todo o respeito aos que seguem a segunda corrente.

A impossibilidade é manifesta ante a inexistência de amparo legal (Pitombo, "Os regimes de cumprimento e pena e o exame criminológico", RT, 583, pág. 313; Mirabete, "Execução Penal", Atlas, 1987, págs. 302-3).

A inconveniência decorre do fato de que será a garantia da impunidade e levará a que se continue na mesma situação, sem que se construam locais adequados para o cumprimento do albergue ou sem que se utilizem locais especiais de presídios ou cadeias públicas.

É possível permitir o regime aberto, ficando o preso no regime semi-aberto no aguardo da existência de vaga em local adequado. O que não é possível é dizer que alguém cumpre pena em casa, sem qualquer fiscalização.

Muitas vezes o preso tem direito ao livramento condicional, que em tese seria mais benéfico, mas opta pelo regime de albergue domiciliar, no qual a pena é integralmente cumprida sem qualquer fiscalização, e a prática de novo crime não interfere no tempo de cumprimento de pena como acontece no livramento condicional.

NECESSIDADE DE PRÉVIA MANIFESTAÇÃO DO MP E DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS ANTES DA DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

A primeira vista parece correta solução que vem sendo imprimida no digno Juízo das Execuções Criminais da Capital: após transcurso do período previsto para cumprimento de pena em albergue domiciliar, é declarada extinta a pena sem diligências prévias e sem manifestação das partes. Raciocina-se então nos seguintes termos: a pena foi cumprida em regime aberto domiciliar e passado o tempo de prisão a única solução seria mesmo a declaração de extinção da pena; não seria mais possível haver a regressão para regime mais rigoroso. Parecia-me claro que, à semelhança do que ocorre em regime fechado ou semi-aberto, cumprida a pena em regime aberto, domiciliar ou não, a única solução possível seria a declaração de extinção da pena.

Todavia, com maior meditação percebe-se que outra via deve ser seguida.

A prisão-albergue domiciliar, que com muita justiça vem recebendo severas críticas em vários acórdãos dos Tribunais Paulistas, pelas suas peculiaridades não pode ser simplesmente equiparada para todos os raciocínios aos outros regimes de pena. No regime fechado, passado o tempo previsto para cumprimento das penas, a extinção delas é conseqüência imediata; se, durante o período de encarceramento, houvesse, por exemplo, cometimento de outros crimes, ou ocorressem fugas, tudo isso seria facilmente conhecido dos diretores dos presídios. O mesmo acontece em relação ao regime semi-aberto. Mas, quanto ao regime aberto domiciliar, a situação é completamente diferente. Com muita argúcia mostraram os Promotores de Justiça das Execuções Criminais em agravos interpostos que uma série de eventos podem levar a situações as mais diversas. A elas dedicaremos os parágrafos seguintes procurando então evidenciar a diversidade com os regimes fechado, semi-aberto e até mesmo com o aberto não domiciliar.

Na prisão-albergue domiciliar inexiste fiscalização diária para verificar se o condenado retorna ao seu lar à noite. Existe tão somente a imposição de uma série de condições cujo cumprimento é verificado por órgão do Poder Judiciário, que, em São Paulo, consiste no Setor de Albergados que atua no Foro Regional de Ipiranga. Ali deve o preso comparecer periodicamente a fim de comprovar que ainda continua residindo no mesmo local e demonstrar que está trabalhando. É possível portanto através do exame desses documentos verificar se o sentenciado periodicamente evidenciava estar ainda residindo na casa em que deveria se recolher durante o período de repouso noturno, bem como nos dias em que não houvesse trabalho.

Imagine-se que um preso albergado não estivesse cumprindo as condições e estivesse inclusive cometendo crimes até mesmo fora do Estado, ou em outras cidades do Estado de São Paulo. Podia então ocorrer que viesse a ser preso em flagrante ou que viesse a ser decretada a sua prisão preventiva. Estaria cumprindo pena em outro processo e não estaria em conseqüência cumprindo a pena em regime de albergue domiciliar.

Pense-se mais. O albergado saiu do país. Não está, é óbvio, cumprindo pena.

Digo mais. Sai do Estado. Sai de São Paulo. Desaparece. Não está cumprindo pena.

Repito portanto que, devido suas peculiaridades, não é possível ver o cumprimento de pena em regime de albergue domiciliar como o cumprimento em outros regimes. Há necessidade de maiores cuidados antes de ser declarada a extinção da pena.

Que cuidados seriam esses?

A resposta é simples: todos aqueles que pudessem evitar, em certas situações inadmissíveis, a declaração de extinção da punibilidade.

Podem ser lembradas então cautelas mínimas:

a) requisição e juntada de folha de antecedentes criminais. Objetivo: mostrar que não houve cometimento de outros crimes e possíveis prisões em flagrante ou preventivas durante o período de albergue domiciliar;

b) requisição dos documentos do Setor de Albergados no Foro de Ipiranga, quando o cumprimento é na Capital, ou outro

setor quando a pena está sendo cumprida no interior, para verificar se o preso comparecia e comprovava sua residência. Objetivo: verificar se continuou realmente morando no local determinado, pois, em hipótese contrária, é caso idêntico ao da fuga no regime fechado, semi-aberto ou aberto não domiciliar. Existindo dúvida, pode-se até com diligência no local determinar o período em que o condenado deixou de comparecer a sua casa;

c) oitiva do Ministério Público para que, como parte e titular da pretensão executória do Estado, possa se manifestar antes da extinção da pena e conseqüente encerramento do processo de execução. Objetivo: pode o Ministério Público dispor de elementos outros que evidenciem a interrupção no cumprimento da pena no regime de albergue domiciliar ou pode solicitar diligências complementares para mostrar essa interrupção.

Aliás, a respeito da atuação do Ministério Público na execução penal, tomo a liberdade de lembrar o que disse no artigo "O Ministério Público na Execução Penal", in Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, Max Limonad, 1987, pág. 33:

"Ante a variedade de possíveis decisões judiciais, é mister que se distingam os procedimentos em face dessas decisões. Em certos procedimentos, o resultado afetará diretamente o título executivo, alterando o comando emergente da sentença condenatória; assim, a remição da pena, a concessão de livramento condicional, a concessão de "sursis", a conversão da pena de multa em detenção. Em outros, o resultado irá alterar profundamente a forma de cumprimento da pena; assim, a progressão ou a regressão nos regimes. Nesses casos, sem dúvida haverá nulidade, eis que o prejuízo do Ministério Público decorre do fato de ser impedido de, com eficácia, exercer a pretensão executória."

Feitas essas considerações conclui-se que dois fundamentos legais conduzem à nulidade da decisão que extingue a pena por cumprimento em regime de albergue domiciliar sem ouvir o representante do Ministério Público.

O primeiro é o de que não é possível encerrar o processo de execução, considerando cumprida a pena, sem ouvir justamente o titular da pretensão executória estatal que é o Ministério Público. Com a aceitação de que há processo e jurisdição na execução penal conclui-se que há também partes em contraditório, estando de um lado o Estado como titular da pretensão executória, representado pelo Ministério Público, e de outro o condenado, que deve sempre ser também assistido por advogado. Por isso mesmo a nova Lei de Execução Penal afirmou em seu artigo 67 que o Ministério Público oficiará no processo executivo e nos incidentes de execução. Para que possa o Ministério Público oficiar é necessário que se lhe dê vista no processo, a fim de que se manifeste, mormente no momento em que poderá haver a declaração de cumprimento da pena e correlata extinção da pretensão executória do Estado.

O segundo é de ordem procedimental. A lei de execução regulou todo procedimento judicial efetivado no processo de execução de uma mesma forma, estabelecendo para ele um rito sumaríssimo (artigos 195 e 196). Admite-se que o juiz possa, após ouvir as partes, decidir de plano sem realizar diligências solicitadas, quando for desnecessária a produção da prova. Infere-se portanto que se houver necessidade de produção de prova não é possível a decisão, que levaria como conseqüência à nulidade da decisão. Imagine-se então a hipótese em que o juiz sem ouvir as partes venha a decidir quando é necessário antes realizar prova. Mais patente fica então o desrespeito aos direitos das partes à produção de prova.

Saliento que no Agravo n. 506.733/9, da 4.ª Câmara do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, sendo relator o eminente Juiz Walter Theodosio, em 12-5-88, ficou decidido em hipótese idêntica à dos autos que a oitiva prévia do Ministério Público é indispensável, sendo ainda ressaltado que, por ser caso de albergue domiciliar, algumas cautelas são necessárias antes da declaração de extinção da pena. Também no Agravo n. 511.493/7, a 2.ª Câmara do mesmo Tribunal, sendo relator o preclaro Juiz Lustosa Goulart, entendeu em 16-6-88 ser necessária a prévia oitiva do Promotor de Justiça antes da declaração de extinção da punibilidade.

MOMENTO INTERRUPTIVO DO CUMPRIMENTO DO ALBERGUE DOMICILIAR

Problema interessante no albergue domiciliar é fazer a necessária distinção entre a data de fuga e a data de revogação para o objetivo de fixar o momento real em que não existe mais o cumprimento da pena. São coisas distintas a fuga e a revogação; a primeira quase sempre é causa da segunda; a primeira é ato do preso, a segunda é ato jurisdicional. Devem ser levadas em conta na fixação do momento interruptivo do cumprimento de pena. A fuga é que, em qualquer regime, inclusive no aberto, marcará o dia da interrupção. Não pode ser a revogação, eis que essa é ato jurisdicional, dependente de todo um procedimento com ampla garantia de participação das partes. A dificuldade será, em cada caso concreto, marcar o dia de fuga no albergue domiciliar. Haverá, contudo, sempre a possibilidade de fixação de alguma data, normalmente o dia em que o preso deixou de se recolher à sua residência.

A REMIÇÃO DE PENA
QUESTÃO 1. RETROATIVIDADE DAS NORMAS ATINENTES À REMIÇÃO DE PENA

Sobre a retratividade das normas atinentes à remição da pena privativa de liberdade pelos dias/trabalhos, começa a surgir interessante divergência doutrinária e jurisprudencial.

A questão não é fácil.

Entendem que há retroatividade de alguns autores: Mirabete ("Execução Penal", Atlas, 1987, pág. 323); Fleury Filho ("Sistema de penas e sua aplicação, Curso sobre a reforma penal", Saraiva, 1985, pág. 99) e Machado Alvim ("Execução Penal: o direito à remição da pena": RT, 606/292). Estaria essa posição sendo acolhida pelo Egrégio T.J. Santa Catarina como lembra Ariel Dotti (RT, 611/299 e nota de rodapé de n. 33).

Perfilham posição contrária: Renan Severo Teixeira Cunha ("O Ministério Público na execução penal, Curso sobre a reforma penal", Saraiva, 1985, págs. 201-2, nota), Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira (Estado de S. Paulo, 11-8-85, pág. 57) e os integrantes da comissão elaboradora do Projeto de Lei da Execução Penal: Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio M. de Moraes Pitombo ("Penas e medidas de segurança no novo código", Forense, 1985, págs. 246-7 e artigo de René Ariel Dotti intitulado "Novos caminhos da defesa social", RT, 611/299). Já há registro de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (Agravo 48.400/3 — 5.ª Câmara; 43.468/3, 12-5-86, 3.ª Câmara), do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (Agravo 492.553/1, 2.ª Câmara) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (RT, 617/337-9) no sentido da irretroatividade das disposições atinentes à remição de pena.

O argumento principal dos que admitem a retroatividade é de que a norma a respeito da remição é de caráter penal; apoiam-se nos artigos 153, § 16 da Constituição Federal e 2.º parágrafo único do Código Penal.

Para os que perfilham entendimento oposto a irretroatividade decorre:

1. do fato de que a remição da pena é mecanismo próprio da execução penal e não é norma penal (Miguel Reale Júnior, René Ariel Dotti, Ricardo Antunes Andreucci e Sérgio M. de Moraes Pitombo, acima citados);

2. da circunstância de que a retroatividade benéfica tem aplicação absoluta somente em relação às mudanças em torno do próprio fato típico (Renan Severo Teixeira Cunha) ou a retroatividade benéfica atinge somente os fatos delituosos e dirimidores ou atenuadores da criminalidade (Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silveira).

A irretroatividade assenta-se a nosso ver na natureza de certas normas constantes da Lei de Execução Penal e entre elas as atinentes à remição da pena. Os autores acima citados que optam pela irretroatividade trazem de certa forma argumentos que corroboram essa afirmação.

Ao emitir parecer a respeito da ultratividade das regras sobre prisão-albergue domiciliar (Apelação criminal — Tribunal de Alçada Criminal n. 413.733-4, Sorocaba), após fazer uma série de indagações, disse:

"As respostas a essas questões dependem da fixação de alguns pontos básicos e prévios, principalmente a determinação da natureza jurídica da norma que concede o direito de ser cumprida a prisão-albergue no próprio domicílio.

A norma jurídica que fixe uma forma mais benéfica de cumprimento de pena não é, segundo nos parece, norma de conteúdo penal. A legislação penal deve fixar a pena aplicável e estabelecer os possíveis regimes de cumprimento. Contudo, a forma, inclusive o local, de cumprimento de pena, não é determinada por norma de caráter penal.

...

A natureza jurídica também não é de norma processual, pois nada parece justificar uma conclusão nesse sentido mesmo que se dê caráter jurisdicional à execução penal.

A verdadeira natureza jurídica é de norma de execução penal.

O Prof. René Ariel Dotti fala das tendências de autonomia em diversos países do "Direito de Execução Penal" (RT, 576/313), artigo "Processo Penal Executório"...".

Têm aplicação aqui aquelas considerações. Lá a preocupação era a ultratividade da norma sobre prisão-albergue domiciliar. Aqui é a retroatividade da norma sobre remição.

A norma jurídica sobre remição de forma óbvia também não é de natureza processual; estatui o direito de redução da pena devido o trabalho, que nada tem de processual. Não me parece ter caráter penal porque não define crime, causa de exclusão de crime, elemento do tipo, pena, regime de pena. Cuida tão-somente de diminuição do tempo de cumprimento da pena imposta devido a maneira como foi ela cumprida, isto é, devido o trabalho executado. É norma material de execução penal.

Renan Severo Teixeira Cunha cita interessante lição de Roubier inteiramente aplicável à hipótese:

"les lois relatives aux modes d'exécution des peines, et plus généralement les lois relatives aux régime légal des peines, sont des lois relatives aux effets de la situation juridique pénale; elles

s'appliquent donc aux peines en cours d'exécution, sans qu'il y ait plus qu'un effet immédiat, mais naturellement à la condition de n'être appliquées qu'a partir de leur entrée en vigueur, etc., etc." ("Le droit transitoire", Paris, Dalloz, 1960, pág. 517) ("Ministério Público na execução penal. Curso sobre a reforma penal", Saraiva, 1985, pág. 202).

A remição, figura própria da execução penal, surgiu como uma forma nova de reduzir o período de cumprimento da pena privativa, alterando o comando emergente de uma sentença condenatória. Não altera a própria pena. Adapta-a à situação nova resultante dos efeitos decorrentes da realização de trabalho.

Outros argumentos, além do pertinente à natureza jurídica da norma sobre execução penal, levariam à não retroatividade.

Falam os integrantes da comissão que elaborou o projeto da lei de execução penal em "mecanismo introduzido no processo de execução da pena de prisão", ou seja, um mecanismo novo em face de uma execução já em andamento.

Foi criado um sistema novo, inadaptável às situações pretéritas.

Só raciocinando em termos de um novo mecanismo específico da execução penal é que será possível encontrar todos os elementos necessários para uma correta apreciação da matéria. Antes da atual Lei de Execução Penal não havia a classificação das faltas em leves, médias e graves, que permitiriam fixar a data de começo do período da remição no caso de ter o preso cometido alguma falta. Antes da vigente Lei de Execução Penal não havia a obrigatoriedade de encaminhamento mensal pela autoridade administrativa de registro de todos os condenados que estivessem trabalhando e dos dias de trabalho de cada um deles (artigo 129), pois só assim é possível verificar o cumprimento do horário e constatar os dias efetivos de trabalho.

Só dentro da idéia de um novo sistema pode ser compreendida a previsão legal de cancelamento da remição se o executado pratica falta grave (artigo 127 da Lei de Execução Penal).

Assim, seja porque as normas sobre remição têm natureza de normas de execução penal, seja porque foi criado um novo sistema inaplicável a situações pretéritas, entende-se que a remição só deve alcançar períodos de trabalho posteriores à vigência da Lei de Execução Penal.

QUESTÃO 2. EXCLUSÃO DE DIAS TRABALHADOS EM FINS DE SEMANA

Os ilustres Promotores de Justiça Sérgio Neves Coelho e Daniel Prado da Silva, no artigo já citado (questão 1), disseram

que não é computável para fins de remição os dias trabalhados nos sábados e domingos porque, segundo o artigo 33 **caput** da Lei de Execução Penal, é obrigatório o descanso nesses dias.

Mirabete entende que a remição será possível se o preso for obrigado a trabalhar fora dos horários normais; todavia não poderia ser computado o trabalho espontâneo do condenado fora dos horários estabelecidos, mesmo que houvesse tolerância da administração (op. cit., pág. 322).

Data venia, parece-me possível a remição.

Uma coisa é a proibição de trabalho naqueles dias; outra é a remição pelos dias trabalhados. A inobservância da primeira regra, com possibilidade de eventual punição disciplinar dos responsáveis, não pode ser interpretada em prejuízo do preso que trabalhou, pois a previsão do parágrafo primeiro do artigo 126 da Lei de Execução Penal é de número de dias trabalhados sem excluir qualquer um. Não seria admissível aí interpretação restritiva.

UNIFICAÇÃO DE PENAS

Questão — Inexistência de crime continuado quando há mera reiteração delituosa.

Vem se reforçando nos Tribunais de São Paulo a tese de que o crime continuado não deve existir nas hipóteses de mera reiteração delituosa. É essa posição inteiramente aceitável e louvável; é uma interpretação restritiva que leva em conta principalmente a motivação histórica e finalística do crime continuado. Historicamente, ele só era admissível quando o agente cometia a mesma espécie de crime contra a mesma vítima, aproveitando-se das mesmas situações em que sempre se encontrava; destinava a evitar que, pela repetição desses crimes, fossem aplicadas penas muito graves (morte) ou muito elevadas. Não objetiva proteger criminosos contumazes ou perigosos.

Duas recentes decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo bem examinaram o tema.

Na primeira, apesar de ser dado provimento parcial ao agravo, ficou demonstrado que a unificação depende de cada caso concreto e que não deve ser incluído eventual crime cometido com requintes de perversidade. Disse o eminente Relator Cunha Camargo:

"Assentado isso e considerando-se que, "consagra-se, aos poucos, o entendimento de que o crime continuado é uma criação doutrinária destinada a evitar o excesso de punição decorrente

do tratamento rígido conferido ao concurso real de infrações, competindo ao juiz o reconhecimento ou não da continuidade delituosa em **cada caso concreto.** (Manoel Pedro Pimentel, "Do crime continuado", 2.ª edição, pág. 114)...".

"O roubo de 27-7-1977 ... não foi incluído na série unificada porque foi cometido em concurso material com seqüestro e requintes de perversidade, com tentativa do recorrente de constranger a moça a com ele manter relações sexuais."

(Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 107/478).

No segundo acórdão (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, 105/452-455), o relator Jarbas Mazzoni examina com muita juridicidade e profundidade vários aspectos atinentes ao crime continuado: a sua criação, evolução e aplicabilidade no momento atual em São Paulo, onde há grande violência. Deve ser transcrito:

"Optou, pois, o legislador, pela teoria objetiva do crime continuado, deduzindo o conceito da continuidade dos elementos exteriores constitutivos da homogeneidade (tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes), independentemente da unidade de desígnio. "Na exposição de motivos da Lei n. 7.209, aliás, afirma-se expressamente que se adotou o critério da teoria puramente objetiva (inciso 59)", como observa Fabbrini Mirabete (cf. "Manual de Direito Penal", Parte Geral, vol. I/308, ed. Atlas, 1985)."

"A jurisprudência predominante até então, por força de uma política criminal destinada ao evitamento das penas exageradas e desproporcionais à infração, e angustiada, talvez, com a superpopulação carcerária e com a inocuidade dos sistemas penitenciários, cuidou de alargar aqueles conceitos. Passou a admitir continuidade, em nome de um nexo temporal absolutamente estranho, entre infrações cometidas em datas que não se distanciassem mais que trinta dias; passou a admiti-la, até, entre crimes que não são da mesma espécie e, mais recentemente, aceitou-a, também, em casos de crimes que não guardam sequer conexão espacial entre si. Bastava que os respectivos cenários de acontecimentos não estivessem separados por mais que alguns quilômetros, que a tolerância a cada dia mais alargava, servidos por meio de transporte eficaz e rápido..." ("JTACrSP.", ed. LEX, vol. 68/66).

"O resultado desse entendimento, ainda que respeitável, tem sido, **data venia**, desastroso. Por força dessa orientação, que já não se diz liberal, mas liberalíssima e, até, **contra legem**, delinqüentes irreversíveis, de indisfarçável periculosidade e de inequívoco desajuste social, têm reduzidas e abrandadas suas penas, muitas vezes merecidamente centenárias..."

"Estimulou-se, na verdade, a recidiva delinqüencial..." "Animou-se a assunção da paternidade de crimes não cometidos, apenas para que se estabeleça o nexo temporal ensejador da redução benevolente". "Delinqüentes habituais, por força dessa orientação ao menos injusta, acabam mais brandamente considerados que o criminoso ocasional".

"A ficção jurídica do crime continuado está reservada a outras hipóteses"... "Verifica-se tal ficção quando o indivíduo, valendo-se das mesmas relações, das mesmas circunstâncias e das mesmas oportunidades, em um único contexto ou em situações que se repetem ao longo de uma relação que se prolonga no tempo, pratica, por meio de duas ou mais ações, dois ou mais crimes da mesma espécie".

"Ainda que não se chegue ao extremado rigor de alguns no exigir a lesão a um único patrimônio, a um mesmo bem jurídico ou a uma só vítima (uma vez que o legislador de 1984, no parágrafo único, do artigo 71, do Código Penal, referindo-se a vítimas diferentes e a crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, consagrou a continuidade delitiva em crimes que atingem bens personalíssimos, indistintamente) é indispensável esse caráter de desdobramento entre os acontecimentos, esse caráter de desenvolvimento, de prolongamento, de continuação, que os insira numa mesma cadeia de atuação criminosa, caráter esse claramente incompatível com um significativo distanciamento entre os cenários de um e de outro dos crimes, entre as datas do primeiro e dos subseqüentes."

"Urgia, portanto, recolocar os valores e os conceitos em seus lugares. Se não em nome da correta exegese, ao menos em atenção à segurança e à tranqüilidade dessa população hoje traumatizada e intranqüila à vista da impunidade e da tolerância para com delitos e delinqüentes da mais alta periculosidade. E o Colendo Supremo Tribunal Federal, por sua composição plena, à unanimidade, deu sua contribuição para tanto, impondo, em julgamento da Revisão Criminal n. 4.631-0-SP, de que foi Relator o Ministro Clóvis Ramalhete, maior rigor na admissão da continuidade delitiva ("Diário da Justiça da União", Brasília, 53.2975, em 18-3-1983), sendo seu exemplo seguido pela Colenda Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, ao apreciar o Recurso n. 348.643-6, da comarca de São Paulo, Relator o ilustre Juiz Canguçu de Almeida, em 3-11-1983."

...

"Como lembra Fabbrini Mirabete, 'não há que reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa.

O delinqüente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas (**perseverantia in criminis ou perseverantia sceleris**)' (ob. cit., pág. 309)."

Mostram os brilhantes acórdãos que a unificação das penas deve ser examinada em cada caso concreto e que a posição atual deve ser de interpretação estrita da lei, não mais se justificando avanços liberais.