



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
WAGNER GONÇALVES MOREIRA

**PROGRESSÃO DE REGIME NO DIREITO PENAL MILITAR: UMA ANÁLISE DA
SUA POSSIBILIDADE NO CÓDIGO PENAL MILITAR TRAÇANDO UM
PARALELO NO CÓDIGO PENAL**

FLORIANÓPOLIS (SC)

2010

WAGNER GONÇALVES MOREIRA

**PROGRESSÃO DE REGIME NO DIREITO PENAL MILITAR: UMA ANÁLISE DA
SUA POSSIBILIDADE NO CÓDIGO PENAL MILITAR TRAÇANDO UM
PARALELO NO CÓDIGO PENAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial à obtenção do título de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Sidney Eloy Dalabrida

Florianópolis

2010

WAGNER GONÇALVES MOREIRA

**PROGRESSÃO DE REGIME NO DIREITO PENAL MILITAR: UMA ANÁLISE DA
SUA POSSIBILIDADE NO CÓDIGO PENAL MILITAR TRAÇANDO UM
PARALELO NO CÓDIGO PENAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, _____ de julho de 2010.

Sidney Eloy Dalabrida
Universidade do Sul de Santa Catarina

Sidney Eloy Dalabrida
Universidade do Sul de Santa Catarina

Sidney Eloy Dalabrida
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

PROGRESSÃO DE REGIME NO DIREITO PENAL MILITAR: UMA ANÁLISE DA SUA POSSIBILIDADE NO CÓDIGO PENAL MILITAR TRAÇANDO UM PARALELO NO CÓDIGO PENAL

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis (SC), 14 de junho de 2010.

WAGNER GONÇALVES MOREIRA

A DEUS, pois graças a ele cheguei até aqui.

A meus pais, que sempre acreditaram em mim.

A meus irmãos pela força e apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

À Deus em primeiro lugar.

Aos meus pais, meus irmãos, pelo apoio, força e motivação nos momentos de dúvida e desânimo e pelo incentivo que me deram por toda a vida.

Aos meus amigos do trabalho, por sempre me ajudarem a superar as dificuldades da caminhada acadêmica e pela oportunidade de conviver em sua companhia; aos colegas e amigos conquistados na faculdade, pela convivência e companheirismo.

Ao Professor Sidney Eloy Dalabrida, pela inestimável ajuda e apontamentos deste trabalho acadêmico.

A todos os professores que fizeram parte da minha caminhada universitária, pela dedicação e disponibilidade em atender os questionamentos, transmitir conhecimentos e suas experiências profissionais.

Que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça.

De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão. “Aí temos as leis”, dizia o Florentino. “Mas quem lhes há de ter mão? Ninguém”. (RUI BARBOSA, Oração aos Moços).

RESUMO

A presente pesquisa trata de uma análise da possibilidade doutrinária e legal acerca da aplicação da progressão de regime no direito penal militar, traçando um paralelo com o Código Penal comum. Tem como objetivo identificar quais direitos o Judiciário brasileiro tem concedido aos militares com respeito a esse tema. Há de se observar que a simples posituação de uma garantia fundamental constitucional não cria a certeza da sua aplicação, sendo imprescindível que o legislador crie formas de controlar sua aplicação legal e fática. Dessa forma, faz-se necessário um estudo mais aprofundado para esclarecer quais mecanismos devem ser ajustados para dar aos militares a certeza de aplicação da progressão de regime no direito penal militar. Sabe-se que a sua aplicação somente é aceitável em caso de militar condenado e cumprindo pena em estabelecimento civil, onde ficará aos cuidados e terá os mesmos benefícios e obrigações que condenados pelo Código penal comum. Não sendo observada essa progressão de regime aos militares, fica estampado o desrespeito a um princípio basilar constitucional de tutelar a igualdade entre todos, sem distinção entre civis e militares, onde de outra forma é extremamente danoso e prejudicial para as garantias individuais e à manutenção do nosso Estado Democrático de Direito. Considerando que a época em que foi decretado o Código Penal Militar era outra realidade, se torna nesse quesito incompatível diante da realidade irrefreável dos novos tempos, cabendo aos legisladores discutir uma atualização para o mesmo. Não basta apenas aplicar as sanções, temos que nos ater também ao seu caráter educacional e progressivo, incentivando dessa forma o preso militar a se empenhar para sua nova inserção na sociedade, demonstrando ter pago sua pena e caso seja merecedor da progressão, fazer jus a mesma para ir aos poucos se inserindo novamente no âmbito social. O cenário ao qual nos encontra atualmente é propício a mudanças e discussões sobre uma atualização acerca do tema proposto, sendo simples sua elaboração por ter o direito Penal como se basear ou mesmo adotá-lo subsidiariamente para que seja corrigida essa injustiça constitucional que merece devida atenção e destaque.

Palavras-chave: Progressão de regime. Militar. Aplicação.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE.....	11
2.1	DIFERENÇA ENTRE DETENÇÃO E RECLUSÃO	12
2.2	REGIMES PENITENCIÁRIOS	14
2.2.1	Regime Fechado.....	15
2.2.2	Regime Semi-Aberto	18
2.2.3	Regime Aberto	19
2.2.4	Princípio da individualidade da pena.....	21
3	REGRESSÃO E PROGRESSÃO DE REGIMES PENITENCIÁRIOS (ANÁLISE DE ACORDO COM O CP E A LEP.).....	24
3.1	REGRESSÃO DE REGIME.....	24
3.2	PROGRESSÃO DE REGIME.....	28
4	PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SEGUNDO O CÓDIGO PENAL MILITAR	33
4.1	CRIMES MILITARES	33
4.2	DAS PENAS DO CÓDIGO PENAL MILITAR	35
4.2.1	Da pena de morte.....	37
4.2.2	Da pena de Reclusão e detenção	38
4.2.3	Da pena de prisão	41
4.2.4	A autonomia do direito penal militar	42
4.2.5	Da interpretação da lei penal militar.....	44
4.2.6	Do princípio da proporcionalidade.....	46
4.2.7	Do princípio in dubio pro reo na aplicação da pena	49
5	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende abordar aspectos relacionados ao direito penal comum e o direito penal militar no Brasil, com uma ênfase para a possibilidade de aplicação da progressão de regime no direito penal militar. Visa focar e demonstrar as consequências da sua aplicação, baseado em um direito pilar de nossa Constituição que é a igualdade entre os cidadãos. O debate sobre o uso do Código Penal como instrumento subsidiário ao Código Penal Militar e também da aplicação da Lei de Execução Penal são temas propostos neste trabalho acadêmico como instrumento de redução de desigualdade por parte dos militares em relação aos civis no quesito abordado. Também será apresentada uma reflexão sobre o papel do poder público na aplicação das leis, como elemento fundamental para que seja aplicado o princípio da igualdade e da proporcionalidade da pena e da individualização da mesma, além do princípio do *in dubio pro reo*. Serão analisadas possibilidades de adoção da Lei de Execução Penal e do Código Penal para aplicação da pena.

O objetivo principal do presente trabalho monográfico é discutir e identificar os casos omissos da legislação militar e dos direitos e garantias individuais contidos na Constituição da República Federativa do Brasil, onde o Código Penal Militar e seu Código de Processo Penal Militar são anteriores a Carta Magna, como uma maneira de igualar as desigualdades entre civis e militares, devido à falta de atualização da legislação militar, onde a mesma deva se adequar para preservação do Estado democrático de Direito em sua plenitude.

Quanto à metodologia de pesquisa, entendeu-se necessária a adoção do método monográfico, utilizando técnica de pesquisa bibliográfica, no qual se partiu da análise da legislação penal comum e da Lei de Execução Penal como também da Constituição Federal e legislação penal militar.

Para alcançar os objetivos propostos, o trabalho alicerça-se em três capítulos, além da introdução e da conclusão.

No primeiro capítulo, abordam-se as penas privativas de liberdade, com suas peculiaridades e traz o conceito de pena, bem como, diferença entre os regimes penitenciários e o modo de aplicação de cada um. Além de ser abordado o princípio constitucional da individualização da pena, onde o Estado-juiz deve estabelecer pena exata e merecida para cada delinqüente, evitando-se a pena-padrão.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a progressão e a regressão de regimes e métodos aplicados de acordo com a lei de execução penal e de acordo com o código penal. Em particular, serão examinados os modos de regressão e progressão de regime. A regressão é um método punitivo imposto ao sentenciado que não se porta de forma correta e de acordo com o previsto na Lei de Execução Penal. A progressão de regime vista neste capítulo é um reconhecimento do esforço do detento e uma forma de incentivo ao seu bom comportamento para que seja analisada a possibilidade de sua inclusão social antes de cumprida a totalidade da pena, demonstrando que a esta surtiu efeito antes do tempo previsto para seu retorno social.

No terceiro capítulo, descreveremos o que seriam os crimes militares, quem pode cometer e quais as penas previstas na legislação penal militar. Resumidamente é feito o exame das penas privativas de liberdade, como a pena de morte, de prisão, de detenção e de reclusão. É feita também uma análise da autonomia e da interpretação da lei penal militar, bem como do princípio do *in dubio pro reo* na aplicação das penas e interpretação das mesmas leis.

2 AS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Pena é a imposição da perda de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva e ressocializadora. Retributiva, pois impõe um mal (privação de um bem jurídico) ao violador da norma penal. Preventiva, porque visa a evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja em especial privando de um bem jurídico o autor do crime e visando obstar que ele volte a delinquir. E ressocializadora, porque objetiva a sua readaptação social.¹ Trata-se de uma sanção imposta pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como *retribuição* ao delito perpetrado e *prevenção* a novos crimes.²

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) dispõe em seu art.5º, inciso XLVI, letra a:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade; [...].³

Por sua vez, o Código Penal (LEI 2848/40) enfatiza, em seu art.32, inciso I, que:

Art.32 as penas são:
I- privativas de liberdade, [...].⁴

Por conseguinte, temos a lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei 3688/41) dizendo em seu artigo 6º que:

Art. 6º a pena de prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário, Em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto.

¹DELMANTO, Celso; DELMANTO; Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 67.

²NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Revista dos Tribunais. 2007, p. 52.

³BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁴BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

§ 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção.

§ 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.⁵

Esse artigo reafirma uma idéia de um terceiro modo de pena privativa de liberdade, que é: penas de reclusão, detenção e prisão simples. As duas primeiras constituem decorrência da prática de crimes e a terceira é aplicada a contravenções penais. [...] ⁶

2.1 DIFERENÇA ENTRE DETENÇÃO E RECLUSÃO

Na visão de Delmanto, existem pequenas diferenças entre reclusão e detenção. Há duas espécies distintas de penas privativas de liberdade no CP: reclusão e detenção. Com as duas grandes mudanças sofridas pelo CP, (leis nº6416/77 e 7209/84), restam duas poucas diferenças entre a pena de reclusão e a de detenção. A LCP dá à pena privativa de liberdade aplicável às contravenções o nome de prisão simples.⁷

O artigo 33 do Código Penal (LEI 2848/40) nos traz que:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva,

segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-Lei/Del7210.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Revista dos Tribunais. 2007, p. 308.

⁷ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 67.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º - O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais. (Acrescentado pela Lei nº. 10.763, de 12.11.03.)⁸

Dessa forma NUCCI entende que são basicamente 4 as diferenças entre os dois regimes:

- 1- A reclusão inicia seu cumprimento nos regimes fechado, aberto ou semi-aberto, já a detenção somente no regime semi-aberto e aberto.
- 2- Além disso, a reclusão pode ter como um dos efeitos a incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela (em crimes dolosos cometidos contra familiares, curatelados ou tutelados).
- 3- A reclusão ainda propicia a internação em alguns casos de medida de segurança; já a detenção permite a aplicação do regime de tratamento ambulatorial (artigo 97 do CP).
- 4- Outra diferença é que a reclusão é cumprida em primeiro lugar (artigo 69, caput, parte final do CP).
- 5- Outras diferenças podem ser apontadas no que toca ao processo penal, como por exemplo, a proibição de fiança aos delitos apenados com reclusão, cuja pena mínima cominada for superior a dois anos ((artigo 323,I, do CPP). Isso acaba por gerar outros efeitos como o caso de intimação da sentença de pronuncia, que deve ser pessoalmente feita ao réu, quando se trata de delitos contra a vida que forem apenados com a reclusão.⁹

Há uma tendência moderna em abolir-se a diversidade de espécies de penas privativas de liberdade, e os novos projetos e legislações têm-se orientado no sentido de unificação do sistema prisional. Porém há ainda uma diferença entre reclusão e detenção, mesmo que apenas literal e transcrita no artigo 33 do Código Penal (LEI 2848/40). Apesar disso, manteve-se na reforma penal a distinção, agora quase que puramente formal, das penas de reclusão e detenção, espécies de penas privativas de liberdade previstas no Código Penal. Enquanto na lei anterior se estabelecia uma diferença na execução, consistente no facultativo isolamento absoluto, por um período não superior a 3 meses exclusivamente para reclusão, a distinção cinge-se agora no disposto no art. 33, em que se possibilita o cumprimento da pena

⁸ BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**: Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008, p. 309.

de reclusão nos três regimes (fechado, aberto e semi-aberto) e de detenção apenas nos dois menos severos.¹⁰

A definição para qual o regime a ser aplicado deve seguir algumas regras, como salienta Delmanto. Afirma que a determinação do cumprimento da pena depende dos fatores qualidade da pena (art. 33, § 2º, a, b e c); e de condições do próprio condenado (art. 33, § 3º, e 59). Preceitua o § 2º do art. 33 do CP, os critérios para a definição do regime inicial. Cabe ao juiz a definição na escolha e demais critérios do regime inicial. Dessa forma, será observada a culpabilidade e demais critérios descritos no artigo 59 do Código Penal, onde diz que o julgador deve fixar a pena e estabelecer “o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.” (item III do art. 59 do CP).¹¹ A individualização da pena não significa tão-somente a eleição da espécie de pena privativa de liberdade, mas também e fundamentalmente o regime inicial de cumprimento.¹²

Dessa forma o artigo 59 do Código Penal diz:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.¹³

2.2 REGIMES PENITENCIÁRIOS

A determinação do regime inicial de cumprimento da pena depende de dois fatores: a da quantidade da pena e de condições pessoais do condenado.¹⁴ Existem três regimes para o cumprimento das penas privativas de liberdade: fechado, semi-aberto e aberto.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Atlas, 2007, p. 253.

¹¹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Edição Renovar, 2002, p. 71.

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Revista dos Tribunais. 2007, p. 283.

¹³ BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

¹⁴ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Edição Renovar, 2002, p. 71.

Segundo dispõe o § 1º do artigo 33 do CP, considera-se regime fechado executado em estabelecimento de segurança máxima, regime semi-aberto executado em colônia agrícola e regime aberto executado em casa de albergado ou estabelecimento adequado.¹⁵

A Lei de Execução Penal especifica sobre a determinação do regime imposto em seus artigos 110 e 111 a ver:

Art. 110. O Juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal.

Art. 111. 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.¹⁶

2.2.1 Regime Fechado

No regime fechado, a pena é cumprida em penitenciária, e o condenado fica sujeito ao trabalho no período diurno e isolamento durante o repouso noturno em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório.¹⁷

O Código Penal traz em seu artigo 34 o seguinte:

Art. 34 - 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.¹⁸

As regras do regime são previstas não somente no Código Penal, mas também na Lei de Execução Penal.¹⁹ Vejamos os artigos 87 e 88 da Lei de Execução Penal:

¹⁵DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**, Edição Renovar, 2002, p. 69.

¹⁶BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/-Lei/Del7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

¹⁷MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Atlas, 2007, p. 256.

¹⁸BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.[...] ²⁰

Deve o condenado, ao ingressar no estabelecimento penitenciário, ser submetido a exame criminológico de classificação para individualização da execução. Fica sujeito a trabalho durante o período diurno, preenchendo o tempo e cultivando positivas atividades laborativas, que permitem a reeducação e o aprendizado de uma profissão, bem como a isolamento no período noturno, evitando-se a permissividade e promiscuidade, típicas das celas abarrotadas de presos. [...] o trabalho será exercido conforme as aptidões do sentenciado, em atividades comuns, admitindo-se, excepcionalmente, o trabalho noturno, desde que em serviços e obras públicas, sob vigilância. Em caráter eventual, pode-se admitir o trabalho em entidades privadas, com o consentimento expresso do preso. ²¹

Como citado, o artigo 36, § 3º da lei de Execução penal diz o seguinte:

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§ 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§ 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§ 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso. ²²

Um ponto importante citado acima que deve ser observado é o exame criminológico, previsto no artigo 8º da Lei de Execução Penal.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto. ²³

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Revista dos Tribunais, 2007. p. 270.

²⁰ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Revista dos Tribunais, 2007. p. 270.

²² BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

Segundo Delmanto, é obrigatória a sua realização para fins de individualização da pena.²⁴

A lei 10792/03, criou o denominado regime disciplinar diferenciado. [...] o novo regime, inserido dentro do fechado, deve ser cumprido em total isolamento, devendo haver nos presídios equipamento de bloqueio de comunicação por telefone celular e outros aparelhos, além de detectores de metais para submissão da qualquer pessoa que queira ingressar no estabelecimento, seja ocupante de cargo público ou não. [...] é caracterizado pelo seguinte: duração de 360 dias ao máximo, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave da mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; recolhimento em cela individual, visitas semanais de duas pessoas, sem contar crianças, com duração de duas horas, e direito a saída da cela para banho de sol por duas horas diárias. [...] somente pode ser decretado pelo juiz da execução penal, desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo diretor do estabelecimento penal ou por autoridade administrativa, ouvindo previamente o membro do Ministério Público²⁵.

O artigo 52 da Lei de Execução Penal especifica sobre o regime disciplinar diferenciado.

Art. 52. A prática de fato prevista como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;

IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.²⁶

²³BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

²⁴ DELMANTO, Celso; DELMANTO; Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 76.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena, revista dos Tribunais**. 2007, p. 273 e 274.

²⁶BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

2.2.2 Regime Semi-Aberto

O artigo 35 do Código Penal fala sobre o regime semi-aberto da seguinte forma:

Art. 35 - 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.

Além do exame criminológico já citado no regime fechado e também exigido no semi-aberto, temos também o trabalho interno, realizado durante o dia em colônia agrícola ou estabelecimento similar. As atividades externas são admitidas como trabalho e até frequência a cursos.²⁷ Pode também o condenado ser alojado em compartimento coletivo, observados os mesmos requisitos da salubridade da ambiente exigidos na penitenciária. São requisitos das dependências coletivas: seleção adequada e observância da capacidade máxima para que sejam atendidos os objetivos da individualização da pena.²⁸ O artigo 92, parágrafo único da Lei de Execução Penal, afirmam esses limites.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.²⁹

As saídas temporárias admitidas são admitidas em lei, nos moldes do regime fechado, ou seja, sob vigilância. Já as saídas temporárias sem vigilância, só poderão ser efetuadas para frequência em algum tipo de curso estudantil ou profissionalizante, ou de ensino médio ou superior, sempre na comarca da execução da pena. Podem ainda visitar suas famílias ou participarem de eventos sociais que favoreçam seu retorno ao convívio da sociedade.³⁰

Como previsto na Lei de Execuções Penais:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

²⁷ DELMANTO, Celso; DELMANTO; Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 76.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Atlas, 2007, p. 256.

²⁹ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 23 mar. 2010.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008, p. 338.

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.³¹

Entretanto, essa autorização depende do cumprimento de alguns requisitos, como comportamento adequado, cumprimento mínimo de 1/6 da pena caso primário e 1/4 se for reincidente e ter compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.³²

Como está escrito na Lei de Execução Penal:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.³³

Na falta de local adequado para o cumprimento do regime semi-aberto, como colônia agrícola ou industrial ou estabelecimento similar, pode ser concedida a prisão domiciliar enquanto aquela perdurar.³⁴

Um fato que merece ser abordado é o regime semi-aberto para estrangeiros. É posição majoritária que é incompatível a situação de estrangeiro condenado no Brasil, desde que sofra processo de expulsão, com o regime semi-aberto, de segurança média para mínima, devendo cumprir toda a sua pena mínima no regime fechado para depois, ser mandado embora do país.³⁵

2.2.3 Regime Aberto

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade. Deve o condenado exercer fora de o estabelecimento atividades sem vigilância; onde pode trabalhar,

³¹BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

³²NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008, p. 338.

³³BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

³⁴DELMANTO, Celso; DELMANTO; Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 77.

³⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008, p. 339.

estudar ou desempenhar atividade autorizada durante o dia. A noite, deve se recolher na casa do albergado e em dias de folga também.³⁶

De acordo com o artigo 36 do Código Penal, o regime aberto tem a seguinte peculiaridade:

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar 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.³⁷

O local onde deve ser cumprida a pena no regime aberto é casa do albergado, um prédio situado em centro urbano, sem obstáculos físicos para evitar fuga, com aposentos para os presos e local adequado onde possam realizar cursos e assistir palestras.³⁸

Como está previsto na Lei de Execução Penal:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.³⁹

Possui as seguintes vantagens: sua sistemática semelhante a vida em liberdade propicia um melhor conhecimento do progresso do condenado no seu cumprimento e propicia maior senso de responsabilidade ao sentenciado e evita os males das enfermidades físicas e mentais dos encarcerados. Outro fator positivo é a facilidade de encontrar emprego após o cumprimento total da pena, já que o estigma é menos e por ser mais barato também para o Estado.⁴⁰

A Lei de Execução Penal salienta o seguinte:

³⁶DELMANTO, Celso; DELMANTO; Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 77.

³⁷BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

³⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008, p. 339.

³⁹BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

Art. 113. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.⁴¹

2.2.4 Princípio da individualidade da pena

Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de especializar o geral, enfim, possui o enfoque de, evitando a estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto.⁴²

O princípio da individualidade da pena significa que para cada delinqüente, o Estado-juiz deve estabelecer pena exata e merecida, evitando-se a pena-padrão, nos termos estabelecidos pela Constituição em seu artigo 5º, XLVI. Individualizar a pena é fazer justiça, o que, nas palavras de Goffredo Telles Júnior, significa “dar a cada um o que é seu” (preleção sobre o justo, p.137).⁴³

A Constituição em seu artigo 5º, XLVI diz que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] ⁴⁴

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena, revista dos Tribunais**. 2007, p. 280.

⁴¹ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Revista dos tribunais. 2007, p. 30.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008, p. 308.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição. Acesso em: 23 mar. 2010.

Ninguém pode ser punido por conduta alheia, devendo a pena ser individualizada em cada caso, não só no momento da sua cominação, como também no decorrer da execução.
45

Dessa forma, a Lei de Execução Penal também prevê a individualização da pena e traz o seguinte texto em seu artigo 45, § 3º:

Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar.

(...)

§ 3º São vedadas as sanções coletivas. [...] ⁴⁶

Outro artigo da Lei de Execução Penal que traz bem esclarecido sobre a individualização da pena é o artigo 112 que traz o seguinte:

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.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. ⁴⁷

A individualização penal tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, o tornado único e distinto dos demais detentos, mesmo que sejam coautores ou mesmo co-réus. Sua finalidade é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” aplicação da sanção penal, que prescindia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. [...] Há basicamente quatro modos de se individualizar a pena: a) pena determinada em lei, que não dá margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos flexíveis, que se adaptam ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal; d) pena estabelecida em leis dentro de margens

⁴⁵ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 68.

⁴⁶ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁴⁷ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

mínima e máxima, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este ultimo é, sem dúvida, o mais adotado e o que melhor se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito. A individualização da pena desenvolve-se em três etapas distintas. Primeiramente, cabe ao legislador fixar no momento de elaboração do tipo penal incriminador, as penas mínimas e máximas suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. Dentro dessa faixa, quando se der a prática da infração penal e sua apuração, atua o juiz, elegendo o montante concreto ao condenado, em todos os seus prismas e efeitos. Cabe ao magistrado responsável pela execução penal determinar o cumprimento individualizado da sanção aplicada. Ainda que dois ou mais réus recebam a mesma pena, sabe-se que o progresso na execução pode ocorrer de maneira diferenciada. Enquanto um deles pode obter a progressão do regime fechado ao semi-aberto em menor tempo, outro pode ser levado a aguardar maior período para obter o mesmo benefício. Assim, também ocorre com a aplicação de outros instrumentos, como, exemplificando, o livramento condicional ou o indulto coletivo ou individual.⁴⁸.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Revista dos tribunais. 2007, p. 29 e 30.

3 REGRESSÃO E PROGRESSÃO DE REGIMES PENITENCIÁRIOS (ANÁLISE DE ACORDO COM O CP E A LEP.)

A reforma de 1984 idealizou um sistema de execução progressiva das penas privativas de liberdade, pelo qual elas ficam sujeitas à progressão ou regressão. Assim, depois de estabelecido pelo juiz da condenação o regime inicial, a execução passa a ser progressiva, aos cuidados do juiz da execução. Haverá então a progressão quando houver transferência para um regime menos gravoso, de acordo com o mérito do condenado, depois de cumprido um sexto da pena, ao menos, no regime anterior. Haverá regressão de regime quando houver a volta ao regime mais severo, quando se verificarem determinadas condições.⁴⁹

O Código Penal em seu artigo 33, § 2º traz o seguinte texto:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

...

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.⁵⁰

3.1 REGRESSÃO DE REGIME

No sistema adotado pela Lei de Execução Penal fala-se em regressão quando ocorrer a mudança de regime, passando o condenado do menos severo para o mais severo.⁵¹

A regressão de regime significa medida de cunho punitivo ao sentenciado, consistente no retorno ao regime mais gravoso.

⁴⁹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 70.

⁵⁰ BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2010.

⁵¹ MARCÃO, Renato. **lei de execução penal anotada e interpretada**. Lúmen Júris, 2006, p.327.

A diferença fundamental da regressão em face da progressão está em que, naquela, é possível haver “salto”, é dizer, passar-se de imediato do regime aberto para o fechado.⁵²

O artigo 118 da Lei de Execução Penal remete às hipóteses de regressão conforme transcritas abaixo:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falto grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.⁵³

Cuida a primeira hipótese da prática de fato definida como crime doloso ou falta grave. Ressalte-se que inexiste aqui a necessidade de sentença condenatória definitiva, bastando a prática do referido fato para que se autorize a regressão. Mas o contraditório (como oitiva de testemunhas) deverá ser instaurado. Em seguida, dispõe cujo rol encontra-se descrito no art.50 da Lei de Execução Penal, bem como a condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne cabível o regime em que o sentenciado se encontra.⁵⁴

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.⁵⁵

⁵² DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**. Universitária de direito, 1998, p. 81.

⁵³ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁵⁴ DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**. Universitária de direito, 1998, p. 82.

⁵⁵ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

Aqui o contraditório é desnecessário, posto que a circunstância seja objetiva, bastando mera soma das penas pelo juiz (a respeito, basta recordar-se do que foi estudado quando acerca da soma e unificação das penas).⁵⁶

A regressão será determinada pelo juiz quando o condenado praticar fato delituoso como crime doloso ou falta grave, sofrer condenação, por delito anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.⁵⁷

O artigo 111 da Lei de Execução Penal é claro quanto ao que diz o artigo 118, II da mesma lei:

Art. 111. 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.⁵⁸

Relativamente à execução em regime aberto, a regressão também poderá ocorrer se o condenado frustrar os fins da execução.⁵⁹

Os parágrafos do art. 118 trazem duas outras causas de regressão, porém exclusivas para o regime aberto:

- 1) Frustração dos fins da execução pelo sentenciado: várias formas são admissíveis, e os exemplos inúmeros, como o abandono de emprego, vadiagem, prática de contravenção penal ou crime culposos etc.
- 2) Não pagamento da multa cumulativamente imposta com a pena privativa de liberdade. (Majoritário na jurisprudência o entendimento de que o sentenciado, para aqui se enquadrar, deverá ser solvente. O miserável não sofrerá regressão, porém não estará livre do compromisso mercê de sua insolvência, devendo ser executado. A pena de regressão é destinada tão somente àquele que, podendo pagar, não o faz).⁶⁰

Com advento da Lei 9.268/96, o inadimplemento da pena de multa não pode gerar prisão ou regressão de regime prisional, como previsto no art. 118, § 1º, da Lei 7210/84, para forçar o pagamento da sanção pecuniária imposta na sentença condenatória, pois, como dívida

⁵⁶ DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**, universitária de direito, 1998, p. 82.

⁵⁷ MARCÃO, Renato. **lei de execução penal anotada e interpretada**. Lúmen Júris, 2006, p.327.

⁵⁸ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁵⁹ MARCÃO, Renato. **lei de execução penal anotada e interpretada**. Lúmen Júris, 2006, p.327.

⁶⁰ DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**, universitária de direito, 1998, p. 82.

ativa da fazenda pública, o Estado deve se servir dos meios legais e jurídicos postos à sua disposição para cobrança do valor (RT 766/617).⁶¹

Já em razão da aplicação das garantias do “devido processo legal” ao processo de execução penal, não é possível haver decisão, quer administrativa, quer judicial, sobre a prática de falta grave sem a prévia oitiva do preso. Tal afirmativa justifica-se, em especial, nos casos em que a falta constitui fuga, pois os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato só poderão ser conhecidos e apurados com produção de provas, levando-se em conta a pessoa do faltoso após sua recaptura e oitiva. Os artigos 57, 59 e 60 da LEP não têm outra finalidade que apurar as circunstâncias e os motivos da falta.⁶²

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Parágrafo único. Nas faltas graves, aplicam-se as sanções previstas nos incisos III a V do art. 53 desta Lei.

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

Art. 60. A autoridade administrativa poderá decretar o isolamento preventivo do faltoso pelo prazo de até dez dias. A inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado, no interesse da disciplina e da averiguação do fato, dependerá de despacho do juiz competente.

Parágrafo único. O tempo de isolamento ou inclusão preventiva no regime disciplinar diferenciado será computado no período de cumprimento da sanção disciplinar.⁶³

E a apuração deve dar-se primeiramente na esfera administrativa e depois na judicial, conforme se depreende dos art. 59 e 118, § 2º, da LEP.

Portanto, nos casos de regressão de regime de cumprimento de pena, é necessária conclusão de sindicância administrativa apuradora de falta disciplinar para que haja decisão judicial sobre o regime de cumprimento de pena, e a sindicância só pode ser concluída com a oitiva do sentenciado, na presença de seu defensor, por força do disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e no artigo 59 da LEP.

Assim, em caso de prática de falta, inclusive fuga, é de se entender que o sentenciado tem o direito de ser ouvido no procedimento administrativo, no estabelecimento

⁶¹ MARCÃO, Renato. **lei de execução penal anotada e interpretada**. Lúmen Júris, 2006, p.329.

⁶² BARROS CARMEN SILVA DE MORAES, **A individualização da pena na execução penal**, Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.

⁶³ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

em que se encontra, e que a sindicância só pode ser remetida a juízo após sua oitiva, para que se proceda de acordo com o direito constitucional do contraditório e ampla defesa.⁶⁴

3.2 PROGRESSÃO DE REGIME

Como parte da individualização executória da pena, deve haver progressão de regime, forma de incentivo à propositura estatal de reeducação e ressocialização do sentenciado. Nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal, “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 1/6 (um sexto) da pena privativa no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do ministério Público e do defensor. No parágrafo segundo, idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. Significa que a cada um sexto em regime mais rigoroso, pode o condenado ser transferido para regime mais brando (do fechado para o semi-aberto, por exemplo), caso demonstre merecer o benefício. Quanto aos critérios para apurar o merecimento, após a modificação introduzida no art. 112 pela Lei 11464/2003. Com a modificação introduzida pela lei 11464/2007, passa a ter nova redação o artigo 2º, §2º, da Lei 8072/90, cuidando dos crimes hediondos e equiparados: “a progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se á após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário, e de 3/5, se reincidente.” Essa nova regra somente será aplicada aos delitos hediondos e equiparados cometidos a partir de 29 de março de 2007, data de início de vigência da Lei 11464/2007. Leis penais mais severas não podem retroagir no tempo, prejudicando autores de fatos praticados anteriormente à sua entrada em vigor (art. 5º, XL, CF). nem se diga que os prazos para a progressão constituem meras normas de execução penal, pois elas tem nítido

⁶⁴ BARROS CARMEN SILVA DE MORAES, **A individualização da pena na execução penal**. Revista dos Tribunais, 2001, p. 159 e 160.

caráter de direito material, refletindo na pena e no modo de cumprimento, bem como de individualização executória. Trata-se, pois, de lei penal e, como tal, deve ser aplicada.⁶⁵

A regra de detração (CP, art. 42) também incide na escolha do regime inicial. Assim, por exemplo, se o acusado é condenado a cumprir quatro anos e dois meses de reclusão, mas já esteve provisoriamente preso por três meses, esta quantidade deve ser descontada, de modo que a pena a ser considerada na opção pelo regime inicial será de três anos e onze meses pena líquida).⁶⁶

O condenado a pena de reclusão em regime fechado só pode ser transferido para regime menos rigoroso, após cumprimento de um sexto da pena e provada sua readaptação à vida comum, sem os riscos da periculosidade que revelou na prática do crime. O juiz não está vinculado a laudo criminológico desfavorável, nem ao parecer da comissão técnica de classificação, sob pena de usurpação da função judicante pelos técnicos. Não basta que o condenado preencha o requisito temporal de um sexto, pois deve, também, demonstrar mérito para a progressão. Se já cumpriu o tempo e todos os requisitos necessários, por ir direto do regime fechado para o aberto.⁶⁷

A lei de Execução Penal em seu artigo 112 diz que:

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.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.⁶⁸

Cumprindo o requisito do artigo 112, parágrafo único da LEP, com a prisão por um sexto da pena e havendo parecer favorável da comissão técnica de classificação, não obsta a progressão requerida o fato de o paciente estar respondendo a outro processo em comarca

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008, p. 315 e 316.

⁶⁶ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 71.

⁶⁷ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR; Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 74.

⁶⁸ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 12 abr. 2010.

vizinha, uma vez que tal fato não está previsto como impeditivo do benefício, nem no art. 111 nem no art. 118 da LEP e, também, por estar, ainda indefinida a situação processual.⁶⁹

Tem dois requisitos para a progressão de regime: o genérico e o específico. O genérico consiste no requisito temporal e no subjetivo. No temporal é necessário que se atinja o cumprimento de pelo menos um sexto da pena e o subjetivo é aferível segundo o mérito do condenado para obtenção do benefício. Deverá ele fazer por merecer a progressão, normalmente através do bom comportamento carcerário (atestado pelo diretor do estabelecimento penitenciário). Os requisitos formais são o parecer da comissão técnica de classificação, conforme arts. 6º e 7º da LEP e exame criminológico previsto no art. 8º e parágrafo único da LEP.⁷⁰

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.

Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.

Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.⁷¹

No caso do exame criminológico, duas observações: será obrigatório no caso de progressão de regime fechado para o semi-aberto; e facultativo, no caso de progressão do regime semi-aberto para o aberto. (isto é, cabe ao juiz da execução decidir acerca de sua conveniência e oportunidade.)

Sobre os requisitos genéricos, aplicáveis a todos os regimes de maneira geral, resta analisar os requisitos específicos para a progressão ao regime aberto. Necessário se torna, mais uma vez, nova vista d'olhos aos dispositivos legais aplicáveis à espécie: arts. 113 e 114 da LEP.⁷²

⁶⁹ KUEHNE, Maurício p. 47 apud ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Lei de execução penal anotada**, editora edijur, p. 126.

⁷⁰ DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**, universitária de direito, 1998, p. 74 e 75.

⁷¹ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 12 abr. 2010.

⁷² DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**. Universitária de direito, 1998, p. 74.

Art. 113. O ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo Juiz.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Parágrafo único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.⁷³

A guisa de resumo, tanto do programa quanto das condições impostas pelo juiz para o cumprimento da pena em regime aberto:

- 1) A aceitação, pelo sentenciado, tanto do programa quanto das condições impostas pelo juiz para o cumprimento da pena em regime aberto. É importante observar as possíveis condições que podem ser fixadas pelo juiz. Como observamos na redação do artigo 115 da LEP:

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

- 2) comprovação inequívoca de trabalho, quer dizer, a comprovação de trabalho imediato, o que se fará não através de “boa intenção” de trabalhar futuramente ou de uma mera e pueril “promessa” de emprego, mas, ao revés, mediante proposta firme e concreta de empregador, reservando vaga em seu estabelecimento para o sentenciado, cumprindo assim o objetivo maior da Lei de Execução Penal que é a reinserção efetiva do condenado ao convívio prestante.
- 3) Compatibilidade do sentenciado com o regime aberto: mensurável sob a forma de maior ou menor merecimento do condenado ao benefício e às condições a ele impostas. Tal condicionante, como é óbvio, por seu colorido eminentemente subjetivo, somente se considerará preenchida à luz do caso concreto. Nos termos do art. 67 da LEP, há quem afirme a necessidade obrigatória da oitiva ministerial antes da decisão do juiz a respeito da progressão, sob pena de nulidade.⁷⁴

⁷³BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 12 abr. 2010.

⁷⁴DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**. Universitária de direito, 1998, p. 77 e 78.

Art. 67. O Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução.⁷⁵

Sobre a progressão de regime em prisão provisória, não se admite, vez que ainda não há execução.

A respeito da progressão em prisão provisória especial, a permanência do acusado em prisão especial, por ele requerida, impede a avaliação da Comissão Técnica de Classificação e a conseqüente passagem de um regime para outro.⁷⁶

Sobre estrangeiros presos, não podem obter o regime aberto, pois eles não podem trabalhar no país, deixando de preencher um dos requisitos.

Já na justiça militar não tem regime aberto. O código penal militar não o prevê. Mas se o sentenciado estiver cumprindo pena em estabelecimento estadual poderá obter vez que a lei aplicada é a do juízo de execuções.⁷⁷

⁷⁵BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 12 abr. 2010.

⁷⁶DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Renovar, 2002, p. 71.

⁷⁷DOS SANTOS, Paulo Fernando, **Aspectos práticos de execução penal**. Universitária de direito, 1998, p. 77 e 78.

4 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SEGUNDO O CÓDIGO PENAL MILITAR

A seguir veremos as penas privativas de liberdade que estão previstas no Código Penal Militar bem como suas peculiaridades.

4.1 CRIMES MILITARES

Determinando a atual Constituição Federal que a Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, em seu artigo 124, manteve o único critério existente em nosso direito, desde a constituição de 1946 (art. 108), para a conceituação de crimes militares: o denominado critério *ratione legis*.⁷⁸

A definição de crime militar também está expressa no artigo 9º do CÓDIGO PENAL MILITAR:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

⁷⁸ ROMEIRO, Jorge Alberto, **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, P. 66.

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.⁷⁹

Cabe também considerar a definição de “administração militar”, expressa no artigo 3º do Regulamento de Administração do Exército, e, segundo o qual, administração militar é o instrumento que ativa, dirige e controla uma organização militar, no sentido de realizar seus objetivos. É o emprego eficaz de pessoal, recursos financeiro, equipamentos, materiais e métodos para realizar as atividades fim do exército.⁸⁰

Dessa forma, temos o crime propriamente militar (segunda parte do inciso I do art. 9º), que tem somente o militar como sujeito ativo e essa condição integra o tipo, explícita ou implicitamente. O crime impropriamente militar compreende crime não previsto na lei penal comum; crime definido de modo diverso na lei penal comum e no Código Penal Militar; crime com igual definição no Código Penal Militar e no Código Penal (inciso II e III do art. 9º).

O crime com igual definição no Código Penal Militar e no Código Penal classifica-se como crimes militares se forem atendidos os pressupostos expressos nas alíneas do inciso II (agente militar) e nas alíneas do inciso III (agente civil).

Como militar entendemos militar da ativa, da marinha, exército e aeronáutica, para efeito da aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar Federal, e, também pela, da polícia militar e do corpo de bombeiros militares, para efeito da aplicação da lei penal militar, pela Justiça Militar Estadual.

O militar da reserva e o reformado é civil, para efeito da aplicação da lei penal militar, pela Justiça Militar Federal. O militar estadual da reserva ou reformado somente responde no foro castrense da unidade federativa, pelos crimes cometidos quando se encontrava na ativa.

⁷⁹BRASIL. Código penal (1940). **Código penal militar** < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 23 abr. 2010.

⁸⁰ JUNIOR, Chaves; De Brito, Edgar; **Direito penal e processo penal militar**. Forense, 1986, p. 57.

O civil somente responde por crime militar na Justiça Militar Federal, pro crime impropriamente militar. Se cometer delito definido como propriamente militar, responde na justiça comum, se os atos praticados encontrarem definição na lei penal comum.

O civil, nos termos expressos na norma constitucional, não pode ser processado e julgado pela justiça militar estadual. Caso pratique crime militar da competência da justiça especializada estadual, será processado na justiça comum, se os fatos praticados encontrarem definição na lei penal comum.⁸¹

4.2 DAS PENAS DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Pena é a sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição ao seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos. Esse conceito, ainda que calcado na preponderância das retribuições, presta-se para indicar que a pena, em verdade, é um mal desencadeado por um mal precedente: o delito.⁸²

Uma das melhores e mais atuais das definições de pena é a velha e revelha de UGO GROTIUS: o mal que se padece em virtude do mal que se fez.

Desse modo, os bens e interesses tutelados pela lei militar, a segurança do estado e a existência das forças armadas, assim como o status particular dos sujeitos aos quais são infringidas as penas militares, estadeiam bem a diferença existente entre elas e a do direito comum. Nos crimes propriamente militares o fundamento jurídico de suas penas é político. Daí, não serem considerados reincidentes pelo Código Penal comum (art. 64, II) os condenados por esses crimes. Não podem ser os mesmos confundidos com o delinqüente comum; as infrações as deveres de disciplina e de serviço não implicam por si só lesões de ordem morais, nem atribuem indignidade ao militar.⁸³

Art. 64 - Para efeito de reincidência:
I – [...]

⁸¹ LOBÃO, Célio, **Direito penal militar**, 2. ed. atual. Jurídica, 2004, p. 148 e 149.

⁸² COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar, vol. 1, (parte geral)**. Saraiva, 2005, p. 213.

⁸³ ROMEIRO, JORGE ALBERTO, **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, p. 66.

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.⁸⁴

Dessa forma, de acordo com o Código Penal Militar, as penas classificam-se em principais e acessórias. As principais compreendem a pena de morte, considerada na doutrina como pena corporal, pela privação da vida; reclusão, detenção, prisão e impedimento, considerado na doutrina como privativas da liberdade, pois afastam o criminoso do ambiente social, em face de sua segregação; suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e reforma, consideradas na doutrina como privativas e restritivas de direitos.⁸⁵

As penas principais estão classificadas no Código Penal Militar, no artigo 55, a saber:

Art. 55. As penas principais são:

- a) morte;
- b) reclusão;
- c) detenção;
- d) prisão;
- e) impedimento;
- f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função;
- g) reforma.⁸⁶

A reclusão, para os crimes mais graves, importa em tratamento severo. A detenção, em recinto ou estabelecimento militar, é necessária para os casos em que o condenado à privação da liberdade por menos de dois anos deve voltar às suas funções, às vezes de comando, de tal sorte que precisa ter conservada a sua força moral, o seu prestígio. Já a pena de impedimento não constava do Código Penal Militar revogado e a pena de suspensão do exercício, que anteriormente só era prevista em relação ao posto ou cargo, ampliou-se para a suspensão da graduação, e também da função.⁸⁷

⁸⁴BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 23 mar. 2010.

⁸⁵NETO, José da Silva Loureiro, **Direito penal militar**, Atlas, 1992, p. 75.

⁸⁶BRASIL. Código penal militar (1969). **Código penal militar. 1969**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

⁸⁷ASSIS, Jorge César de, **Comentários ao código penal militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**, 6. ed. Juruá, 2007, p. 154.

4.2.1 Da pena de morte

Caracteriza-se a pena de morte, obviamente, pela pena capital, na qual a vida do infrator é ceifada em decorrência de sentença condenatória passada em julgado.

A pena de morte foi abolida no BRASIL pelo código penal de 1890 e na constituição de 1891, permanecendo, contudo, a ressalva de que poderia ser efetivada em caso de guerra.⁸⁸

A atual constituição prevê na letra “a” do inc. XLVII do art. 5º, que: XLVII - não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

Por estar inclusa no art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e das garantias individuais, a vedação de implantação de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, ganha a condição de cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emenda constitucional, nos termos do inciso IV do § 4º do art. 60 da Carta Magna.

Sustenta-se que, cessado o tempo de guerra, ainda que um crime tenha sido praticado e apenado com a morte no período de exceção, e muito mais quando a sentença for proferida em tempo de paz, deve-se evitar a execução da medida capital, sendo comutada ou mesmo afastada na sentença.⁸⁹

A pena de morte quando de sua aplicação, será executada por fuzilamento, como diz o artigo 56 do Código Penal Militar, sendo que a sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao presidente da república, e não pode ser executada senão depois de sete dias após o julgamento. Como adverte a exposição de motivos da legislação penal castrense em seu número 8, “alongou-se de cinco para sete dias o prazo de comunicação ao presidente da república da sentença definitiva de condenação à pena de morte, para atender as hipóteses de distancia do local de julgamento e possíveis dificuldades de comunicação em estado de guerra. Manteve-se, porém, a norma do código vigente, de execução imediata da pena quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares”. Nesse sentido dispõe o artigo 57 e seu parágrafo único do código penal militar.⁹⁰

⁸⁸ COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar, vol. 1, (parte geral)**. Saraiva, 2005, p. 213.

⁸⁹ COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar, vol. 1, (parte geral)**. Saraiva, 2005, p. 214.

⁹⁰ NETO, José da Silva Loureiro, **Direito penal militar**. Atlas, 1992, p. 76.

Art. 57. A sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação.

Parágrafo único. Se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares.⁹¹

A execução da pena de morte é prevista entre os artigos 707 a 708 do Código de Processo Penal Militar. O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com o uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais. O civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido.⁹²

Art. 707. O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais.

1º O civil ou assemelhado será executado nas mesmas condições, devendo deixar a prisão decentemente vestido.

Socorro espiritual

2º Será permitido ao condenado receber socorro espiritual.

Data para a execução

3º A pena de morte só será executada sete dias após a comunicação ao presidente da República, salvo se imposta em zona de operações de guerra e o exigir o interesse da ordem e da disciplina.

Lavratura de ata

Art. 708. Da execução da pena de morte lavrar-se-á ata circunstanciada que, assinada pelo executor e duas testemunhas, será remetida ao comandante-chefe, para ser publicada em boletim.⁹³

4.2.2 Da pena de Reclusão e detenção

São penas privativas de liberdade. A diferença entre elas é quase nenhuma no CPM. Modernamente, busca-se uma unificação das penas privativas de liberdade, porém a lei penal comum ainda consagra a diferenciação, mesmo que em termos práticos se confundam.

⁹¹BRASIL. Código penal militar (1969). **Código penal militar** < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 23 abr. 2010.

⁹²ASSIS, Jorge César de, **Comentários ao código penal militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**, 6 ed. Juruá, 2007, p. 42.

⁹³BRASIL. Código de processo penal militar (1969). **Código de processo penal militar** < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm> Acesso em: 23 abr. 2010.

A diferença entre as duas está na maior rigidez da execução penal no caso da reclusão em relação à detenção. A reclusão pode ser cumprida nos três regimes (fechado, semi-fechado e aberto), enquanto a detenção somente poderá ser cumprida nos dois regimes mais brandos, com exceção do caso de regressão, conforme o artigo 33 do código penal.

Art. 33. O sentenciado a que sobrevém doença mental deve ser recolhido a manicômio judiciário, ou, à falta, a outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia. Tempo de prisão preventiva ou provisória ou de internação em hospital.

Outro aspecto de diferenciação está na possibilidade de substituição da pena, apenas nos delitos apenados com detenção, por medida de segurança de tratamento em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, como na hipótese do artigo 97 do Código Penal comum ao contrário dos crimes apenados com reclusão, quando a medida de segurança será detentiva (intervenção).⁹⁴

A pena de reclusão tem o mínimo de um ano, e o máximo de trinta anos (art. 58, primeira parte do CPM), em regra aplicada àquele sujeito a mesma pena superior a dois anos “a pena privativa de liberdade a mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar é cumprida em penitenciária militar, e na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões também poderá gozar” (art. 61 CPM). Já a pena de detenção, tem o mínimo de trinta dias e no máximo de dez anos (art. 58, segunda parte do CPM) e, como na reclusão, é aplicada àquele cuja pena for superior a dois anos.⁹⁵

Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos.

Art. 61 - A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.⁹⁶

O tempo de cumprimento das penas unificadas de reclusão não pode exceder de 30 anos e o das penas unificadas de detenção, de 15 anos.

⁹⁴ COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar, vol. 1, (parte geral)**. Saraiva, 2005, p. 214 e 215.

⁹⁵ NETO, José da Silva Loureiro, **Direito penal militar**. Atlas, 1992, p. 76.

⁹⁶ BRASIL. Código penal militar (1969). **Código penal militar** < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 01 maio. 2010.

A Lei n. 6544, de 30/06/1978 eliminou a grande diferença entre essas duas penas, alterando a primitiva redação do art. 84 do CPM, e 606 do CPPM sobre suspensão condicional da pena, só então permitida para as penas de detenção não superiores a 2 anos. Quando a pena era de reclusão, por igual tempo, só podia ser suspensa condicionalmente, quando o réu era, a época do crime, menor de 21 anos ou maior de 70 anos. Atualmente, a suspensão condicional da pena é aplicável, por forma igual, às duas penas. O CPM permite em vários de seus artigos a substituição pelo juiz da pena de reclusão pela de detenção (art. 240, § 1º e 2º, 250, 253 e outros) e no artigo 59 a conversão de ambas até dois anos na de prisão, quando impostas a militares.⁹⁷

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

Art. 250. Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240.

Art. 253. Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240.

Art. 59 - A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional: (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)

I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;

II - pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos.

Separação de praças especiais e graduadas

Parágrafo único. Para efeito de separação, no cumprimento da pena de prisão, atender-se-á, também, à condição das praças especiais e à das graduadas, ou não; e, dentre as graduadas, à das que tenham graduação especial.⁹⁸

Segundo ainda dispõe o CPPM, se impostas cumulativamente penas privativas de liberdade, será executada primeiro a de reclusão e depois a de detenção (art. 599). Só avulta a diferença entre ambas as penas, quando o condenado pela justiça militar é recolhido a estabelecimento sujeito a jurisdição ordinária, pois a ele se aplica a Lei de Execução Penal (art. 2º, parágrafo único, da Lei 7210 de 11/07/1984). Segundo a mesma “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado” (art. 33 do CP comum).⁹⁹

⁹⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto, **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, p. 168.

⁹⁸ BRASIL Código penal militar (1969). **Código penal militar** < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/De11001.htm>. Acesso em: 01 maio. 2010.

⁹⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto, **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, p. 168 e 169.

Art. 2º 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 e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.¹⁰⁰

4.2.3 Da pena de prisão

Também pena privativa de liberdade, é o resultado da conversão das penas de reclusão e detenção, inferiores a dois anos, desde que não seja possível a concessão de suspensão condicional da pena (art. 59 do CPM). É méis benéfica ao condenado, por ser cumprida em recinto de estabelecimento militar (quartel), se oficial, ou, se praça, em estabelecimento penal militar, desde que separado dos presos disciplinares e daqueles com condenação superior a dois anos.¹⁰¹

Como as penas de reclusão e detenção até dois anos não induzem em perda de posto e patente (art. 99), da graduação de praças (CF, art. 125, §4º), nem em exclusão destas da corporação militar (art. 102), a conversão daquelas penas na de prisão mira a preservar a força moral e o prestígio militar, que deverá voltar às suas funções, principalmente às de comando, evitando uma promiscuidade carcerária atentatória da hierarquia militar. (cit Silvio Martins Teixeira, novo Código Penal Militar, cit. P.122 e ramagem Badaró, comentários, cit., v.1, p. 295). As praças especiais a que se refere o parágrafo único do art. 59 são os guardamarinha, os aspirantes a oficial e os alunos de órgãos específicos de formação militar, e as praças graduadas, ou suboficiais, primeiros a terceiros-sargentos e cabos. Só existindo uma penitenciária militar, que é o Presídio Naval, pertencente à Marinha, as praças das outras armas cumprem a pena de prisão em suas unidades militares.¹⁰²

¹⁰⁰BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 01 maio. 2010.

¹⁰¹COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar, vol. 1, (parte geral)**. SARAIVA, 2005, p. 215.

¹⁰²ROMEIRO, JORGE ALBERTO, **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, p. 169 e 170.

4.2.4 A autonomia do direito penal militar

O assunto a esse respeito é um tanto controverso, variando-se as opiniões a respeito. Assim, destacamos as opiniões de Vincenzo Manzini e Esmeraldino Bandeira, quando afirmam que o Direito Penal Militar não representa senão uma especialização do Direito penal comum, pois os princípios básicos deste último são também válidos para aquele direito. Por isso, estava certo Napoleão quando disse que “a lei militar é a lei comum com gorro de quartel”¹⁰³

Célio Iobão, aproveitando os postulados, dentre outros, de Romeu de Campos Barros, entende que “classificar o direito penal em especial em função do órgão judiciário encarregado de aplicar o direito objetivo, demonstra evidente confusão entre direito penal especial e direito processual penal especial”. Assevera, ainda, após notável argumentação, que “o direito penal militar é especial em razão do bem jurídico tutelado, isto é, as instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar, acrescido da condição de militar dos sujeitos do delito”. E conclui adiante, com base nessa premissa, que apenas os crimes propriamente militares, cometidos por militares ou por civis, delitos comuns, cuja competência de julgamento foi atribuída às justiças militares pelo legislador ordinário.¹⁰⁴

O direito penal militar é um direito penal especial, porque a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que tem especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares. Esse caráter especial lhe advém ainda de, em nosso país, a Constituição Federal atribuir com exclusividade aos órgãos da justiça castrense, que especialmente prevê (art. 122 CF), o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei (arts. 124 e 125, § 4º). No magistério de Frederico Marques, que fez prosélitos, “direito comum e direito penal dentro do nosso sistema político são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal; se a norma penal objetiva somente se aplica através de órgãos especiais, constitucionalmente

¹⁰³ HERRERA, 1974: 21, apud NETO, JOSÉ DA SILVA LOUREIRO, **Direito Penal Militar**. Atlas, 1992, p. 24.

¹⁰⁴ COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar, vol. 1, (parte geral)**. Saraiva, 2005, p. 21.

previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial, se a sua aplicação não demanda jurisdição própria, mas se realiza através da justiça comum, sua qualificação será a de norma comum. Atendendo a esse critério, teremos um direito penal comum e um direito penal militar.”

Saliente-se que não há como confundir lei especial com lei excepcional. Como esclarece Pietro Vico (*diritto penale militare*, cit. §3º, p. 104), a lei penal militar “seria excepcional se tomasse para seu fundamento jurídico exclusivamente qualidade militar da pessoa do culpado, ou se a lesão de deveres perfeitamente idênticos e comuns aos militares e a todos os outros cidadãos cominasse uma sanção diversa, ou também se estendesse sua eficácia além do quanto pudesse exigir a exata observância dos deveres militares. A lei penal militar, ao contrario, mira diretamente a incriminação de ofensas a especiais deveres, e tem em consideração a qualidade da pessoa enquanto ela se torna culpada da violação de tais deveres; nem se afasta do direito comum senão somente quando as disposições deste são incompatíveis com a índole dos crimes militares. Assim, a lei penal militar, embora formando o direito próprio e particular dos militares, é sempre, por outro lado, uma lei especial em confronto com a lei penal geral”.

Por ser o direito penal militar uma especialização, um complemento do direito penal comum interfere com ele as mesmas relações do direito penal comum com suas ciências e afins e auxiliares, entre elas o direito constitucional.

Verdadeira matriz do direito penal militar em nosso país é a constituição federal, que, atribui-lhe o caráter de direito penal especial. Pois, além de cometer expressamente à lei federal a definição dos crimes militares, restringe, limita seu processo e julgamento à justiça militar, que institui e inclui entre os órgãos do poder judiciário,

artigo 92, VI, da Constituição Federal vigente, estruturando sua mais alta corte de justiça sob a forma de escabinato. (o escabinato ou escabinado é um tribunal colegiado misto, composto de juízes togados e juízes leigos – o Richter ohne Rob, o juiz sem toga, no jargão dos processualistas germânicos, todos com voz e voto. Trata-se de colégio judiciário muito difundido não só na justiça militar, mas também na justiça penal comum da maioria dos países civilizados. Diferencia-se o escabinato do tribunal do júri, porque neste o juiz leigo tem somente voto e o juiz togado apenas voz.)¹⁰⁵

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

[...]

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

¹⁰⁵ ROMEIRO, JORGE ALBERTO, *Curso de direito penal militar: parte geral*, Saraiva, 1994, p. 04 e 06.

4.2.5 Da interpretação da lei penal militar

Os dispositivos da Lei de Introdução ao Código Civil (DL n. 4657. De 4-9-1942) sobre vigência, vacância, derrogação, revogação, correção a textos vigentes, repristinação e novação das leis em geral (art. 1 e 2, com seus parágrafos) são válidos para a lei penal militar.

106

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 1º Nos Estados, estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada. (Vide Lei 2.145, de 1953)

§ (Revogado pela Lei nº 12.036, de 2009).

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.¹⁰⁷

Referente às fontes do direito penal militar, a fonte imediata é a lei, que, nos termos do inciso I do art. 22 da CF, será Lei ordinária, cabendo somente à União legislar sobre a matéria.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

O Código Penal Militar, entretanto, foi baixado, pelo decreto-lei n. 1001, de 21 de outubro de 1969, ato de uma junta militar composta por ministros da marinha de guerra, do exército e da aeronáutica, com amplos poderes para legislar, em face do recesso em que se encontrava o poder legislativo. Unindo-se a exigência constitucional a realidade da norma

¹⁰⁶ ROMEIRO, JORGE ALBERTO, **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, p. 41.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (1942). **Lei de introdução ao código civil**: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 18 maio. 2010.

penal militar, teríamos, com base na teoria da recepção, que o aludido código foi recepcionado com força de lei ordinária.

São fontes mediatas do direito penal militar o costume e a jurisprudência. O costume assinala-se pela repetição contínua de um comportamento de caráter geral respaldado pelo convencimento jurídico de sua necessidade. Já a jurisprudência caracteriza-se pela decisão reiterada dos tribunais. Ambas as fontes do direito podem levar certo dispositivo a cair em desuso, o que não significa revogação da lei penal, pois esta só será revogada por outra lei (art. 2º da LICC), mas podem sim ser, se contra legem, o caminho para uma nova lei.

108

Interpretar uma lei é determinar o sentido e o alcance de seu texto. A interpretação da lei penal militar não se furta aos princípios clássicos de hermenêutica da lei penal comum. Havendo dúvidas na alternativa de escolha entre as normas de direito penal militar e comum, apesar de alguns autores de prol se inclinarem pela aplicação das ultimas, alvitramos, com o aval de outros, pelas mais favoráveis ao acusado, diante do caso concreto.

Cumpre, ainda, falar, aqui, sobre analogia, que consiste no aplicar a um caso não previsto pela lei, o nela disposto com relação a uma hipótese semelhante. Não se trata, assim, propriamente, de uma forma de interpretação, mas de integração da lei.¹⁰⁹

É óbvio que a Legislação Militar é especial e *Lex specialli derogat generalem* e o inverso não têm agasalho na interpretação jurídica. Entretanto, assim como as leis militares não podem ser objeto de derrogação por leis gerais que taxativamente não a explicitem, as garantias constitucionais, sobretudo as “*clausulas pétreas*” e mais especificamente as que tratam dos direitos e garantias individuais, não podem ser sonegadas do cidadão que serve à Pátria investido do munus militar, *maxime* em tempo de paz.¹¹⁰

¹⁰⁸ COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar, vol. 1, (parte geral)**. Saraiva, 2005, p. 55 e 56.

¹⁰⁹ ROMEIRO, JORGE ALBERTO, **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, p. 21 e 23.

¹¹⁰ ESTRELA, Eládio, **Execução Penal Militar: Aplicação das cláusulas pétreas e da Lei de Execução Penal ao Regime de Cumprimento de Pena**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 36, 02/01/2007. disponível em :< <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1441.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2010.

4.2.6 Do princípio da proporcionalidade

É o emprego moderado dos meios necessários. É o princípio da proporcionalidade que, a nosso ver, constitui um princípio de hermenêutica, limitador da aplicação da legítima defesa, ou, ainda, um princípio regulador da reação defensiva, para evitar resultados absurdos, desvaliosos, diante de certas situações.¹¹¹

Na media em que o legislador se omite de sua função específica de determinar, de forma adequada, um mínimo e um máximo de pena, e, por comodismo ou por não querer assumir responsabilidades, estabelece margens extremamente largas, em meio às quais atua o juiz, estará em jogo a segurança dos cidadãos. Ao não deixar clara a função da pena, toda discussão a seu respeito reflete-se, invariavelmente, sobre os critérios para a sua determinação e quantificação, o que, também invariavelmente, se traduz numa anarquia interpretativa que não tinha sido objeto de uma sistemática análise, especialmente à luz dos princípios gerais do direito penal constitucional.¹¹²

O militar, federal ou estadual, possui os mesmos direitos que são assegurados ao civil, quando é levado a julgamento perante os seus pares, em decorrência da prática de um ato ilícito. Existem certos postulados previstos na CF que não são observados pelas autoridades administrativas quando da realização dos julgamentos.¹¹³

O princípio da proporcionalidade, como princípio independente dentro dos princípios da sanção, acolhe a crença de que a entidade da pena, isto é, a aflição que ela origina por sua natureza e intensidade ou pelos efeitos sócio-pessoais que desencadeia, deve-se acomodar à importância da afecção ao objeto tutelado e à intensidade da responsabilidade concorrente. Trata-se de um princípio que assegura a coerência com os outros dois blocos de princípios éticos e, desse modo, fornece um conteúdo de legitimação significativo à decisão político-criminal de ter recorrido ao controle social jurídico-penal. Se o primeiro princípio da sanção estabelece exigências incondicionadas e o segundo descobre a utilidade da pena, o terceiro busca garantir que o mal que com ela mesma ou com seus efeitos se produz guarde relação com a gravidade do dano e da responsabilidade pelo mesmo. O princípio tem que entender, já em nível legislativo, dois planos, que poderíamos chamar abstrato e concreto.

¹¹¹ ASSIS, Toledo Francisco de, **Princípios Básicos de Direito Penal: de Acordo Com a Lei 7209 De 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**, Saraiva, 1994, p. 203 e 204.

¹¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**, 3. ed. rev. e Atal, revista dos tribunais, p. 825.

¹¹³ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues, **Direito Administrativo Militar**, 3. ed. rev. e Atal, Lumen Juris, 2009, p. 3.

Pelo primeiro, a entidade da pena prevista deve corresponder à importância do bem tutelado e ao âmbito de responsabilidade estabelecido. Pelo segundo, a pena deve ser configurada de tal maneira que permita sua acomodação às variações que a afecção ao objeto de proteção e à estrutura da responsabilidade possam experimentar no caso concreto.¹¹⁴

Proporcionalidade é o que se espera da harmônica aplicação dos princípios constitucionais e das normais infraconstitucionais. Por isso, o princípio esparge-se por todos os ramos do direito, adquirindo especial relevo na esfera penal. Não teria o menor sentido, levando-se em conta a proteção subsidiária que o direito penal deve assegurar aos conflitos sociais, sustentando-se na adequada posição de intervenção mínima, prever penas exageradas para determinados delitos considerados de menos importância, bem como estipular sanções ínfimas para aqueles que visam à proteção de bens jurídicos considerados de vital relevo. Dessa forma, ao elaborar tipos penais incriminadores devem o legislador inspirar-se na proporcionalidade, sob pena de incidir em deslize grave, com arranhões inevitáveis a preceitos constitucionais. Não teria sentido, a título de exemplo, prever pena de multa a um homicídio doloso, como também não se vê como razoável a aplicação de pena privativa de liberdade elevada a quem, com a utilização de aparelho sonoro em elevado volume, perturba o sossego de seu vizinho. Francisco Javier Alvaréz Garcia, cuidando dos critérios que devem permear o estabelecimento dos marcos penais pelo legislador, enumera os seguintes: respeito à proporcionalidade; posição do sujeito no cenário do ordenamento jurídico, conclusões extraídas do princípio de fragmentariedade ou da intervenção mínima; função da norma penal; grau de participação do agente no delito; finalidades preventivo gerais e periculosidade do sujeito ativo do crime.

A tarefa do criador da norma penal é, baseando-se na proporcionalidade das sanções penais destinadas aos crimes praticados, estipular as penas. Outro não é o desejo expressado na Constituição Federal, que elaborou uma escala de penas, no mesmo cenário em que previu a individualização da pena, sinalizando para a sua harmonização às infrações praticadas. Preceitua o art. 5º, XLVI, que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição de liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição.”¹¹⁵

A justiça é o elemento essencial de qualquer instituição, pois somente com a observância do devido processo legal e das garantias constitucionais é que se podem alcançar os objetivos do Estado democrático de Direito. O respeito à lei em todos os seus aspectos é

¹¹⁴ RIPOLLÉS, José Juiz Díez, **A Responsabilidade das Leis Penais**, Revista dos Tribunais, 2005, p.172.

¹¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. Revista dos Tribunais, 2007, p. 38 e 39.

condição essencial para a construção de uma sociedade justa, fraterna, e livre da violência e das desigualdades sociais.¹¹⁶

A preocupação do congresso constituinte com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, enumerados no art. 5º, da CF, foram tamanhas que, no art. 60, § 4º, inciso IV, elaborou restrições em caso de emendas constitucionais, observando que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV: os direitos e garantias individuais. Por mais que o legislador derivado queira modificar as garantias constitucionais previstas no art. 5º, da CF, terá que respeitar a vontade manifestada pelo povo através de seus representantes em 1988, por ser esta matéria integrante das denominadas *cláusulas pétreas*.¹¹⁷

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - os direitos e garantias individuais.¹¹⁸

Os militares, por força de disposições regulamentares, encontram-se sujeitos aos princípios de hierarquia e disciplina, mas isso não significa que os direitos e garantias fundamentais possam ser desrespeitados. As instituições, no Estado de Direito, devem se submeter aos princípios que regem os direitos e garantias dos cidadãos, os quais são preservados pelo Estado, sob pena de responsabilidade, em atendimento ao art. 37, § 6º, da CF. Enfim, a hierarquia e a disciplina devem ser preservadas por serem princípios essenciais, básicos, das Corporações militares, mas os direitos e as garantias fundamentais previstos no art. 5º, da CF, que devem ser asseguradas a todos os cidadãos (civis ou militares, brasileiros ou estrangeiros), sem qualquer distinção, na busca do fortalecimento do Estado de Direito.¹¹⁹

¹¹⁶ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues, **Direito Administrativo Militar**, 3. ed. rev e atual. Lumen Juris, 2009, p.7.

¹¹⁷ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues, **Direito Administrativo Militar**, 3. ed. rev e atual. Lumen Juris, 2009, p.16.

¹¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição>. Acesso em: 23 mar. 2010.

¹¹⁹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues, **Direito Administrativo Militar**, 3. ed. rev e atual. Lumen Juris, 2009, p.17 e 21.

4.2.7 Do princípio *in dubio pro reo* na aplicação da pena

É a extensão, no espaçoso campo da interpretação das leis penais, do princípio *in dubio pro reo*, que, nos dias correntes, não mais se limita a atuar no âmbito estreitíssimo da apreciação das provas de um crime atribuído a alguém. Atualmente, segundo os mais modernos *iuris scriptores*, principalmente da Alemanha e a jurisprudência dos tribunais deste país, vanguardeiro do direito penal, a atuação do princípio *in dubio pro reo* é a mais ampla possível, não abrangendo com exclusividade os fatos constitutivos do crime, mas também os impeditivos, extintivos e os mitigadores de penas, e estabelecendo-se ainda aos pressupostos processuais, independente do problema do ônus da prova.

A força do princípio *in dubio pro reo*, originário do direito romano e que estranhamente não vem explícito na legislação das nações civilizadas, deflui – no magistério de Eduard kern – de um convencimento jurídico do povo na prática contínua da aplicação de um preceito de direito costumeiro. A jurisprudência dos nossos tribunais, inclusive do STM, vem adotando o liberal entendimento exposto.¹²⁰

Nesse sentido, temos o seguinte acórdão do STM:

Acórdão

Num: 1992.01.032878-5 UF: RJ Decisão: 26/11/1992
Proc: HC - HABEAS CORPUS Cód. 180

Publicação

Data da Publicação: 19/02/1993 Vol: 00393-01 Veículo: DJ

Ementa

HABEAS CORPUS. COMPETENCIA. REU CONDENADO PELA JUSTIÇA MILITAR, CUMPRINDO PENA NO PRESIDIO HELIO GOMES (JURISDIÇÃO ORDINARIA). PEDIDO DE PROGRESSÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. INCIDENTE QUE DEVERA SER DECIDIDO PELO JUIZO DAS EXECUÇÕES INDICADO NA LEI LOCAL, FACE A INCOMPETENCIA DA JUSTIÇA MILITAR NOS TERMOS DO ART. SEGUNDO, PARAGRAFO UNICO DA LEI 7.210/84. CONCEDIDA A ORDEM PARA CASSAR A DECISÃO 'A QUO' E DETERMINAR A REMESSA DOS AUTOS AO JUIZ DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. UNANIME.

Ministro Relator

JOSÉ DO CABO TEIXEIRA DE CARVALHO

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais, *cláusulas pétreas* do art. 5º, nos termos do art. 60, §4º, IV da CF/88, no seu *caput* não escolheu se o cidadão era civil ou militar ao estabelecer que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer*

¹²⁰ ROMEIRO, JORGE ALBERTO, *Curso de direito penal militar: parte geral*, Saraiva, 1994, p. 22 e 23.

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. Verifique-se que a *Lex Legum* insculpiu que “*todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza...*”.

De outra banda, o art. 142 complementa, *in verbis*:

Art. 142 ...

...omissis...

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998). Com efeito, embora tenha sido introduzido pelo Poder Constituinte Derivado, o enunciado recepcionou praticamente todo o estamento jurídico pertinente e anterior à *Lex Fundamentalis*.

Entretanto, isso não dá o condão ao aplicador da Lei de agir como estabelece o Art. 2º do CPPM, que avisa:

Art. 2º A lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões. Os termos técnicos hão de ser entendidos em sua acepção especial, salvo se evidentemente empregados com outra significação.

Trata-se, pois, de dispositivo anacrônico, oriundo de um Código que cumpriu a sua missão, uma vez que se fizermos interpretação histórica das normas penais militares, verificaremos que foram editadas em época de regime de exceção e a partir do momento que o País funciona plenamente em regime democrático, não se concebe que os Direitos Individuais sejam interpretados de forma ambígua, pois o próprio Código de Processo Penal, embora anacrônico em algum dos seus tópicos admite no art. 3º as condições necessárias à integração do direito, no que pertine aos institutos da Execução Penal, *ut infra* sobre os casos omissos:

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

Nesse sentido, há que se reconhecer a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 2º da Lei 7.210/84, porquanto além de ser de redação duvidosa, é discriminatório quanto a sua aplicabilidade, tendo em vista que fora escrito próximo ao ocaso do regime de exceção e tinha como escopo suprimir direitos fundamentais dos militares condenados.¹²¹

Art. 2º 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 e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.¹²²

Nesse sentido, mesmo sendo a Lei de Execução Penal taxativa em só permitir a sua aplicabilidade aos militares quando em estabelecimento sujeito à jurisdição voluntária, não se pode entendê-la constitucional, já que a Constituição através dos Direitos Fundamentais insculpidos, no meu sentir, espancou a inaplicabilidade dos dispositivos pertinentes à lacuna deixada pelo CPPM, o qual só admite o Livramento Condicional nos termos do seu Capítulo II, art. 618 e ss.¹²³

Dessa forma, estabelecida afinal a pena a ser imposta ao condenado, pode ela, quando privativa de liberdade, vir a ser cumprida em estabelecimento sujeito a jurisdição ordinária, com aplicação da Lei de Execução Penal. São os casos previstos pelos artigos 61 e 62 do CPM, abaixo transcritos:

Art. 61 - A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)

Art. 62 - O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)

Parágrafo único - Por crime militar praticado em tempo de guerra poderá o civil ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte em penitenciária militar, se, em

¹²¹ ESTRELA, Eládio. **Execução Penal Militar: Aplicação das cláusulas pétreas e da Lei de Execução Penal ao Regime de Cumprimento de Pena**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 36, 02/01/2007. disponível em :< <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1441.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2010.

¹²² BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 18 maio. 2010.

¹²³ ESTRELA, Eládio. **Execução Penal Militar: Aplicação das cláusulas pétreas e da Lei de Execução Penal ao Regime de Cumprimento de Pena**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 36, 02/01/2007. disponível em :< <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1441.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2010.

benefício da segurança nacional, assim o determinar a sentença. (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)¹²⁴

Nesses casos, o juiz da sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o dispositivo no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal comum.

A progressão de regime inicial estabelecido na sentença, como, aliás, toda a execução penal, competirá ao juiz da justiça comum “indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença. (arts. 65 e 66 da Lei n. 7210, de 1984)”¹²⁵

Art. 65. A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença.

Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

II - declarar extinta a punibilidade;

III - decidir sobre:

a) soma ou unificação de penas;

b) progressão ou regressão nos regimes;

[...]¹²⁶

Temos também uma súmula do Supremo Tribunal Federal que elucida o seguinte:

Súmula 611

TRANSITADA EM JULGADO A SENTENÇA CONDENATÓRIA, COMPETE AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES A APLICAÇÃO DE LEI MAIS BENIGNA.¹²⁷

Dessa forma, os militares sendo tratados como cidadãos de alta periculosidade em face de crimes de menor potencial ofensivo, quantos juristas, ministros, promotores, juízes, advogados, ou qualquer outro operador do direito questionou ou pré-questionou o tratamento desigual ao militar em tempos de paz, já que ele é apenas um cidadão com função de Estado de categoria especial e, deveria, nesta circunstâncias ter os mesmos direitos dos cidadãos comuns em sede de cumprimento de pena, sobretudo os que exsurgem do art. 5º da CF/88, os quais são usados como argumento para a interpretação benigna na progressão dos condenados em regime integralmente fechado e sequer são mencionados na execução penal militar.

¹²⁴ BRASIL. Código penal militar (1969). **Código penal militar** < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 18 maio. 2010.

¹²⁵ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994, P. 186 e 187.

¹²⁶ BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 18 maio. 2010.

¹²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula 611. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 18 maio. 2010.

Ora, ninguém, até a presente data, questionou a constitucionalidade de tais postulados jurídicos, já que a Lei dos Crimes Hediondos, na sua essência nascera da verossimilhança da execução da pena aos Crimes Militares desde 1969, os quais, em tese, por não ter a progressão de regime na individualização da pena, são todos hediondos doutrinariamente, embora na sua maioria não contenham em si tipos que levem à reprovabilidade social extrema ou a própria perversidade e crueldade, características necessárias neste, mas, em face da execução penal militar são vedados inconstitucionalmente de verem aplicados o sistema predominante no Brasil que é o caráter progressivo da pena, visando a reintrodução do apenado gradualmente na sociedade, vislumbrado o mesmo em cada estágio (fechado, semi-aberto e aberto), a aproximação do seu retorno à liberdade integral.

Nesse sentido, a permanecer a concepção que a ausência da progressão de regime para os militares condenados a penas acima de dois anos em tempo de paz é constitucional, teremos que entender como constitucional a Lei dos Crimes Hediondos, fato jurídico que não é mais o pensamento dos Tribunais Superiores Pátrios.

Repiso, ou aplicamos a progressão de regime aos crimes militares em tempo de paz, ou abandonamos a idéia que o regime integralmente fechado é inconstitucional, já que a sonegação da progressão de regime é aplicada sem o menor questionamento, apenas não possui o termo integralmente fechado para designá-lo, mas, que, na prática, é exatamente igual à concepção da Lei conhecida como Lei dos Crimes Hediondos.

O sentido da aplicação de tal dispositivo só se legalizaria em um regime de exceção como quando da sua concepção, ou em tempo de guerra, em caso de estado de sítio, já que as garantias constitucionais estariam suspensas, aí sim, seria razoável e proporcional entendermos o dispositivo, porquanto, é praxe quando se compara leis semelhantes em face de direito disciplinar ou penal, para os militares a integração do direito é quase sempre em *malam partem*, enquanto que para os civis, *in bonam partem*.¹²⁸

REsp 737766 / PR ; RECURSO ESPECIAL
2005/0044576-3
Relator: Ministro GILSON DIPP
Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA
Data do Julgamento: 16/02/2006
Data da Publicação/Fonte: DJ 13.03.2006 p. 362
Ementa

¹²⁸ ESTRELA, Eládio. **Execução Penal Militar: Aplicação das cláusulas pétreas e da Lei de Execução Penal ao Regime de Cumprimento de Pena**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 36, 02/01/2007. Disponível em :< <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1441.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2010.

CRIMINAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. PRESO CONDENADO PELA JUSTIÇA MILITAR, CUMPRINDO PENA EM ESTABELECIMENTO SOB JURISDIÇÃO ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DA LEI N.º 7.210/84. RECURSO DESPROVIDO. I – De acordo com o literal teor do art. 2.º da Lei de Execuções Penais e do art. 61 do Código Penal Militar, aos condenados pela Justiça Militar somente se aplicam os termos da Lei n.º 7.210/84 quando recolhidos a estabelecimento prisional submetido à jurisdição ordinária. II – Precedentes desta Corte e do STF. III - Recurso conhecido e desprovido, nos termos do voto do Relator.

Acórdão

Num: 1993.01.006070-2 UF: BA Decisão: 23/03/1993

Proc: Rcrimfo - RECURSO CRIMINAL (FO) Cód. 320

Publicação:

26/04/1993 Vol: 00893-01 Veículo: DJ

RECURSO CRIMINAL. AO CONDENADO PELA JUSTIÇA MILITAR RECOLHIDO EM UMA OM NÃO SE APLICAM AS DISPOSIÇÕES DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS (LEI NUMERO 7.210/84), CONFORME EXPRESSAMENTE DISPÕE O PARAGRAFO UNICO DE SEU ART. SEGUNDO. A PROGRESSÃO A FAVOR DO SENTENCIADO, COM MUDANÇA NO REGIME CARCERARIO, NÃO PODE SER DECIDIDA NO AMBITO DA COMPETENCIA DA JUSTIÇA MILITAR. IMPROVIDO O RC INTERPOSTO. DECISÃO UNANIME.

Ministro Relator:

ALDO DA SILVA FAGUNDES

5 CONCLUSÃO

O trabalho apresentado teve como objetivo estudar os institutos do direito penal militar e do código penal comum e a progressão de regime nas diversas penas impostas.

A pesquisa demonstrou que a progressão de regime e a aplicação da Lei de Execução Penal não são concedidas aos militares que cumprem penas em estabelecimentos prisionais militares. Aos poucos os operadores do Direito foram sensibilizando-se com a necessidade de conceder esse direito para os militares que são marginalizados nesse quesito sem a devida regularização. Isso é claramente visível com a mudança de pensamento e de opinião de alguns doutrinadores e operadores do direito, que reiteradamente tem escrito livros e artigos relatando esse desrespeito constitucional.

Nessa esteira, o grande marco para os legisladores seria a mudança da legislação, ou melhor, sua adequação para que a legislação militar seja recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reconhece que todos são iguais perante a lei e que instituiu o estado democrático de Direito. Esse estado democrático foi uma conquista de fundamental importância para toda sociedade, e nela se inclui os militares que também são entes sociais e que merecem ser tratados como os outros cidadãos civis, necessitando muito terem seus direitos respeitados e regularizados.

No que diz respeito à progressão de regime, a lei de Execução penal regulariza e normatiza a sua progressão bem como a regressão de regime, de acordo com o comportamento do preso e de seu trabalho dentro da instituição prisional. O Código Penal também é claro em seus artigos e prevê a aplicação da progressão de regime.

No que tange a respeito do princípio da proporcionalidade, essa aplicação acaba sendo o que todos esperamos de uma coerente e complementar harmonia de toda legislação brasileira, onde princípios e normas convivem pacificamente sem confrontos. Dessa forma, por força do referido princípio, não se justifica a exclusão da possibilidade de progressão dos regimes aos crimes militares.

A Lei de Introdução Ao Código Civil prevê que nos casos omissos serão suprimidos pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; e também pelos princípios gerais de Direito e pela analogia. Não há que se falar que a aplicação subsidiária do código penal comum e da lei de execução penal ao código penal militar e também ao código de processo penal militar irá prejudicar a índole do processo penal militar, onde que todos os princípios constitucionais

e princípios basilares do direito devem ser sempre preservados e respeitados independentes da aplicação a que for ser aplicados. São normas que devem ser observadas e sua negligência pode abrir um perigoso precedente constitucional.

O legislador, quando decretou o código penal militar e seu código de processo penal militar, foi omissos quanto ao cumprimento da pena por parte dos militares em estabelecimentos militares, deixando uma lacuna para que o magistrado julgue conforme o caso concreto, levando em conta a sua própria convicção. E justamente por ser analisado por um colegiado, com muitos militares, são refutados os pedidos de progressão de regime, onde é feita uma interpretação literal da lei para se fundamentar as decisões emanadas do egrégio tribunal militar.

Ao serem analisados os motivos da não previsão legal desse direito basilar e fundamental, percebeu-se que a lei foi decretada em uma época totalmente diferente dos dias atuais, onde o país vivia dias diferentes e que talvez a época se justificasse essa omissão, caso que nos dias atuais não mais são justificados. Assim como o mundo, a lei deve evoluir e seguir a tendência social em que se vive, a lei deve ser atualizada, digamos, para acompanhar a sociedade e para que não seja apenas mais uma letra morta e sem aplicação, por ser obsoleta.

Dessa feita, infere-se que os magistrados não analisem a situação pela letra fria da lei, arriscando-se, assim, a cometer injustiças. O simples fato de não aplicar a progressão de regime a um apenado já envolve uma análise minuciosa de critérios subjetivos. Por essa razão, há a necessidade e a urgência de atualização da lei e principalmente da justiça, cabendo aos juízes fazerem uso do livre convencimento e convicção para justificar uma mudança necessária e eficaz da jurisprudência a esse respeito.

No que concerne aos legisladores, o momento atual é de transição, pois se busca consolidar os direitos sociais e coletivos, fadando um novo formato a ser conferido à legislação penal militar, apesar de o ordenamento jurídico pátrio ter sofrido alterações significantes, e a legislação penal militar não ter acompanhado e se adequadado aos novos anseios da sociedade.

Demais, não se pode esquecer que o direito de um indivíduo só começa quando termina o do outro. O mesmo direito que tem a sociedade, de impor uma pena a quem tenha cometido um crime, esse indivíduo também tem o direito de buscar uma recuperação breve, e a progressão de regime de sua pena, como um reconhecimento a sua boa conduta e a sua recuperação.

Nesse aspecto, cabe destacar a necessidade de realizar mudanças, sempre no sentido de buscar a justiça, se não a sua plenitude, ao menos situar o ordenamento jurídico o mais próximo dela.

REFERÊNCIAS

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto;
DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. Edição Renovar, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Revista dos tribunais. 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Atlas, 2007.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada e interpretada**. Lúmen Júris, 2006.

DOS SANTOS, Paulo Fernando. **Aspectos práticos de execução penal**. Universitária de direito, 1998.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Lei de execução penal anotada**. Editora Edijur.

BARROS, Carmen Silva de Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. Revista dos Tribunais, 2001.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar: parte geral**, Saraiva, 1994.

JUNIOR, Chaves; DE BRITO, Edgar. **Direito penal e processo penal militar**. Forense, 1986.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. Jurídica, 2004.

COIMBRA, Cícero Robson, **Apontamentos de direito penal militar**. vol. 1, (parte geral). Saraiva, 2005.

NETO, José da Silva Loureiro, **Direito penal militar**. Atlas, 1992.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao código penal militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 6 ed. Juruá, 2007.

ASSIS, Toledo Francisco de. **Princípios Básicos De Direito Penal: De Acordo Com A Lei 7209 De 11-7-1984 E Com A Constituição Federal De 1988**, Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual De Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, 3 ed. rev. e atual. Revista Dos Tribunais.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito administrativo militar**, 3. Ed. Rev e atual. Lumen juris.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição>.

BRASIL. Código penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>.

BRASIL. Lei de Execução Penal (1984). **Lei de execução penal**: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>.

BRASIL. Código penal militar (1969). **Código penal militar** <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1001.htm>>.

BRASIL. Código de processo penal militar (1969). **Código de processo penal militar** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>.

BRASIL. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (1942). **Lei de introdução ao código civil**: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

ESTRELA, Eládio. **Execução Penal Militar: Aplicação das cláusulas pétreas e da Lei de Execução Penal ao Regime de Cumprimento de Pena**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 36, 02/01/2007. disponível em :< <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/1441.pdf>>.

BRASIL. **Supremo tribunal Federal**. Sumula 611. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>.