

A INTERPRETAÇÃO *IN MALAM PARTEM* NA EXECUÇÃO PENAL DE EXCEÇÃO

THE INTERPRETATION *IN MALAM PARTEM* IN THE CRIMINAL ENFORCEMENT OF EXCEPTION

Klelia Canabrava Aleixo*

Flávia Ávila Penido**

RESUMO

O presente texto apresenta o resultado de pesquisa que analisou as decisões tomadas por tribunais superiores em matéria de execução penal. Por meio da análise de algumas decisões, buscou-se comprovar que a suspensão da ordem jurídica, pelo Judiciário, em matéria de execução penal não é mera eventualidade. A hipótese que se confirmou é a tendência de se fazer prevalecer, dentre as possibilidades interpretativas, aquela menos favorável ao sentenciado, ao alvedrio da vedação à interpretação *in malam partem* decorrente do princípio da legalidade penal. Diante do que foi colhido, tornou-se possível afirmar o papel central que o Judiciário tem tido no agravamento do quadro de superlotação do sistema prisional brasileiro, na medida em que vem optando por interpretações que prolongam o encarceramento.

Palavras-chave: Execução penal; Interpretação *in malam partem*; Princípio da legalidade.

ABSTRACT

This paper presents the results of research that analyzed the decisions taken by higher courts on criminal enforcement. Through the analysis of some decisions, it is tried to prove that the suspension of the legal order, by the Judiciary, in matters of criminal enforcement is not mere eventuality. The hypothesis that has been confirmed is the tendency to make

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestra em Ciências Penais pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: kleliaaleixo@gmail.com.

** Professora assistente da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutoranda e mestra em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público. Advogada. E-mail: f.avilapenido@gmail.com.

prevail, among the interpretative possibilities, the one less favorable to the sentenced, to the despite of the fence to the interpretation *in malam partem* from the principle of criminal legality. In the light of what was collected, it became possible to affirm the central role that the Judiciary has had in aggravating the serious picture of overcrowding in the Brazilian prison system, since it has opted for interpretations that prolong the incarceration.

Keywords: Criminal enforcement; Interpretation *in malam partem*; Principle of legality.

INTRODUÇÃO

O presente texto visa apresentar o resultado da primeira pesquisa desenvolvida pelo “Centro de Pesquisa e Extensão em Execução Penal” (CEPEX), instituído no primeiro semestre do ano de 2017, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Pró-Reitoria de Extensão da PUC Minas.

O objeto da pesquisa foi as decisões tomadas no âmbito dos tribunais superiores desde o ano de 2010 em matéria de execução penal, que, pelo procedimento jurídico interpretativo, fizeram prevalecer a interpretação menos favorável ao sentenciado, inobstante a vedação à interpretação *in malam partem* decorrente do princípio da legalidade penal.

A violação a um dos princípios mais importantes do Direito caracteriza o que Agamben denominou estado de exceção. Este é verificado quando a lei é suspensa pelo soberano, criando um espaço de indiferença em relação a determinados indivíduos que, excluídos da condição de homens, são incluídos na esfera da vida nua.

Por meio de exemplificação de diversas decisões em que o judiciário lançou mão da interpretação *in malam partem*, busca-se comprovar que a suspensão da legalidade configura o estado de exceção, que não é mera eventualidade. Considerando a perenização da situação de exceção, sobrevém a figura do *campo*, plenamente aplicável à esfera da execução penal, conforme explicitado no primeiro tópico.

A identificação dos espaços de exceção torna visível o papel central que o Judiciário tem tido no agravamento do quadro de superlotação do sistema prisional brasileiro, na medida em que vem optando por interpretações que prolongam o encarceramento. O papel desempenhado pelo judiciário na configuração do *campo* de exceção da execução penal será analisado a partir do segundo tópico.

Nas situações apresentadas no terceiro tópico, verificar-se-á que bastaria que o procedimento interpretativo fosse alinhado à legalidade para que as decisões fossem favoráveis ao *status libertatis* da pessoa presa e garantido seu direito fundamental.

No entanto, a partir dos posicionamentos jurisprudenciais analisados por meio do procedimento metodológico-dedutivo, buscar-se-á demonstrar que a

interpretação *in malam partem* tem prevalecido e configurado a execução penal como *campo* de exceção que afirma a condição de *homo sacer* do preso.

A EXECUÇÃO PENAL COMO CAMPO DE EXCEÇÃO

Na contemporaneidade, dada a perenização da suspensão dos direitos do preso no *campo* prisional, é possível afirmar que a política prisional e a execução penal passaram a ser espaços preferenciais de exceção.

A execução penal tem configurado um *campo* de exceção, no qual emergem regras e entendimentos de violação e suspensão de direitos que reforçam a condição de *homo sacer* do preso como sendo aquele que não é lícito sacrificar, mas que pode ser considerado matável e que está fora do sistema legal de proteção. Verifica-se, pois, o desmonte do arcabouço jurídico previsto em lei e em documentos nacionais e internacionais acerca dos direitos do preso e a cotidiana afirmação da sua condição de *homo sacer*.

Agamben sinaliza que, hoje, a única forma de legitimação do poder tem sido a emergência, à qual se faz apelo ao mesmo tempo em que se trabalha secretamente para produzi-la.¹ Nesse contexto, o soberano decide sobre a suspensão da lei e instala o estado de exceção, e, ao fazê-lo, cria um espaço de indiferença sobre uma esfera da vida denominada vida nua.

Segundo o autor, o poder político sempre se funda na separação de uma esfera da vida nua no contexto das formas de vida, ao distinguir o povo, vida nua, do Povo com existência política. Exclusão e inclusão. Um mesmo termo nomeando a classe que está excluída da política e o sujeito político, na perpetuação do estado de exceção, que passa a ser a regra (AGAMBEN, 2015, p. 14-16 e 35-37).

Na relação de exceção, há uma esfera do agir humano em que atua a decisão soberana que suspende a lei no estado de exceção e, assim, implica no homem a vida nua. A vida nua é a identificação, no *homo sacer*, de uma esfera de vida exposta à morte que vai colocá-lo numa condição de matável. Cria-se uma esfera soberana na qual se pode matar sem cometer homicídio (AGAMBEN, 2014, p. 84-85).

Agamben (2015, p. 42-43) denomina *campo* “o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a se tornar a regra [...]. É a estrutura na qual o estado de exceção, sobre cuja decisão possível se funda o poder soberano, é realizado de modo estável”. Por ser um espaço de exceção, no qual a lei é integralmente suspendida, nele tudo é possível. Considerando a permanência do estado de exceção, o poder tem, diante de si, a vida biológica despida da condição de sujeito

¹ O autor questiona: “Como não pensar que um sistema que pode agora funcionar apenas na base de uma emergência não esteja, do mesmo modo interessado em mantê-la a qualquer preço?” (AGAMBEN, 2015, p. 16).

político, reduzida à vida nua. Dada a aparência de normalidade, pode-se perfeitamente confundir o *homo sacer* com o cidadão (AGAMBEN, 2015, p. 43-44).

Ressalta-se que o questionamento mais importante não reside na objeção aos horrores cometidos nos *campos*, mas na indagação sobre “através de quais procedimentos jurídicos e de quais dispositivos políticos os seres humanos puderam ser tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até que cometer nos seus confrontos qualquer ato não parecesse mais como um delito” (AGAMBEN, 2015, p. 44).

No *campo* da execução penal, a resposta passa, em alguma medida, pela *reificação* das pessoas presas, com a sua “inferiorização cívica” a partir da assunção, pelo Estado, de uma posição de supremacia especial, à qual é correlata a posição de sujeição especial de determinadas categorias de pessoas, incluídas as presas. Esta ideologia da *relação especial de sujeição*, presente desde o final do século XIX, ainda persiste, justificando, ao menos na *práxis* prisional, a “possibilidade de inobservância de direitos fundamentais e da flexibilização do princípio da legalidade com a permissão de trânsito em um campo inteiramente alheio ao direito, não valorado juridicamente” (ROIG, 2017, p. 51-54).

Esta *relação especial de sujeição* a justificar a suspensão da ordem jurídica (estado de exceção) serve de embasamento teórico-jurídico a reforçar a condição de *homo sacer* do indivíduo preso. A permanência da suspensão e violação de direitos no âmbito da execução penal denota a condição de *campo* em que não se questiona a ilegalidade dos atos praticados, já que o estado de exceção é convertido em regra, condição permanente e inerente àquele espaço.

Conforme explicitado por Agamben, afirma-se que a violação de direitos que estaria fora do ordenamento jurídico por compor o estado de exceção (com a suspensão da ordem jurídica) é por ele cooptada na medida em que, configurado o *campo*, o estado de exceção passa a ser realizado de modo estável e, portanto, incluído por meio de sua própria exclusão (AGAMBEN, 2015, p. 43).

Nesse processo de cooptação, o Judiciário tem desempenhado um papel central, na medida em que tem contribuído de maneira decisiva na consolidação de um estado de autorizado desrespeito aos direitos das pessoas presas que prevalece no *campo* da execução penal.

DO PAPEL DESEMPENHADO PELO JUDICIÁRIO NA CONFIGURAÇÃO DO CAMPO DE EXCEÇÃO

Dentre os procedimentos jurídicos empregados pelos quais as pessoas presas são privadas de direitos, destaca-se o interpretativo. Não obstante a lição basilar que norteia a aplicação do Direito orientada pelo Princípio da Legalidade, nas situações que serão analisadas no presente capítulo verificar-se-á que, dentre as opções interpretativas possíveis, vem prevalecendo, no âmbito dos tribunais

superiores, interpretações desfavoráveis ao sentenciado que culminam na adoção de posicionamento mais gravoso ao seu *status libertatis*.

Com isso, prolonga-se o encarceramento a partir de falsas justificativas jurídicas, contribuindo para a manutenção da superlotação das unidades prisionais, em nome do combate à impunidade e da salvaguarda da segurança pública.

Inobstante tenha declarado, no julgamento da ADPF n. 347, o *estado de coisas inconstitucional* do sistema prisional brasileiro, o Judiciário vem tomando decisões que privilegiam o encarceramento, em detrimento de medidas voltadas a diminuir ou fazer cessar o período de submissão da pessoa presa às condições degradantes do sistema prisional.

Considera-se que o Judiciário tem desempenhado papel medular, que, com suas maneiras de pensar e atuar, consolidam um estado de autorizado menos-cabo dos direitos básicos das pessoas presas no país. Por tal razão, Tavares ressalta que:

A magistratura brasileira não é simples coadjuvante no processo de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos, senão seu elemento propulsor à medida que contribui ativamente para um projeto de ampla encarcerização – acionando voluntariamente a ordem jurídica vigente para estender, por via interpretativa, a aplicação de penas privativas de liberdade e de prisões cautelares – ao mesmo tempo em que consente, ainda que por omissão, a ofensa, por parte do Estado, aos direitos mais básicos dos presos (TAVARES, 2015, p. 19).

No âmbito da execução penal, a utilização da interpretação em prejuízo das pessoas condenadas tem sido lugar comum, conforme será demonstrado no tópico seguinte. Este fenômeno denota que, a cada situação em que se interpreta a lei de forma mais gravosa ao *status libertatis* do sentenciado, opera-se a suspensão da própria lei, na medida em que é violada a regra da legalidade.

A perenização da violação da legalidade, operada, inclusive, pelos tribunais superiores, mostra-se a serviço da configuração do *campo* da execução penal enquanto espaço de exceção permanente, realizado de modo estável.

Dado o prolongamento da condição de exceção, passa-se a ver a violação dos direitos da pessoa privada de liberdade com lentes de normalidade, tornando o preso um não sujeito.

No lugar da ordem jurídica que é suspensa por meio da violação do princípio da legalidade, insere-se o órgão jurisdicional como *auctoritas* apta a preencher o sentido que se quer dar à lei. Mas, se, ao interpretar, o judiciário reafirma a exceção com violação à legalidade, torna-se o soberano que decide pela “sacerização” do preso.

O próprio reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* do sistema carcerário brasileiro, sem a imediata soltura daqueles submetidos às inconstitucionalidades, indica o desprezo pela não vida (vida nua) da pessoa presa, na medida em que a exceção se torna a regra na execução penal.

DA INTERPRETAÇÃO IN MALAM PARTEM NA EXECUÇÃO PENAL

A interpretação que ultrapassa o previsto em lei e prejudica o condenado vem sendo realizada com frequência no âmbito da execução penal, o que nos permite verificar que o Princípio da Legalidade não tem cumprido as funções sistemática, hermenêutica e de garantia que lhes são assinaladas pelo pensamento dogmático, em razão de sua condição retórica de sentido. Tal condição é calçada na verossimilhança, que determina o aceitável, o que é apenas retoricamente verossímil (CUNHA, 1979, p. 115 e 117).

A condição retórica de sentido reside no fato de que:

[...] ao tempo em que coloca o **princípio da reserva legal** como garantia de uma interpretação democrática (pressuposto do embuste), dele simultaneamente se utiliza para, **por lei**, dispensar a existência de **lei** nas hipóteses em que não haja normas escritas específicas à compulsória resolução judicial dos conflitos (LEAL, 2014, p. 247, grifo do original).

Como exemplo, observa-se a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942, com redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010)², que, em seu artigo 4º, permite que o juiz decida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, e, em seu artigo 5º, determina que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Incorporado ao contexto penal, permite-se que, em detrimento da legalidade, no momento da aplicação da lei, o julgador se coloque na posição de mediador dos anseios sociais e passe então a manejá-la segundo o seu senso de justiça, que acaba por culminar na violação de direitos dos sentenciados.

² Importante registrar que o Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), teve origem na Ditadura Vargas, sendo reafirmado no Código Civil de 2002, quando já em vigor a Constituição de 1988. Em 2010, o Decreto-lei foi substituído pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que preservou, em seu conteúdo, a integralidade do que já havia sido reafirmado pelo Decreto ditatorial. Verifica-se, então, que esta lei é resultado de uma metamorfose do Decreto da ditadura Vargas, que perpetuou no sistema jurídico brasileiro um fulcro aberto a admitir a decisão com base em códigos não jurídicos. É sintomática a insistência de ser manter no bojo do nosso ordenamento jurídico, mesmo após a promulgação da Constituição dita democrática, um texto com viés antidemocrático a partir da transmutação do Decreto-lei na LINDB. Isso como se fosse adequada à nova ordem constitucional uma lei cujo conteúdo foi estrategicamente elaborado em um regime ditatorial.

Conforme esclarecido por Eduardo Couture, a interpretação é um ato de vontade, e uma decisão política que pressupõe, ainda que inconscientemente, que o intérprete tome partido por uma concepção do Direito e, portanto, do mundo e da vida. Dado que “o raciocínio e a intuição pertencem a um determinado homem e, por isso, estão prenhes de subjetivismo, todo intérprete é, embora não o queira, um filósofo e um político da lei”. Assim, considerando a complexidade natural do ato interpretativo, “embora pretenda o intérprete ser, absolutamente, neutro, não pode sê-lo”, visto que sua operação é um ato vital que, como tal, está carregado, inconscientemente, de volições (COUTURE, 1994, p. 9-11).

Portanto, a interpretação não é livre, senão pautada pelas valorações subjetivas do intérprete, que vai atribuir o sentido normativo segundo o reconhecimento ideológico que fizer da leitura do dispositivo legal e dos dados do caso concreto.

O perigo reside no ato de equacionar a interpretação quando o princípio da legalidade é deslocado, por uma jurisdicional plasticidade (LEAL, 2008, p. 297), para uma dimensão em que o órgão jurisdicional se coloca como tutor do bem-estar social, a corrigir a lei em busca de fins nobres. A partir desta postura, o destino das pessoas privadas de liberdade é submetido a uma racionalidade justificante das decisões não mais a partir da lei, mas extraída de um suposto desejo unívoco de justiça e paz social, emanados do corpo social, que suplanta a própria legalidade.

Faz-se necessário observar que os ideais de justiça e paz social exercem uma função de estruturas estratégicas historicamente implantadas na consciência cultural de forma a difundir a convicção de uma moral (substratos de valores de retidão universal) supostamente inerente à natureza humana a ser captada pela sensibilidade do julgador (LEAL, 2010, p. 140).

Nas situações que serão apresentadas a seguir, será evidenciado que, seja na interpretação da Constituição como na interpretação da Lei de Execução Penal, os órgãos jurisdicionais vêm optando pela interpretação mais gravosa ao *status libertatis* do condenado, conformando o *campo* da exceção na execução penal e estimulando o contínuo processo de encarceramento em curso no país. O que se quer demonstrar é que bastaria a observância da regra da legalidade, com vedação à interpretação *in malam partem*, para que fossem tomadas decisões em sentido contrário.

Da exigência do exame criminológico

Em se tratando de jurisprudências em prejuízo aos apenados, há que se mencionar o restabelecimento da possibilidade de determinar a realização de exame criminológico como requisito subjetivo complementar à concessão da progressão de regime.

O exame criminológico estava previsto na redação original do parágrafo único do art. 112 da LEP, que previa a possibilidade de sua realização de forma facultativa, ao afirmar que “a decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, **quando necessário**” (grifo nosso). Em 2003, a Lei n. 10.792, do mesmo ano, alterou o artigo 112 da LEP, de maneira a exigir como requisito para a progressão de regime apenas o lapso temporal e o atestado de bom comportamento carcerário, elaborado pelo diretor do estabelecimento prisional, excluindo, pois, a previsão expressa da possibilidade de requerimento do exame criminológico. Esta é a previsão atual do artigo 112 da LEP e seu parágrafo único.

Ocorre que, mesmo diante da alteração legislativa que suprimiu o exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime, o entendimento majoritário que se firmou nos tribunais superiores é que, se o magistrado entender necessário, diante do caso concreto, pode determinar a sua realização. É o que preveem a súmula vinculante número 26 do STF e a súmula 439 do STJ.

Para não escapar ao tema aqui proposto e, portanto, sem adentrar nos questionáveis fins e forma do exame, tampouco problematizando a impropriedade de seu objeto, analisar-se-á tão somente o impacto de tal atividade jurisdicional no cenário carcerário.

Fazendo coro ao ministro Marco Aurélio, único a questionar o trecho da súmula que dizia respeito ao restabelecimento da exigência do exame, afirma-se que a sua aprovação corresponderia à reintrodução de uma exigência prejudicial ao réu. Afirmou o ministro que:

Esse texto foi expungido, ou seja, tendo em conta a realidade brasileira, [...] esse exame já se mostrava senão inócuo – quanto ao conteúdo de duvidosa propriedade –, inviável, porque oitenta mil presos aguardavam, havendo alcançado tempos para a progressão, o famigerado exame. Recordo, a imprensa veiculou a existência de trabalho visando, justamente, a dar àqueles que estão sob custódia do Estado tratamento digno, tratamento previsto na própria Constituição (BRASIL, 2010c, p. 8-9).

É de se observar que o ministro ressaltou, para além do ativismo de se restabelecer um requisito derogado pela lei, o prejuízo causado pela demora na realização do exame, que prolonga ainda mais o encarceramento, já que os apenados são mantidos em regime mais rigoroso, esperando a ocasião de se submeter ao exame. Ao menos se houvesse acompanhamento contínuo do cumprimento da pena, os laudos estariam disponíveis para apreciação no exato momento em que eles implementassem o requisito objetivo para a concessão do benefício.

Ao contrário, o que se vê é que somente após o implemento do requisito objetivo é que se passa a investigar o implemento do requisito subjetivo, fazendo com que o apenado suporte longa espera para a realização da perícia.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), a partir do parecer elaborado por Valdirene Daufemback, destacou que a morosidade na realização do exame causa a descrença nas instituições públicas e a superlotação das unidades prisionais. Fazendo referência à legislação em sua redação original, quando o requisito era expressamente previsto em lei de maneira facultativa, afirmou que a “realização compulsória do exame criminológico, além de indevida, foi no passado a principal causa do atraso na concessão dos benefícios de progressão de regime, livramento condicional, comutação de pena e indulto” (DAUFEMBACK, 2008, p. 17).

Disso, verifica-se que o judiciário criou um requisito prejudicial ao apenado, ao alvedrio da atividade legislativa que modificou o texto da LEP para a supressão do exame.

Da exigência do cumprimento de 3/5 da pena pelo condenado reincidente

Com a publicação da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, e posterior alteração da sua redação pela Lei 11.464/2007³, o requisito objetivo necessário à concessão da progressão de regime aumentou. Segundo a redação do parágrafo único do art. 2º da Lei 8.072/90: “a progressão de regime, **no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo**, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente” (BRASIL, 1990, grifo nosso).

A lei não especifica se a fração de 3/5 (três quintos), mais gravosa, aplica-se a reincidentes em crimes hediondos ou equiparados, ou a qualquer reincidente, ainda que o crime anterior não seja dessa natureza.

Considerando que a interpretação traz significativo impacto no cumprimento da pena, entende-se que o intérprete da norma deve se valer de um processo hermenêutico sistemático que perpassa pelos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, evitando que a interpretação se dê *in malam partem*.

Em uma primeira empreitada hermenêutica, pautada em critério lógico-sistemático e amparada pelo princípio da especialidade, verifica-se que a reincidência, à qual se refere o § 2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, é a

³ Esta alteração legislativa teve origem no projeto de lei (PL) 6.793/2006, de autoria do Executivo (AV 270/2006), representado pelo então Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos (BASTOS, 1990), com redação final correspondente ao texto substitutivo apresentado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), assinado pelo deputado José Eduardo Cardozo (CARDOZO, 2007). Na justificativa do Projeto, o Ministro explicou que seu objetivo era estabelecer uma forma mais rigorosa de progressão de regime prisional para os condenados por crimes considerados hediondos ou a eles equiparados, diferenciando-os dos crimes comuns (BRASIL, 2006).

específica. Isso porque o agravamento do requisito se deu por meio de legislação que alterou o texto da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), de forma que só pode aplicar-se a crimes desta natureza. Reconhece-se que a referida lei criou um sistema punitivo com regras especiais que regulamentam o disposto no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Tais regras vão desde a identificação dos tipos penais considerados hediondos ou equiparados, passando pelo agravamento das penas até alcançar regras específicas do cumprimento de pena daqueles condenados por crimes desta natureza. Trata-se, pois, de lei especial voltada a este tipo específico de crime.

Na justificativa do projeto de lei que deu origem à alteração legislativa que instituiu o requisito mais grave, afirma-se que o objetivo é “estabelecer uma forma mais rigorosa de progressão de regime prisional para os condenados por crimes considerados hediondos ou a eles equiparados, diferenciando-os dos crimes comuns”, como forma de responder “à necessidade de estabelecer tratamento mais severo para os crimes definidos como hediondos ou a eles equiparados” (BASTOS, 2006, p. 2). Observa-se que a justificativa do projeto remete a um tratamento mais rigoroso aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, de forma que o agravamento do requisito objetivo necessário para a concessão da progressão de regime deve alcançar os reincidentes em crimes que tenham tais características fundamentais.

Entender o contrário é, ante a omissão da lei, ampliar a restrição ao direito fundamental de liberdade sem amparo legal, pautando-se tão somente na interpretação *in malam partem*, em ofensa à hermenêutica basilar.

No entanto, segundo o entendimento jurisprudencial que se firmou, exige-se a fração de 3/5 (três quintos) do cumprimento da pena pelo condenado reincidente como requisito objetivo para a concessão da progressão de regime, a incidir sobre todas as condenações, ainda que o crime anterior não seja hediondo ou equiparado.

No STJ, reiteradas decisões dão conta de que “esta Corte firmou o entendimento de que o legislador, ao dar nova redação ao art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, não fez qualquer menção à necessidade de a reincidência ser específica em crime hediondo ou equiparado” (BRASIL, 2014b).

A 5ª turma do STJ também segue o mesmo entendimento:

O legislador, ao impor a fração de 3/5 de pena cumprida aos reincidentes, para fins de obtenção da progressão de regime, não distinguiu as modalidades de reincidência, tendo apenas exigido a condição de primário àqueles agentes condenados pela prática de delito hediondo, para que o lapso temporal utilizado para o cálculo da concessão do benefício fosse o de 2/5 (BRASIL, 2012b).

Salta aos olhos a confissão de que a lei não distinguiu as espécies de reincidência para fins de aplicação da fração de 3/5, o que ensejaria uma interpretação mais favorável ao sentenciado. Não obstante, ciente da omissão legislativa, em uma hermenêutica às avessas, optou-se por interpretar pela reincidência genérica, aplicando a fração mais onerosa ao condenado, ainda que o crime anterior não seja hediondo.

O entendimento firmado pelo STJ é o que vem orientando a interpretação do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, nas instâncias inferiores.

Da interrupção do prazo para concessão de benefícios em razão da prática de falta grave

Há também o entendimento segundo o qual a prática de falta grave interrompe o prazo para concessão de benefícios. Igualmente, não há amparo legal para este entendimento, sendo ele uma criação jurisprudencial de um efeito prejudicial ao condenado, que prolongará seu encarceramento, sedimentada na súmula 534 do STJ, com aplicação rotineira nas instâncias ordinárias.

Não se questionam as hipóteses em que a falta grave acarreta a regressão de regime, ou quando esta falta consiste na fuga. Na primeira hipótese, porque o artigo 112 da LEP prevê que a progressão de regime será concedida ao preso que cumprir 1/6 da pena *no regime anterior*. Logo, se houve regressão de regime em razão da prática da falta grave (art. 118, I, LEP), será preciso o cumprimento de 1/6 da pena naquele regime mais grave para a obtenção de nova progressão. De outro lado, se a falta grave consiste na fuga, é razoável o reinício da contagem do período aquisitivo, uma vez que nesta hipótese houve a interrupção do cumprimento da pena.

O que se discute é a interrupção do período aquisitivo, com reinício da contagem do prazo para concessão de benefícios, na hipótese em que não houve a regressão de regime. Poder-se-ia, equivocadamente, entender que o art. 127 autorizaria a interrupção a partir da seguinte redação: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”. No entanto, o dispositivo legal trata especificamente da remição, estando, inclusive, inserto na seção IV da LEP intitulada “Da remição”. Dessa forma, não há como sustentar que o recomeço da contagem de que trata o artigo refere-se à contagem do prazo para benefícios, mas tão somente à contagem da remição.

A matéria tinha tratamento divergente no STJ, e, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.176.486, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, considerando que a prática de falta grave acarreta a interrupção do prazo para concessão da progressão de regime. Na ementa, declarou-se que “se assim não fosse, ao custodiado em regime

fechado que comete falta grave não se aplicaria sanção em decorrência dessa, o que seria um estímulo ao cometimento de infrações no decorrer da execução”⁴ (BRASIL, 2012a).

Acompanhando o relator, o desembargador convocado Vasco Della Giustina argumentou que:

[...] entender que a prática de falta grave no regime fechado não interrompe o lapso aquisitivo para a obtenção da progressão de regime, a meu ver, conferiria ao reeducando bônus perante a execução penal, já que a prática de falta grave não lhe acrescentaria maiores repercussões, pois as demais sanções advindas da insubmissão administrativa soar-lhe-iam brandas, ante a dispensabilidade de novo resgate de pena, o que, para muitos, seria um estímulo ao cometimento de infrações. Outrossim, assentir com a preposição de que a prática de infração disciplinar não constitui novo marco para a evolução prisional, quando cometida por reclusos que se encontram no sistema fechado, no meu entender, violaria o princípio da igualdade, já que o custodiado que cumpre pena no regime intermediário, ao ser punido por falta grave, deverá regredir ao regime fechado e nele cumprir o prazo necessário para a progressão, circunstância que não se exigirá do infrator, que já se encontra no modo mais gravoso (BRASIL, 2012a).

Discordando do relator, com voto bastante elucidativo, a ministra Maria Thereza de Assis Moura faz menção ao disposto no art. 57, parágrafo único, da LEP, segundo o qual: “nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos II a V do art. 53 desta Lei”, quais sejam “a suspensão ou restrição de direitos; o isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo; a inclusão no regime disciplinar diferenciado”. Denota-se que não há previsão legal de nenhuma forma de interrupção (BRASIL, 2012a).

Apropriando-se da mesma fundamentação, é possível verificar que, ao contrário do que argumentou o relator, aquele que pratica falta grave tem as punições previstas no art. 53, sem falar que o registro da falta constará em seu atestado carcerário, impedindo a imediata concessão de qualquer benefício por ausência de requisito subjetivo, até que haja a reabilitação. Assim, não se poderia vincular um requisito subjetivo ao requisito temporal, que é objetivo.

Quanto à interpretação que se faz do art. 127, que trata da remição, a ministra bem esclareceu que:

(...) o fato do cometimento de falta grave implicar a perda do tempo remido não autoriza a conclusão, em verdadeira aplicação analógica em

⁴ No mesmo sentido: STF. Primeira Turma. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Habeas Corpus 85.141/SP, j. 5 abr. 2005, DJU 12 jun. 2006.

malam partem, de que uma vez praticada falta grave a contagem do lapso deva ser interrompida para fins de progressão. Uma coisa é afirmar que o trabalho não poderá ser computado como efetivo cumprimento da pena em virtude da prática de falta grave. Outra, diversa, é desconsiderar o cumprimento do lapso exigido pela lei para a progressão de regime em razão da falta (BRASIL, 2012a).

Por fim, a ministra lembra que a lei não faz previsão neste sentido – e não poderia “porque tal previsão fugiria totalmente ao espírito da lei, que é o da reintegração harmônica do condenado na sociedade, de forma paulatina, progredindo do regime mais rigoroso para o menos rígido, após o cumprimento do tempo exigido e dos requisitos subjetivos, dentre os quais a boa conduta” (BRASIL, 2012a).

Desta forma, torna-se evidente que se trata de interpretação *in malam partem* que, por afronta ao princípio da legalidade, não deve prevalecer. No entanto, este não foi o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Do cumprimento de metade da pena para concessão do livramento condicional aos condenados reincidentes

O art. 83, II, do CP indica a necessidade de cumprimento de metade da pena para a concessão do livramento condicional na hipótese de condenado reincidente em crime doloso. Aos primários condenados por crimes não hediondos, esse requisito é reduzido para 1/3.

O que se tem visto na prática é que, com a unificação de condenações, sendo constatada a reincidência, tem sido aplicada a fração de metade da pena para o primeiro e o segundo delito. Neste sentido, manifestou-se o STJ, afirmando que “o tema posto em juízo já foi reiteradamente enfrentado por esta Corte” (BRASIL, 2017b):

Uma vez reconhecida a reincidência, o apenado passa a ostentar tal condição, o que gera efeitos, de imediato, no cálculo dos futuros benefícios da execução criminal, inclusive quanto à incidência da fração de 1/2 para a concessão do livramento condicional (art. 83, II, do CP), não havendo falar na aplicação concomitante do patamar de 1/3 para a execução de pena aplicada ao tempo em que era primário e de 1/2 para as demais execuções. 4. *Habeas corpus* não conhecido (BRASIL, 2016).

Desconsidera-se que, em relação ao primeiro delito, o condenado era primário, de forma que, somente a partir da segunda condenação, é que se pode falar em reincidência, de forma que o requisito objetivo deve ser orientado pela condição que foi reconhecida por sentença, distinguindo as frações do crime praticado quando primário e quando reincidente.

Rodrigo Roig argumenta que o direito penal deve orientar-se a fatos e não a pessoas, de forma que o tratamento penal dispensado ao primeiro crime deve permanecer também durante a execução da pena. Isso, sob pena de ofensa à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), com a atribuição de “efeitos da subsequente condenação atingindo a primeira, já juridicamente consolidada”. Ademais, acarretaria dupla punição em razão do mesmo fato: a reincidência que já foi responsável por majorar a pena na segunda condenação, também serviria para um acréscimo na fração para o livramento condicional (ROIG, 2017, p. 437).

Dessa forma, o que se defende é que a determinação do requisito objetivo necessário para concessão do livramento condicional seja orientada pela condição reconhecida na sentença: reincidência ou primariedade. Evita-se, com isso, que seja exigido o cumprimento de metade da pena em relação a todas as condenações, sem distinguir a condição do sentenciado em cada uma delas.

DA RECONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Na prática judiciária, é frequente a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade quando, ocorrendo a unificação, o novo regime de cumprimento de pena mostra-se incompatível com o cumprimento simultâneo de ambas.

Os tribunais têm promovido uma interpretação extensiva dos artigos 44, § 5º, do Código Penal, e 181, § 1º, da Lei de Execução Penal, para converter a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade na hipótese em que o sentenciado estiver cumprindo outra pena privativa de liberdade, sob o argumento de que a reconversão é necessária, pois há incompatibilidade entre a pena restritiva e a privativa. Nesse sentido, exemplifica-se o entendimento sedimentado no STJ com o seguinte excerto:

Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a conversão poderá ocorrer quando houver incompatibilidade na execução da pena restritiva de direitos com a privativa de liberdade (art. 181, § 1º, alínea “e”, da LEP e art. 44, § 5º, do Código Penal). 3. No caso concreto, o ora paciente cumpria pena privativa de liberdade (reclusão). Durante o cumprimento da reprimenda sofreu nova condenação à pena privativa de liberdade em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, razão pela qual o Juízo da Vara de Execuções Criminais converteu as penas restritivas em privativa de liberdade, em consonância com a legislação de regência da matéria (BRASIL, 2017c).

Não obstante o posicionamento firmado, defende-se que ambas as previsões legais (artigos 44, § 5º, do CP, e 181, § 1º, da LEP) somente se aplicam se, no curso da execução da pena restritiva de direitos, sobrevém condenação à pena

privativa de liberdade. Trata-se de hipótese em que a pena restritiva de direitos está sendo executada quando o sentenciado sofre nova condenação à pena privativa de liberdade. O artigo 44, § 5º, do Código Penal fala em “superveniência de condenação”, e o artigo 181, § 1º, da Lei de Execução Penal trata da hipótese em que o sentenciado venha a “sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa”.

Dito isso, afirma-se que a reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade só será possível se a condenação pela prática de outro crime, a pena privativa de liberdade, for posterior à condenação ao cumprimento da pena restritiva, e que o sentenciado esteja cumprindo a pena restritiva de direitos quando da prática do crime que acarrete condenação à pena privativa de liberdade, hipótese em que terá descumprido as condições da pena restritiva que justifiquem sua reconversão em pena privativa de liberdade.

Afora tal hipótese, deve prevalecer o disposto no art. 76 do Código Penal, segundo o qual, no concurso de crimes, deve-se executar primeiro a pena mais grave, e, quando estiver em um regime compatível, ou terminada a pena privativa de liberdade, será iniciado o cumprimento da pena restritiva de direitos.

Portanto, o mesmo argumento em que se funda a reconversão serve para impedi-la. Se a privação da liberdade é incompatível com o cumprimento da pena restritiva de direitos, deve ser suspensa a execução da pena restritiva até que seja possível seu cumprimento, em vez de reconvertê-la em pena privativa de liberdade utilizando-se do argumento da incompatibilidade das penas. O entendimento contrário afasta-se do expressamente previsto em lei para, por meio de uma interpretação extensiva, prejudicar o condenado.

Da execução antecipada da pena

Em 1992, no julgamento do Habeas Corpus n. 69.964/RJ, publicado em julho de 1993 (BRASIL, 1993), ficou sedimentado o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da legitimidade da execução antecipada da pena.

O posicionamento foi invertido para, no Habeas Corpus n. 84.078/MG (BRASIL, 2010a), de relatoria do então ministro Eros Grau, firmar-se o entendimento de que haveria incompatibilidade entre a garantia constitucionalmente assegurada da presunção de inocência e a execução provisória de sentença penal condenatória. A partir de então, somente se justificaria a execução provisória para garantir a progressão de regime de cumprimento de pena quando o sentenciado estivesse respondendo ao processo preso, mas já por tempo suficiente à concessão da progressão, conforme a súmula 716 do STF.

Contrariando seus próprios fundamentos, o STF decidiu, por maioria, no julgamento do Habeas corpus n. 126.292/SP (BRASIL, 2017a), que a execução provisória da pena após o julgamento pela segunda instância não ofende o

princípio constitucional da presunção de inocência. Na ementa, afirmou-se que 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” (BRASIL, 2017a).

Para além de se discutir os fundamentos que subsidiaram a decisão, o que se quer demonstrar é que a mais alta corte judiciária do país despendeu considerável esforço argumentativo para contrariar o que está expressamente previsto na Constituição da República.

A ministra Rosa Weber, voto vencido no julgamento em questão, fez referência ao Habeas corpus n. 69.964/RJ, julgado pelo órgão pleno em 1992, mencionando o voto do ministro Marco Aurélio, também vencido no mesmo julgamento, no qual afirmou que “mais do que diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição. (...) anoto a circunstância de o vocábulo “antecipada”, inserido na expressão, denotar suficientemente a incoerência da execução assim operada” (BRASIL, 2017a, p. 56).

Reafirmando o posicionamento anterior, no julgamento mais recente, o ministro Marco Aurélio foi taxativo ao afirmar que a interpretação é um ato de vontade, porém vinculado ao direito positivo. E o caso em apreço versa sobre uma garantia constitucional que expressamente prevê que “ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”, previsão que, segundo o ministro, não permite interpretações.

Nesse sentido, observa que:

[...] há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção (BRASIL, 2017a, p. 77-78).

Verifica-se que, decidindo *in malam partem*, o STF considerou que não fere o princípio da presunção de inocência a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado. Mesmo diante de texto expresso na Constituição, incluso no rol das cláusulas pétreas, o tribunal supremo empreendeu grande esforço interpretativo para dar novo sentido ao que sequer demandava interpretação.

Em grande medida, referido posicionamento permitirá a decretação da prisão após o julgamento em segunda instância, tornando regra a prisão processual – uma vez que anterior ao trânsito em julgado –, sem que seja necessário demonstrar a presença, em concreto, dos elementos que evidenciam situação de cautelaridade a justificar a prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas situações apresentadas, de forma exemplificativa, evidenciou-se que, dentre as interpretações possíveis, optou-se por aquela prejudicial ao *status libertatis* da pessoa presa. Houve um afastamento da regra hermenêutica basilar, segundo a qual a interpretação, em matéria penal, não pode se dar *in malam partem*.

A partir dos posicionamentos expostos, verifica-se que o Judiciário tem ocupado papel central na política de encarceramento em curso no país. Nas hipóteses trazidas, verifica-se que bastaria a observância do princípio da legalidade, com a consequente observância da vedação à interpretação *in malam partem*, para que se evitasse o prolongamento na duração do encarceramento.

A adoção de posicionamentos prejudiciais ao apenado tem conformado o espaço da execução penal como *campo* de exceção, no qual emergem regras e entendimentos de violação e suspensão de direitos que reforçam a condição de *homo sacer* do preso, que está fora do sistema legal de proteção.

Pensar em uma execução penal que não seja *campo* de exceção, de violações de direitos e de morte, mas que considere o direito enquanto forma de afirmação da dignidade da pessoa encarcerada, perpassa necessariamente pela atuação de um outro Judiciário, capaz de ir além da declaração do já exaustivamente conhecido *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro. Sobre tudo, não o agravando por meio de decisões que prolongam o encarceramento e fazendo cessá-lo, colocando em liberdade aqueles que estão ilegalmente presos por estarem sendo mantidos neste *campo*.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Tradução de Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

BASTOS, Marcio Thomaz. *PL 6793/2006*. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ADC7ECB2F09203003D877CB4C6F9A180.proposicoesWebExterno2?codteor=382965&filename=PL+6793/2006>. Acesso em: 20 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Agravo regimental em Habeas Corpus n. 2016/0332250-8. Relator Ministro Jorge Mussi. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 01 ago. 2017b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=livramento+condicional+reincidente+&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 176.123/MS. Relator Ministro Gilson Dipp. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 20 mar. 2012b.

Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001082030&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Habeas Corpus n. 411098 / SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 26 set. 2017c. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701946555&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus n. 238.592/RJ. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 17 fev. 2014b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201200702407&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Habeas Corpus n. 336.860/RS. Relator Ministro Nefi Cordeiro. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 16 fev. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502403999&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 14 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. Embargos de divergência em Recurso Especial n. 1.176.486/ SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 28 mar. 2012a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12853996&num_registro=201001585670&data=20120601&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Proposta de súmula vinculante 30, Distrito Federal*. *Diário de Justiça da União*. Brasília, 26 de fevereiro de 2010c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_26__PSV_30.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2017.

BRASIL. Lei 11.464 de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 mar. 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11464.htm>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 31 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 254.255/MG. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 14 jun. 2014a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35122577&num_registro=201201940344&data=20140514&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 101.023/RS. Relator: Ricardo Lewandowski – Primeira Turma. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 09 mar. 2010b. Disponível

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609656>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Habeas Corpus 85.141/SP Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=358697>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n. 26. Para efeitos 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 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. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 de dezembro de 2009. Seção Plenária. p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 69.964/RJ Relator: Ministro Ilmar Galvão. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 jul. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72111>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 84.078/MG. Relator: Ministro Eros Grau. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 fev. 2010a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus n. 126.292/SP. Relator: Ministro Teori Zavascki. *Diário de Justiça*, Brasília, 07 fev. 2017a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369525>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

CARDOZO, José Eduardo. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *PL 6.793/2006: Parecer às Emendas de Plenário*. Brasília: Palácio do Congresso Nacional, 14 fev. 2007. [Parecer às Emendas de Plenário pelo Relator, Dep. José Eduardo Cardozo (PT-SP), pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, que conclui pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa; e, no mérito, pela rejeição das emendas apresentadas, com Substitutivo. Relator: José Eduardo Cardozo]. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=436046&filename=Tramitacao-PL+6793/2006>. Acesso em: 09 jul. 2017.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

Daufemback, Valdirene. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária: *Parecer CNPCP sobre exame criminológico para progressão de regime*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F1AD397ITEMID2D0D9AD3507E4A849A6385DC6A-D105D5PTBRIE.htm>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Nova Fase, 1962, n. 53, p. 295-316, jul./dez. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Corte Superior. *Incidente de Uniformização de Jurisprudência 1.0704.09.136730-7/002*. Relator: Silas Vieira. Belo Horizonte, 14 set. 2012. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=C25FBCBAED23FEACDAE61E9C1D994A10.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0704.09.136730-7%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Agravo em execução 1.0000.07.457659-6/001. Relator: Herculano Rodrigues. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 22 jul. 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.07.457659-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara Criminal. Agravo em execução 1.0000.09.501692-9/001. Relatora: Beatriz Pinheiro Caires. *Diário Oficial de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.09.501692-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, Juarez. *Parecer na ADPF n. 347/2015*. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/267050676/Parecer-Sistema-Carcerario-Versao-Final>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Data de recebimento: 17/12/2017

Data de aprovação: 30/07/2018