

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

JULGAMENTO DE CONSTITUCIONALIDADE

PROGRESSÃO — CÁLCULO DE 1/6 - INCIDÊNCIA SOBRE A PENA IMPOSTA E NÃO SOBRE O CERTO RESTANTE

RESUMO

- No presente "habeas corpus", o paciente se insurge contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que lhe cassou a progressão para o regime aberto com a admissão de recolhimento em sua residência, por entender, "verbis": "Progressão de regime prisional. O cálculo de 1/6 da pena para a progressão, tanto do regime fechado para o semi-aberto, como deste para o aberto, tem por base a pena imposta na sentença em execução e não o tempo que ainda reste a ser cumprido pelo interno. Descabida aplicação analógica de dispositivo, com caráter de exceção à norma geral, em caso regulado na lei de forma diversa e sem lacunas". ... - O Ministério Público Federal, para opor-se a esse entendimento, se estriba em manifestação doutrinária do Dr. DAMÁSIO DE JESUS, que, comentando o artigo 33 do Código Penal ("Código Penal Anotado", pág. 114, Editora Saraiva, São Paulo, 1989), escreve: "Imagine-se a hipótese de réu condenado a doze anos de reclusão, iniciando o seu cumprimento em regime fechado (art. 33, parágrafo 2º, "a"). Cumprido um sexto (dois anos), passa para o regime semi-aberto (art. 112 da LEP). Para ser transferido para o regime aberto, deverá cumprir mais dois anos (um sexto) da pena total (doze anos) ou da pena restante (dez anos)? Ocorre que o cumprimento da pena extingue a punibilidade. Ora, se cumpriu os dois anos iniciais, no tocante a eles extinguiu-se a punibilidade. Extinta a pretensão executória em relação a eles (dois anos), não podem subsistir para prejudicar o condenado. Assim o segundo sexto deve recair sobre os dez e não sobre os doze anos. Acode por analogia, o disposto no art. 113 do Código Penal. Cumprida parcialmente a pena, havendo fuga do condenado, a pretensão executória é regulada pelo restante e não pelo total". ... - Essa opinião, todavia, não resiste à precisa fundamentação do relator do acórdão ora atacado, "verbis": "A pena a que se refere o art. 112 da Lei de Execuções Penais é unicamente a imposta ao preso pela sentença em execução. Veja-se que o mesmo dispositivo regula ambas as progressões de regime - do fechado para o semi-aberto e deste para o aberto. Porque, então, na primeira progressão se há de tomar para base do cálculo de 1/6 a pena total imposta e na segunda somente o restante a ser cumprido? Por dever de coerência, os defensores da tese aqui repelida deveriam também entender que o réu condenado a 6 anos de reclusão após cumprir 10 meses e 10 dias no regime fechado já poderia progredir para o semi-aberto, pois então, o restante da pena a cumprir seria de apenas 5 anos, 1 mês e 20 dias, que divididos por 6, dariam 10 meses e 9 dias, tempo inferior ao já cumprido por ele. E, como não é possível entender-se que, em um mesmo dispositivo legal, a expressão "1/6 da pena" ora se refira à sexta parte da pena imposta, ora à sexta parte da pena ainda a ser cumprida, nem tampouco, adotar-se interpretação de seu texto que conduza ao manifesto descumprimento de norma específica penal e do determinado na sentença em execução, parece claro que a pena a ser considerada em todos os casos de progressão de regime será sempre a imposta na sentença condenatória. Ressalte-se, ainda, que tanto o Código Penal quanto a Lei de Execuções Penais quando pretendem referir-se à pena residual fazem-no expressamente, como é necessário proceder-se tratando-se de execuções ao sentido ordinário ou comum da expressão "pena": o primeiro, em seu art. 113 - "tempo que resta da pena", a segunda, em seu art. 118, II - "restante da pena em execução". Seria, então, inteiramente descabida a idéia de pretender-se aplicar analogicamente tais dispositivos à progressão de regime prisional, primeiro - porque não há no art. 112 da LEP lacuna legal, segundo porque ambas aquelas normas são particulares, e excepcionais, com objeto definido, fugindo à regra geral de que, em tema de execução de sentença, "pena" é sempre aquela aplicada ao réu no "decisum" exequendo". - Note-se, aliás, que o próprio Dr. DAMÁSIO DE JESUS percebeu a fragilidade de

sua tese da extinção de punibilidade parcial e continuada - que, se verdadeira, seria o fundamento suficiente para sustentar sua interpretação -, e tanto a percebeu que incidiu, com a devida vênia, numa incoerência: a de buscar arrimo na aplicação analógica do artigo 113 do Código Penal, quando é certo que a analogia só é utilizada quando há lacuna na lei, o que não ocorre no caso, porquanto o artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) determina, expressamente, que a transf

EMENTA

O cálculo de 1/6 da pena a que, para fins de progressão de regime de seu cumprimento, se refere a parte final do artigo 112 da Lei de Execução Penal tem como base a pena imposta na sentença que se está executando, e não o tempo que resta da pena