

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Professor: Leonardo Marcondes Machado

- ✓ Instagram: www.instagram.com/leonardomarcondesmachado
- ✓ Telegram: https://t.me/processo_penal
- ✓ Youtube: <https://www.youtube.com/user/proflmm>
- ✓ Site Oficial: www.leonardomarcondesmachado.com.br

1. Definição

“São aquelas que afastam o criminoso do ambiente social, mediante a sua segregação”.¹

2. Espécies de Pena

a) Reclusão.

- “pena mais grave do nosso Direito, que desconhece a pena de morte e a prisão perpétua. Mais grave, quer pela importância que a lei lhe atribui, pondo-a em relação com as figuras mais condenáveis de fatos puníveis, quer pelas consequências que decorrem da sua própria natureza e das condições da sua execução”.²
- “deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto” (art. 33 do CP).

b) Detenção.

- deve ser cumprida “em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado” (art. 33 do CP).

c) Prisão Simples.

- “deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto” (art. 6º da LCP).

Reclusão X Detenção

a) Regime (Inicial) de Cumprimento de Pena (art. 33, caput, CP).

- Reclusão: fechado, semiaberto e aberto;
- Detenção: semiaberto e aberto;

¹ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. v. I. t. II. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, p. 408.

² BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. t. III. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 80.

b) Medidas de Segurança (art. 97, caput, CP).

- Reclusão: internação;
- Detenção: tratamento ambulatorial;

c) Interceptação Telefônica (art. 2º, III, da Lei n. 9.296/96).

- Reclusão: permitida;
- Detenção: não permitida.

3. Regimes Prisionais

Noção Geral. - forma pela qual se realiza o cumprimento das penas privativas de liberdade, sejam de detenção sejam de reclusão; - estado de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Sistemas Penitenciários (Formas Históricas). a) pensilvânico (isolamento celular); b) auburniano (“silent system”); c) progressivo (inglês/irlandês).

Espécies. a) regime fechado; b) regime semiaberto; c) regime aberto.

- *principal diferença* entre os regimes se dá quanto ao “maior ou menor âmbito de liberdade proporcionado aos condenados”.³

Critério e Fundamento. - critério progressivo e escalonado para atendimento à função (declarada) de ressocialização da pena.

Progressão de Regime. - decisão do juiz das execuções penais; - “pari passu” (escalonada: do regime mais gravoso para o regime imediatamente menos gravoso); - motivada com prévia manifestação do MP e Defensor (art. 112 da LEP).

Crítérios de Progressão. a) tempo de cumprimento da pena; + b) mérito do condenado: boa conduta carcerária (atestada pelo diretor do estabelecimento prisional).

a) Tempo de Cumprimento:

I - 16% da pena: apenado primário + crime sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% da pena: apenado reincidente em crime sem violência à pessoa ou grave ameaça;

³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 323.

III - 25% da pena: apenado primário + crime com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% da pena: apenado reincidente em crime com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% da pena: apenado primário em crime hediondo ou equiparado;

VI - 50% da pena:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% da pena: apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% da pena: apenado reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

Observações (Lei n. 13.964/19).

- critérios anteriores: a) regra: 1/6 da pena; b) crimes hediondos: 2/5 primário e 3/5 reincidente (art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90).

- critério jurisprudencial (analogia “in bonam partem”): 40% da pena: condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, reincidente (não específico): “É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”.⁴⁵

⁴ “1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica. 2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários. 3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna. 4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido - qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas -, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos. 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem

- critério jurisprudencial (analogia “in bonam partem”): 50% da pena: condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, reincidente (não específico)⁶: “após a entrada em vigor do Pacote Anticrime, o condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte, que seja reincidente genérico, deverá cumprir ao menos 50% da pena para a progressão de regime prisional, pelo uso da analogia in bonam partem”.⁷

- não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343 (art. 112, § 5º, da LEP).

- “o cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente” (art. 112, § 6º, da LEP).

Progressão Especial. Mulher Gestante / Mãe ou Responsável por Crianças ou Pessoas com Deficiência. “§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não ter integrado organização criminosa. § 4º O cometimento de novo crime doloso

resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante” (STJ – Terceira Seção - REsp 1.910.240/MG – Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz – j. em 26.05.2021 – DJe de 31.05.2021).

⁵ STJ. *Jurisprudência em Teses*. Enunciado n. 1. Edição n. 184 (Do Pacote Anticrime). Brasília, 21 jan. 2022.

⁶ “1. A Lei de Crimes Hediondos não fazia distinção entre a reincidência genérica e a específica para estabelecer o cumprimento de 3/5 da pena para fins de progressão de regime, é o que se depreende da leitura do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990: A progressão de regime, no caso dos condenados pelos 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, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal). 2. Já a Lei n. 13.964/2019 trouxe significativas mudanças na legislação penal e processual penal, e, nessa toada, revogou o referido dispositivo legal. Agora, os requisitos objetivos para a progressão de regime foram sensivelmente modificados, tendo sido criada uma variedade de lapsos temporais a serem observados antes da concessão da benesse. 3. Ocorre que a atual redação do art. 112 revela que a situação ora em exame (condenado por crime hediondo com resultado morte, reincidente não específico) não foi contemplada na lei nova. Nessa hipótese, diante da ausência de previsão legal, o julgador deve integrar a norma aplicando a analogia in bonam partem. Impõe-se, assim, a aplicação do contido no inciso VI, a, do referido artigo da Lei de Execução Penal, exigindo-se, portanto, o cumprimento de 50% da pena para a progressão de regime, caso não cometida falta grave” (STJ - Sexta Turma - RHC 581.315/PR - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior - j. em 06.10.2020 - DJe de 19.10.2020).

⁷ STJ. *Jurisprudência em Teses*. Enunciado n. 2. Edição n. 184 (Do Pacote Anticrime). Brasília, 21 jan. 2022.

ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.” (art. 112, §§ 3º e 4º da LEP).

Regressão de Regime.

- transferência a regime prisional mais rigoroso (art. 118 da LEP);

- hipóteses gerais:

a) praticar fato definido como crime doloso;

b) praticar falta grave (art. 50 da LEP / Súmula n. 526 do STJ⁸ / STF – RE 776.823⁹);

c) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

3.1. Fechado

- “estabelecimento de segurança máxima ou média” (art. 33, § 1º, “a”, CP) / Penitenciária (art. 87 da LEP).

- regime inicial = condenados a pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos (art. 33, § 2º, “a”, CP) e condenado por crime hediondo e assemelhados (tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins) (art. 2º, § 1º, da Lei n.º 8072/90 e art. 1º, § 7º, da Lei n.º 9455/97).

Regras. “O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena. § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas” (art. 34 do CP).

3.2. Semiaberto

- “colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar” (art. 33, § 1º, “b”).

⁸ STJ. Súmula n. 526. “O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato”.

⁹ STF - Tribunal Pleno - RE 776.823/RS RG - Rel. Min. Edson Fachin - j. em 04.12.2020: “Recurso extraordinário a que se dá provimento, com a fixação da seguinte tese: O reconhecimento de falta grave consistente na prática de fato definido como crime doloso no curso da execução penal dispensa o trânsito em julgado da condenação criminal no juízo do conhecimento, desde que a apuração do ilícito disciplinar ocorra com observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, podendo a instrução em sede executiva ser suprida por sentença criminal condenatória que verse sobre a materialidade, a autoria e as circunstâncias do crime correspondente à falta grave”.

- regime inicial = condenados não reincidentes a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos contudo não excedente a 8 (oito) (art. 33, § 2º, “b”, CP).

Regras. “Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior” (art. 35 do CP).

3.3. Aberto

- “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (art. 33, § 1º, “c”, CP).

- regime inicial = condenados não reincidentes a pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos (art. 33, § 2º, “c”, CP).

Regras. “O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada” (art. 36 do CP).

3.4. Determinação Regime Inicial

Conforme Jurisprudência do STF e STJ:

- Súmula n. 718 do STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.

- Súmula n. 719 do STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

- Súmula n. 269 do STJ: “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

Definição e Provisoriedade.

- fixado na sentença condenatória (art. 110, LEP), *porém* “a indicação realizada pelo juiz (da condenação) sobre o regime de cumprimento é sempre provisória, pois é

durante a execução penal que a sanção será adequada (individualização executória).¹⁰

3.5. Soma ou Unificação de Penas na Execução

- “Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime” (art. 111 da LEP).

3.6. Falta de Vagas (Cf. Jurisprudência do STF)

- Súmula Vinculante n. 56 do STF: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

- O juiz da execução penal pode admitir para cumprimento de pena em regime semiaberto estabelecimentos que não sejam propriamente “colônia agrícola ou industrial”, bem como em regime aberto que não se qualifiquem como “casa do albergado”, desde que se mostrem compatíveis com as regras e condições gerais estabelecidas para aquela fase de execução da pena privativa de liberdade. Vedado, no entanto, o alojamento coletivo de presos do regime aberto e semiaberto com aqueles do regime fechado. Havendo déficit de vagas, caberá ao juiz da execução determinar: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.¹¹

- “Consoante se depreende da leitura das peças que acompanham a inicial, a controvérsia reside na adequação da Penitenciária Industrial de Joinville para albergar condenados submetidos ao regime semiaberto. Embora este Tribunal tenha

¹⁰ CARVALHO, Salo de. *Penas e Medidas de Segurança no Direito Brasileiro: fundamentos e aplicação judicial...*, p. 323-324.

¹¹ STF – Tribunal Pleno – RE 641320/RS – Rel. Min. Gilmar Mendes – j. em 11.05.2016 – DJe 159 de 29.07.2016.

proclamado, no paradigma, a inviabilidade de manter-se apenado em regime mais gravoso, assentou, na mesma oportunidade, cumprir aos juízes da execução penal – considerada, inclusive, a instância recursal – a avaliação quanto à conformação do estabelecimento ao regime imposto, descabendo ao Supremo adentrar a problemática. No caso, havendo o Tribunal de Justiça reconhecido a existência de local apropriado, nas instalações da Penitenciária, para a custódia do reclamante, no que garantido inclusive o trabalho externo, tendo em vista o regime semiaberto, surge ausente contrariedade ao paradigma”.¹²

- “(...) é importante frisar que todos os apenados que cumprem pena no regime aberto na Cadeia Pública de Ipaumirim/CE, quando do seu recolhimento nos finais de semana, ficam em celas distintas das dos apenados do regime fechado, não mantendo qualquer tipo de contato com estes últimos. Assim sendo, embora nesta Comarca não exista Casa de Albergado, o local onde os apenados do regime aberto cumprem pena é considerado adequado (art. 33, §1, "c", do CP), atendendo, dessa forma, ao que foi decidido no julgamento do RE 641.320/STF (...). Diante do exposto, INDEFIRO o pedido formulado pelo apenado (...) tem-se que o ato reclamado está em harmonia com as balizas fixadas por esta CORTE, à medida que a concessão de prisão domiciliar deve ser a última opção a ser adotada, e não a primeira, como pretendido nesta Reclamação (Rcl 28.381/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 21/09/2017). Não há, portanto, qualquer ilegalidade no ato reclamado”.¹³

4. Regime Especial

“As mulheres cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo” (art. 37 do CP).

5. Detração

“Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior” (art. 42 do CP)

¹² STF - Decisão Monocrática - Rcl 29.410 - Rel. Min. Marco Aurélio - j. em 15.05.2018 - DJe 98 de 21.05.2018.

¹³ STF - Decisão Monocrática - Rcl 29.298 - Rel. Min. Alexandre de Moraes - j. em 09.08.2018 - DJe 164 de 14.08.2018.

6. Tempo Máximo de Cumprimento

- “não pode ser superior a 40 (quarenta) anos” (art. 75, *caput*, do CP);
- “Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo” (art. 75, § 1º, do CP).