

**Parecer:** AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME. Laudo Desfavorável. Comportamento Satisfatório. Inconstitucionalidade da Lei n.º 10.792/2003, quanto à modificação dos requisitos para a progressão de regime. Ausente o requisito subjetivo. Suscitação do incidente, LENIO LUIZ STRECK - PROCURADOR DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/ExecPenLLS>>

**Tribunal de Justiça**

**5ª Câmara Criminal**

**Agravo em Execução n.º**

**Origem: Uruguaiana**

**Agravante:**

**Agravado: Ministério Público**

**Relator: Des. Luís Gonzaga da Silva Moura**

---

**PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

AGRAVO EM EXECUÇÃO.  
PROGRESSÃO DE REGIME. Laudo  
Desfavorável. Comportamento  
Satisfatório. Inconstitucionalidade da Lei  
n.º 10.792/2003, quanto à modificação  
dos requisitos para a progressão de  
regime. Ausente o requisito subjetivo.  
Suscitação do incidente.

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

O apenado (.....) interpôs agravo em execução da decisão do juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Uruguaiana, que indeferiu pedido de progressão de regime, aduzindo em razões que, mesmo tendo o apenado implementado os requisitos objetivo e possuir comportamento carcerário satisfatório – consoante as novas exigências da Lei n.º 10.792/03 – foi-lhe negada a progressão. Suscitou também a nulidade do laudo.

Em contra-razões o Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do recurso.

A decisão foi mantida.

Vieram os autos para parecer.

É o relatório.

#### **PARECER**

O agravo não reúne condições de ser provido.

#### **1. Da suscitação do incidente de inconstitucionalidade referente a alteração do art. 112, *caput*, e parágrafo único, da L.E.P, promovida pela Lei n.º 10.792/03**

De pronto, é necessário deixar claro que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição.

Aqui reside, pois, a importância do que se está a tratar no presente caso. Vejamos:

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

### **1.1) Da necessidade (constitucional) da suscitação do incidente de inconstitucionalidade**

Conforme especifico em meu *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*<sup>1</sup>, há uma diferença substancial entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle difuso exercido pelos tribunais. Ao contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo; deixa de aplicá-lo. Como bem assinala Paulo de Tarso Brandão, o juiz nunca “declara” inconstitucionalidade, recaindo o conteúdo de sua decisão sempre sobre a relação jurídica.

Já nos Tribunais de Segunda Instância, **o controle difuso estabelece-se com a suscitação do incidente de inconstitucionalidade, ocasião em que o processo fica suspenso, e a questão constitucional é remetida ao Órgão Especial do Tribunal, acompanhado do respectivo acórdão.** O *quorum* exigido para a declaração da inconstitucionalidade é o de maioria absoluta, conforme dispõe o art. 97 da CF.

Contudo, para confirmar a regra, há uma exceção! Como é sabido, recentemente foi alterado o art. 481, do CPC, desobrigando os órgãos fracionários dos tribunais a submeter ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à legitimidade para arguição, a questão da inconstitucionalidade pode ser suscitada pelas partes, pelo Ministério Público

---

<sup>1</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, em especial cap. 10.

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

ou, de ofício, pelo juiz ou órgão fracionário, até porque não existe matéria de ordem pública mais relevante que a (in)constitucionalidade de uma lei. A controvérsia da inconstitucionalidade tem cabimento e pertinência, no controle difuso, se tiver conexão com o objeto da demanda, nos casos em que tal exame é imprescindível ao julgamento do pleito. Ou seja, deve ser, de fato, **uma questão prejudicial**, verdadeira condição de possibilidade para o deslinde da controvérsia.<sup>2</sup>

A questão constitucional não pode ser, jamais, tangenciada. Com efeito, mesmo que o órgão fracionário “apenas afaste” a aplicação da norma infraconstitucional, por ser esta inconstitucional, **não estará liberado de suscitar o respectivo incidente**. Vale referir, pela relevância, a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

“Controle difuso de constitucionalidade de norma jurídica. Art. 97 da Constituição Federal. A declaração de inconstitucionalidade e norma jurídica *incidenter tantum*, e, portanto, por meio de controle de constitucionalidade, é o pressuposto para o Juiz, ou o Tribunal, no caso concreto, **afastar a aplicação da norma tida como inconstitucional**. Por isso, não se pode pretender, como o faz o acórdão recorrido, que não há declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica *incidenter tantum* quando o acórdão não a declara inconstitucional, mas afasta a sua aplicação, porque tida como inconstitucional. **Ora, em se tratando de inconstitucionalidade de norma jurídica a ser declarada em controle difuso por Tribunal, só pode declará-la, em face do disposto no art. 97 da Constituição, o Plenário dele ou seu Órgão Especial, onde este houver, pelo voto da maioria absoluta dos membros de um ou de outro**. No caso, não se observou esse dispositivo constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido” (RE 179170-CE, DJ 30/10/98).

---

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição...*, op.cit.

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

De repetir que o incidente de inconstitucionalidade somente será dispensado na hipótese de já existir pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou do Órgão Especial do respectivo Tribunal. Agregue-se, para tanto, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“Processo Civil. Controle de Constitucionalidade. Princípio da reserva de plenário. O juiz singular pode deixar de aplicar lei inconstitucional; os órgãos fracionários dos tribunais não – porque, mesmo no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, os tribunais só podem deixar de aplicar a lei pelo seu plenário ou, se for o caso, pelo respectivo órgão especial (art. 97 da CF), observado o procedimento previsto no art. 480 e seguinte do Código de Processo Civil, salvo se já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (art. 481, parágrafo único, do CPC). Recurso Especial conhecido e provido” (RESP nº 89297-MG, Rel. Min. Ari Pargendler, Terceira Turma, STJ, DJ 07/02/00).

Enfim, o que deve ficar claro é que o controle difuso de constitucionalidade, realizado no âmbito dos tribunais, não pode prescindir da suscitação do incidente, salvo as exceções já destacadas exaustivamente. O art. 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário, funciona como uma *holding*, do qual emana o fundamento que legitima as duas variantes do nosso sistema de controle de constitucionalidade. Embora os efeitos sejam diferentes (no controle concentrado, *erga omnes*; no controle difuso, *inter partes*), há sempre uma declaração de inconstitucionalidade, ou seja, uma decisão que retira a validade da norma jurídica. Observe-se, nesse sentido, o bem lançado acórdão:

“Constitucional. Incidente de inconstitucionalidade. Confronto de lei estadual perante a Carta Federal. Possibilidade do controle difuso e de seu julgamento pelo

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

Tribunal Estadual. Taxa. Fiscalização de serviços públicos delegados. Constitucionalidade. No controle difuso, qualquer juiz poderá pronunciar a inconstitucionalidade de lei estadual, perante a Constituição da República, e, tratando-se de órgão fracionário do Tribunal, caberá tal pronúncia ao Órgão Especial, nos termos do art. 97 da CF/88, consoante o incidente regulado nos artigos 480 e 481 do CPC. Não importa, para tal arte, que, na via direta e concentrada, o tribunal local seja competente somente para pronunciar a inconstitucionalidade perante a Constituição do Estado (art. 125, §2º, da CF), pois o art. 97 da CF não é de competência, mas forma de julgamento da questão constitucional, em virtude do *quorum* exigido em casos que tais. Incidente conhecido” (AC. 70000802074, Rel. Des. Araken de Assis, TJRS).<sup>3</sup>

### **1.2) Do objeto da suscitação: a alteração do art. 112, *caput*, e parágrafo único, da L.E.P, promovida pela Lei n.º 10.792/03**

Assim, feitas as devidas considerações preliminares a respeito da necessidade (constitucional) da suscitação do incidente de inconstitucionalidade (art. 97, CF; 209 e segs. RITJRG) no caso *sub judice* – e sem esquecer que princípios valem, regras vigem (Bonavides), e que a violação de um princípio afronta a própria Constituição (Celso Antonio Bandeira de Melo) –, passemos às razões da presente argüição. Vejamos.

Os dispositivos penais (assim como os de caráter misto), mais do que não ofender a Constituição, devem vir ao encontro dos objetivos programáticos traçados pela Carta. Como disserto em recente artigo<sup>4</sup> publicado na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica n.º 2,

---

<sup>3</sup> In: *Jurisdição...*, op.cit.

<sup>4</sup>Cfe. STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, n.º 2, p. 279.

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

“é preciso ampliar a visão do direito penal da Constituição na perspectiva de uma política integral de proteção dos direitos, **o que significa entender o garantismo não somente no sentido negativo como limite do sistema punitivo (proteção contra o Estado), mas, sim, também como garantismo positivo**, o que, no dizer de Baratta, aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive os de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e não apenas aqueles que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas.”

Nesse passo, citando Donini<sup>5</sup>, defendo que

“um enfoque constitucionalista do Direito Penal não supõe, unicamente, que o Direito Penal não possa estar em contradição com a Constituição. Mais que um limite, deveremos entender a Constituição como fundamento da pena e do Direito Penal, verificando hipóteses em que a criminalização de determinadas condutas se demonstra constitucionalmente requerida e, por conseguinte, até que ponto a despenalização seria constitucionalmente legítima, ponto se afigura como extremamente relevante na discussão que ora proponho.”<sup>6</sup>

Há casos que a Constituição impõe ao legislador um dever de produzir uma legislação protetora. Diante disso,

“levando em conta a não liberdade de conformação legislativa e a necessidade de não incorrer em proibição de proteção deficiente, penso que não é desarrazoado apontar para a inconstitucionalidade da recente alteração feita na Lei de Execução Penal, especialmente no que diz respeito ao art. 112, que, a partir de agora, dispensa os laudos técnicos para a aferição das condições para que o apenado progrida de regime carcerário ou obtenha livramento condicional. Além da eliminação dos requisitos subjetivos, o dispositivo passa a exigir apenas que o

---

<sup>5</sup>DONINI, Massimo, “Un Derecho Penal Fundado en la Carta Constitucional: Razones y Límites. La Experiencia Italiana”. *Revista Penal*, n. 8, 2001, pp. 24-25.

<sup>6</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. ob. cit. p. 280.

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

*apenado, além de cumprir o tempo mínimo necessário, tenha bom comportamento (sic), o qual é atestado (sic) pelo diretor da prisão. Na esteira do que foi sustentado nestas reflexões, tenho que o legislador não poderia ter dispensado a exigência dos laudos técnicos e tampouco poderia ter transferido a responsabilidade de atestar o bom comportamento ao diretor do presídio, sem comprovação com dados empíricos não controvertidos, que apontassem para a desnecessidade do cumprimento dos requisitos previstos originalmente na LEP.*<sup>7</sup>

É absolutamente irrazoável colocar em liberdade um apenado que não demonstre condições subjetivas necessárias para conviver com os demais, ainda mais no caso dos autos, onde o laudo, ainda que eivado de nulidade, aponta “*alto potencial agressivo com baixa tolerância à frustração e baixo controle de pulsões.*”

Ou seja, se de um lado o Estado-legislador deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso - *Übermassverbot*), **esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente** (garantismo no sentido positivo, representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente - *Untermassverbot*), nos exatos termos em que fez o Tribunal Constitucional da Alemanha no acórdão *BverfGE 88, 203*.

No caso da decisão em questão (*BverfGE 88, 203*), o legislador havia descriminalizado o aborto e o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) eclareou inconstitucional a lei, pela exata razão de que o legislador ordinário não tem liberdade nem para criminalizar, nem para descriminalizar. **Dizendo de outro modo, para retirar a proteção**

---

<sup>7</sup>Idem, p. 281.

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

**penal – ou do processo penal - o Estado-legislador deve provar que o direito penal (ou a norma de processo penal que impõe exigências para alcançar a liberdade) tornou-se desnecessário.**

É preciso que tenhamos claro, assim - e isto não deveria constituir maior novidade no plano do direito penal-processual constitucionalizado - que

**"a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados."<sup>8</sup>**

Como se sabe, a Constituição determina - explícita ou implicitamente - que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: a uma, protege o cidadão<sup>9</sup> **frente ao Estado**; a duas, **através do Estado** – e

---

<sup>8</sup> Cfe. SARLET, Ingo. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003, pp. 86 e segs.

<sup>9</sup>Diga-se de passagem que a própria Constituição não estabelece direitos fundamentais absolutos. A progressão de regime deve estar sujeita a condições mínimas, razoáveis, de modo que o exercício deste direito não colida com o interesse público. Nesse passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estatui: “Artigo 29: §1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. §2. **No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências ... da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.**”

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

inclusive através do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais protegidos, em face da violência de outros indivíduos.

Assim, v.g., uma conduta só pode ser descriminalizada se for comprovado, por dados empíricos (pesquisas científicas), que o direito penal tornou-se despiciendo. **Do mesmo modo, uma norma processual<sup>10</sup> que impõe requisitos para a obtenção da progressão de regime igualmente não pode ser derogada, sem que o Estado prove que tais requisitos não mais são necessários. Simples, pois!**

Dizendo de outro modo: **a exigência dos laudos era o meio que o Estado tinha para controlar a saída ou a progressão de regime dos apenados.** Um dos objetivos era evitar o retorno à comunidade de pessoas

---

<sup>10</sup> No sentido da extensão da regra da proporcionalidade no seu sentido de proibição de proteção deficiente ao processo penal, conforme muito bem salientado por Ingo Sarlet, no artigo já mencionado. Com efeito, diz o autor que na seara do direito penal (**e isto vale tanto para o direito penal material, quanto para o processo penal**) resulta inquévoca vinculação entre os deveres de proteção (isto é, a função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela) e a teoria da proteção dos bens jurídicos fundamentais, como elemento legitimador da intervenção do Estado nesta seara, assim como não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado - por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Estas hipóteses correspondem às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. Cfe. SARLET, op.cit. (grifei).

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

que pudessem vir a colocar em risco as demais pessoas da sociedade. Afinal, a segurança também é um direito fundamental do cidadão (art. 5º caput da CF).

Logo, se não há qualquer demonstração fática de que a exigência dos laudos não mais satisfazia o alcance dos objetivos do Estado para proteger a sociedade<sup>11</sup>, **então o legislador não poderia ter abolido a exigência de tais laudos** (previstos na antiga redação do art. 112, parágrafo único). A lei não pode ser produto de cabalas ou interesses *ad hoc*...!

De modo que ao modificar a antiga redação do art. 112 (*caput* e parágrafo único) da LEP, o legislador feriu o princípio da proporcionalidade enquanto princípio de proibição de proteção deficiente, **razão pela qual a alteração aposta ao art. 112 é inconstitucional**, devendo assim ser declarada.

Despiciendo lembrar que numerosos autores ligados ao direito penal e ao direito constitucional comungam da tese de que no Estado Democrático de Direito não há liberdade absoluta de conformação legislativa (J.J. Gomes Canotilho, J. Miranda, Eros Grau, Barroso, Zeno Veloso, Bonavides, Bercovici, Sarlet, Comparato, Marinucci, Dolcini, Baratta, por exemplo). E a primeira decisão nesse sentido foi a do Tribunal Constitucional da Alemanha,

---

<sup>11</sup> Cumpre, aliás, destacar que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, consoante o art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Nesse diapasão, significando a alteração legislativa ameaça de lesão à sociedade, é ilegítima, já que subtrai do juiz o poder de - conforme a melhor prova -, decidir se um apenado está minimamente apto a voltar ao seio da comunidade. Porém a questão vai muito mais além: a Lei n.º 10.792/03 estabelece retrocesso! E retrocesso para o próprio apenado, na medida em que o laudo também é uma **garantia**, porquanto elaborado por uma comissão de técnicos e sujeito ao crivo do juiz, que pode até ordenar a realização de um novo, caso vislumbre alguma mácula. **Se se deixa o apenado ao arbítrio da Administração está-se também violando direito seu, pois este não mais tem o Estado-juiz como garantia.**

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

seguida dos Tribunais Constitucionais da Espanha e Portugal, sem considerar outras decisões que apontam nessa direção.

Não bastasse isso, a alteração legislativa acabou por transformar o juiz das execuções em mero homologador de laudos - visto que lhe basta verificar o requisito objetivo (tempo) e a existência de atestados de boa conduta carcerária (sic) -, violando o princípio da **reserva de jurisdição**<sup>12</sup>. **Dito de outro modo, a nova legislação, ao vincular o juiz aos atestados do diretor do estabelecimento penitenciário, acaba por “administrativizar” a execução, colidindo assim com o próprio sistema da LEP que é judicializado!**

E não se diga, finalmente, que a declaração da inconstitucionalidade do artigo 112 acarretaria a violação do princípio da reserva legal, uma vez que, com o advento do Estado Democrático de Direito, já não se pode falar de uma simples concepção de uma reserva legal, mas, sim, **da concepção de uma reserva da lei proporcional**.<sup>13</sup> Lei que viola a devida proporcionalidade (nos seus dois sentidos - excesso e deficiência) **é nula, irrita, nenhuma. Melhor dizendo, é inconstitucional!**

Por todos os vícios indicados (violação do princípio da *proibição de proteção deficiente, uma vez que colocado em risco o direito fundamental*<sup>14</sup> *de terceiros - cidadão e sociedade - à segurança (pública) - art. 5. caput, da*

---

<sup>12</sup> Em se tratando de execução penal a “*jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei [LEP] e do Código de Processo Penal*” (Art. 2º da LEP)

<sup>13</sup> Cfe. SARLET, Ingo. Ob. cit.

<sup>14</sup> Em percuente análise sobre a temática da dupla via assumida pelo princípio da proporcionalidade, Ingo Sarlet chama a atenção para a existência de “**um dever geral de proteção decorrente expressamente do art. 5º caput, da CF, que menciona expressamente o direito à segurança, assim como a proteção do consumidor na forma da lei (...)**” (Grifei). In SARLET, Ingo. op.cit..

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

*CF, além da violação dos princípios da reserva de jurisdição e da proibição de retrocesso social, mais o da razoabilidade), impõe-se a suscitação do incidente de inconstitucionalidade do art. 112, caput, da Lei de Execução Penal, conforme a nova redação dada pela Lei n.º 10.792/03, remetendo-se, per saltum, a matéria à discussão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na forma prevista no CPC e no RITJRGS.*

Um problema final se impõe para esparcar eventuais dúvidas acerca das conseqüências da declaração da inconstitucionalidade ora suscitada. Com efeito, a argüição de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.792/03 – naquilo que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal – ocorre aqui como **última ratio**, uma vez que impossível o salvamento da norma através de uma *interpretação conforme (verfassungskonforme Auslegung)* ou de uma *nulidade parcial sem redução de texto (Teilnichtigklärung ohne Normtexreduzierung)*. Na hipótese, uma interpretação conforme pela qual se estipulasse, por exemplo, que “o art. 112, caput, somente é constitucional se lido no sentido de que os laudos constituem-se em condição para o exame dos pedidos de progressão de regime” estaria simplesmente *represtinando* a lei anterior (antiga redação do art. 112 da Lei n.º 7.210/84), o que não seria de boa técnica. Entretanto, como ver-se-á em seguida, uma coisa é a represtinação – vedada pelo sistema jurídico -; outra é a declaração da inconstitucionalidade de lei revogadora. Este é o caso dos autos!

Com efeito, com relação à problemática exurgente dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade de uma lei, Zeno Veloso afirma que

*“se a lei inconstitucional tiver reconhecida judicialmente sua inconstitucionalidade, a sentença fulmina-a desde o início, operando ex tunc. A dita lei, que já era inválida,*

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

*torna-se retroativamente ineficaz*”.<sup>15</sup>

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes<sup>16</sup> explica que

*“consoante a orientação do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade de uma lei inconstitucional – ainda que por tempo limitado – representaria uma ruptura com a princípio da supremacia da constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a constituição”.*

No caso, a declaração definitiva de inconstitucionalidade

*“... de uma regra elimina, por força da doutrina e da jurisprudência dominantes no Brasil, com eficácia ex tunc, todos os seus efeitos ... **Ora, se o comando declarado inconstitucional havia revogado, tácita ou expressamente, outro e, após o julgamento, nenhum de seus efeitos subsiste, é fácil concluir que não ocorreu revogação válida, razão por que o preceito inconstitucionalmente revogado volta a vigor plenamente, desde a data de sua suposta revogação.**”<sup>17</sup>*

Desse modo, seja no controle concentrado ou no difuso, a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada faz com que a anterior seja novamente aplicável. O sistema, principalmente a partir da Lei n.º 9.868, parte do princípio que a lei inconstitucional é natimorta, ou seja, é como se o

---

<sup>15</sup> VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 185.

<sup>16</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. Celso Bastos Editor. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p.413.

<sup>17</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle de constitucionalidade à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 92.

(...)ª Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

dispositivo revogador nunca tivesse revogado a norma anterior.<sup>18</sup> Com isto, desaparecem eventuais preocupações no sentido de que a declaração da inconstitucionalidade do art. 112, caput, da LEP, pudesse criar um vazio legislativo.

## **2. Das razões de ordem infraconstitucional<sup>19</sup>: da não-vinculação do magistrado aos atestados fornecidos pela autoridade administrativa**

Ainda que argüição não seja acolhida por esta Câmara, cumpre referir que a alteração legislativa – sob vista sob o enfoque infraconstitucional -, não vedou ao magistrado decidir conforme os elementos colhidos na instrução, especialmente nos laudos criminológicos. Vejamos.

O citado diploma legal passou a ter a seguinte redação:

*Art. 112 – "A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e **ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.**"*

*§ 1º - "A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor." (grifamos).*

Com a modificação - que alterou a antiga redação do art. 112, tanto no *caput* como no p. ún. -, aparentemente, bastaria o simples atestado favorável de conduta carcerária para a implementação do requisito subjetivo necessário para a progressão. Todavia, trata-se de questão complexa, uma vez que – dependendo do entendimento adotado – **pode-se relegar o juiz**

---

<sup>18</sup>Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição*, op.cit., especialmente cap. 11 e segs.

<sup>19</sup> Parte dos argumentos deste item foram aduzidos inicialmente pelo Procurador de Justiça **Mário Cavalheiro Lisbôa**, no Agravo n.º 70007873482, do qual extraímos parte significativa deste ponto.

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

**das execuções ao papel de mero homologador de atestados de diretores de estabelecimentos prisionais.** Saliente-se que uma exegese literal do artigo em questão também geraria um grave risco social, porquanto possibilitaria uma exacerbada flexibilização na mudança de regime. Na verdade não existe interpretação literal. O que existe é sempre uma atribuição de sentido, isto é, quando o intérprete invoca a interpretação literal estará assim agindo a partir de um critério valorativo. Não se pode esquecer que o texto de lei não segura nada; o que “segura” algo é o sentido (a norma) que o intérprete faz desse texto. No caso sob comento, a interpretação literal não tem o mínimo sentido/fundamento porque ignora o restante do texto da lei (é aquilo que se pode denominar de interpretação sistemática).

Certamente, a melhor interpretação para o novel dispositivo legal é a que ex-surge da análise do sistema jurídico-constitucional, em que o todo depende da parte e a parte depende do todo (é o que chamamos de círculo hermenêutico). Com efeito, a análise isolada do *caput* do artigo conduz a juízos teratológicos, já que desconsidera o sistema de *livre apreciação da prova* (frise-se que tanto os laudos da CTC, EOC e COC, como os atestados do diretor das penitenciárias são inequivocamente meios de provar o implemento do requisito subjetivo). Aliás, não se pode olvidar que o *requisito subjetivo* não foi reduzido a um mero “bom comportamento carcerário”, até porque continuam em pleno vigor os arts. 5º, 8º e 9º da Lei de Execução Penal.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup>Tais artigos tratam da realização do exame criminológico nos apenados, com vistas à adequada classificação e individualização da pena. Segundo a LEP, em tal exame leva-se em conta aspectos pessoais do apenado, ou seja, o requisito subjetivo é muito mais que um simples comportamento satisfatório.

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

Evidencia a permanência do requisito subjetivo – tal como antes da alteração legislativa - o art. 9.º da LEP ao estabelecer que o exame criminológico colherá dados reveladores de aspectos pessoais do condenado. Vale lembrar também o **art. 33, § 2º, do Código Penal**: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o **mérito do condenado** (...)” (Grifamos).

Ou seja, é permitido ao Magistrado exigir mais que “*bom comportamento carcerário*”, vez que amparado na própria LEP.

Mas, em que elementos estariam sustentadas outras exigências? Naturalmente em parecer técnico dos órgãos especializados, quais sejam, a C.T.C, a E.O.C e o C.O.C.

Consabido que em se tratando de execução penal a “*jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei [LEP] e do Código de Processo Penal*” (Art. 2º da LEP) – destacamos. Assim, evidente que o CPP aplica-se subsidiariamente ao processo de execução.

Portanto, para formar seu convencimento<sup>21</sup> sobre o requisito subjetivo reclamado para a progressão de regime, poderá o magistrado lançar mão de todos os meios de prova em direito admitidos (*livre convencimento motivado*). Faculta-lhe a Lei Processual em seu art. 156,

---

<sup>21</sup> Vigora em nosso ordenamento processual penal, salvo no caso do Tribunal do Júri, o sistema da persuasão racional do juiz, consagrado pelo art. 157 do CPP, nos seguintes termos “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.*”

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

2ª parte, inclusive, “*determinar, de ofício,*<sup>22</sup> *diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.*”

O sistema da *persuasão racional* do juiz também veda, salvo em raros casos como a prova do estado civil das pessoas, a prova tarifada. Por isso, não está o magistrado vinculado a laudos ou a atestados<sup>23</sup>. **Entendimento contrário transformaria os diretores de estabelecimento prisional em decisores, privando o juiz de parte da atividade jurisdicional conferida pela Constituição Federal.**

Pois bem, se pode o juiz rejeitar um laudo – elaborado por peritos com formação técnica -, pode muito mais afastar um atestado de boa conduta carcerária emanado de autoridade administrativa, desde que fundamentadamente. **Chamo a atenção para o fato de que, aqui, a violação infraconstitucional trilha caminho limítrofe, na medida em que também ocorre a violação da Constituição, nos termos antes suscitados.**

Não se pode olvidar de outra questão: seria paradoxal instituir um sistema de contraditório (veja-se o novo §1º do art. 112) se o juiz tivesse que restringir-se à declaração lançada no atestado do diretor do estabelecimento prisional? Ora, se o próprio § 1º estabelece que a decisão será motivada, por certo que não tornou (e nem poderia) o juiz um mero homologador, como se estivesse tratando de direito patrimoniais que se resolvem entre as partes.

---

<sup>22</sup> Uma interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) retira a possibilidade de diligência ex-officio do juiz, por violação ao princípio acusatório. Entretanto, permanece válida a possibilidade de determinação de diligências a requerimento das partes.

<sup>23</sup> Para dar harmonia ao sistema de apreciação da prova, inseriu-se no CPP o art. 182 estabelecendo que: “*O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.*”

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

Assim, por qualquer lado que se enfrente o problema (constitucional e infraconstitucional) o caso é de denegação do benefício, pelo menos num primeiro momento, até a realização de novo exame.

## **2. Da nulidade do Laudo da C.T.C.**

Antes de mais nada, verifica-se que o laudo da CTC acostado aos autos padece de nulidade, já que não firmado por psiquiatra. Como avaliar-se as condições pessoais do condenado sem tal análise? É, aliás, a posição desta Câmara:

**EMENTA:** 1- EXECUÇÃO PENAL. CTC. COMPOSIÇÃO. A COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO DEVE SER PRESIDIDA PELO DIRETOR E COMPOSTA, NO MÍNIMO, POR DOIS CHEFES DE SERVIÇO, UM PSIQUIATRA, UM PSICÓLOGO E UM ASSISTENTE SOCIAL, QUANDO SE TRATA DE CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. A relação e exaustiva e o desfalque de qualquer de seus membros tornam nulas suas decisões. 2- Indeferimento de progressão do regime carcerário. Fundamentação "ad relationem". Nulidade. O apenado e um ser humano que esta sob a responsabilidade do magistrado. o interesse em questao nao e unilateral do estado acusador. versa sobre direitos fundamentais, entre eles, em ordem axiológica expressiva, a liberdade, cuja garantia e dada pelo desempenho e esta só e válida se devidamente fundamentada (artigo 93, IX, CF). A fundamentação "ad relationem" torna o agente ministerial autor da decisão. 3- Nulidades declaradas, unanime. (8 fls) (Agravo n.º 70001652619, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, relator: Aramis Nassif, julgado em 25/10/2000)

Nulo, portanto, o laudo, devendo determinar-se a realização de um novo, agora com todos os componentes da CTC, consoante preceituado no art. 7º da Lei de Execução Penal.

Aliás, se o laudo, como sustento nestes autos, é imprescindível para a garantia da sociedade e do próprio apenado, mister seja ele elaborado nos termos da LEP, para que a decisão que nele se fundamente tenha maior

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

credibilidade. É o mínimo a se fazer para não cair em uma contradição: de um lado prestigiar os laudos e de outro desdenhar os requisitos de sua elaboração!

Assim, entendendo o Órgão Especial pela inconstitucionalidade da Lei n.º 10.792/03 – na parte que alterou o art. 112 da LEP -, ao retornarem os autos, deve a Câmara declarar a nulidade do referido laudo, diante do seu caráter imprescindível para a verificação do requisito subjetivo necessário à progressão de regime. Conseqüentemente, os autos retornarão à origem para, agora, o cumprimento da redação do art. 112, da LEP.

3. Pelo exposto, o Ministério Público, em Segundo Grau:

- a) **PRELIMINARMENTE**, suscita o incidente de inconstitucionalidade da alteração promovida pelo art. 1º da Lei n.º 10.792, de 1º de dezembro de 2003 no art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, nos termos do art. 97, da CF, e do art. 209, do RITJRS, levando-se a matéria, per saltum, ao Órgão Especial do TJRS, para que este, em sede de controle difuso, declare a inconstitucionalidade do referido dispositivo por violação dos princípios da *proibição de proteção deficiente* (Untermassverbot), do princípio da *razoabilidade*, do princípio da *reserva de jurisdição*, e do preceito fundamental previsto no art. 5º *caput* da CF – direito (fundamental) à segurança - por colocar em risco o direito fundamental de terceiros - cidadão e sociedade, além da violação da cláusula (princípio) da proibição de retrocesso social;
- b) no mérito, eventualmente vencida a preliminar (questão prejudicial), pugna pela não-vinculação do magistrado aos atestados

(...)<sup>a</sup> Câm. Cr. Ag. Execução n.º (.....)

comprobatórios de conduta carcerária, diante do princípio da *livre apreciação da prova*;

- c) e pela anulação do parecer das fls. 07/10, com a conseqüente submissão do apenado a nova avaliação pela CTC, composta na forma do art. 7º da Lei de Execução Penal.

É o parecer.

Porto Alegre, 22 de março de 2004.

**LENIO LUIZ STRECK**

/dpc

**PROCURADOR DE JUSTIÇA**