

Revogação da saída temporária tem caráter penal e não retroage

Anteontem, 28 de maio, o Congresso derrubou o veto do presidente da República e proibiu a saída temporária do preso em duas situações: visita à família e participação em atividades que auxiliem no retorno social, mantendo o benefício apenas para fins de estudo no ensino médio, supletivo ou cursos profissionalizantes.

Antônio Cruz/Agência Brasil

O instituto, apelidado de "sainha", foi perdendo sua razão de ser ao longo dos seus quase 40 anos de vigência, devido à desídia do Poder Executivo quanto à questão carcerária, relegada a um segundo plano pela retórica demagógica da classe política, até que os presídios, enfim, se transformassem em bases operacionais de organizações criminosas. Aos poucos, com o passar do tempo, a execução da pena foi se distanciando da ideia original de ressocialização gradual do sentenciado.



O processo de reinserção social do delincente é fundamental para a redução da reincidência, razão pela qual o condenado por crimes graves deve passar por um período inicial de depuração no regime fechado, em estabelecimentos de segurança máxima ou média, para então, progredir para um estágio mais brando, no qual a pena será cumprida em colônia penal, ambiente menos hostil que o presídio, com alojamentos coletivos no lugar de celas.

Na sequência, rumo à readaptação, o preso seguiria para o regime aberto, em liberdade desvigiada durante o dia, sob a condição de trabalhar, recolhendo-se à noite e nos dias de folga a um estabelecimento penal denominado Casa do Albergado.

A Lei 7.210/84, logo em seu artigo 1º, deixava clara essa ideia: ***“A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado”***.

A finalidade da pena não é apenas proteger a sociedade, prevenindo com força dissuasória a prática de crimes mediante ameaça de punição (prevenção geral) e segregar o delincente do convívio social. Sua função legal é também a de reintegrar o delincente à coletividade. A inércia da administração pública, no entanto, foi solapando, ao longo de quatro décadas, a realidade projetada pelo legislador.

Solução brasileira

No que toca à saída temporária, o benefício foi criado com o intuito de preparar o preso em regime semiaberto para ingressar no aberto, exercitando seu senso de responsabilidade e autodisciplina.

Consiste em saídas rápidas de sete dias, cinco vezes ao ano, pelas quais o preso vai aos poucos se readaptando ao convívio social. Evidentemente, nenhum sistema tem 100% de eficiência, mas o índice daqueles que burlavam o instituto e deixavam de retornar era de pouca significância – cerca de 6%, de acordo com dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen), ano 2023.

Ocorre que a saída temporária começou a ser concedida a presos fisicamente no regime fechado, ainda no ambiente prisional do cárcere. Isso porque não há vaga suficiente para todos aqueles que obtêm juridicamente o direito ao regime semiaberto, dando origem a uma solução brasileira: o sujeito passa juridicamente ao semiaberto, mas continua de fato, preso no fechado, aguardando abertura de vaga na colônia penal. A readaptação social pretendida pelos especialistas não funcionou, mantendo elevados os índices de reincidência. O tempo se encarregou de mostrar que tudo não passou de uma idílica pretensão de transformar nosso sistema penitenciário em uma Suíça carcerária.

Tinta no papel

A Lei de Execução Penal previu a individualização do cumprimento da pena de acordo com os antecedentes e a personalidade do condenado (artigo 5º), aferida mediante exame criminológico (artigo 8º), assegurou-lhe direito à assistência material, mediante fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas (artigos 12 e 13), saída, com atendimento médico, farmacêutico e odontológico (artigo 14), jurídica (artigos 15 e 16), educacional (artigos 17 a 21-A), social (artigos 22 e 23), religiosa (artigo 24) e ao egresso (artigo 25 a 27).

Em seu artigo 112, permitiu o cumprimento da pena de forma progressiva, com a passagem ao regime menos rigoroso, até chegar ao aberto, bem como a possibilidade de descontar um dia de pena a cada três dias de trabalho, por meio do instituto da remissão (artigo 126). Além da progressão de regime, admitiu o livramento condicional (131) e vários outros benefícios, dentre os quais a saída temporária. Tudo visando à eliminação da reincidência.

Assim que, em seu artigo 122, a LEP previu o benefício da saída temporária para presos não perigosos e em regime semiaberto, no qual o condenado deveria ter o direito de cumprir sua pena em uma colônia penal agrícola, industrial ou similar (CP, artigo 35, § 1º), estruturas distintas e bem mais amenas do que o cárcere. Não cabe aqui, necessariamente, uma crítica ao legislador, que procurou apenas dar cumprimento ao que determina nossa CF, que assegura ao preso o respeito à sua integridade física e moral (CF, artigo 5º, XIX) e a preservação de todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória.

O problema foi gerado pela falta de eficiência do Poder Executivo. A esperanzosa Lei de Execução Penal chegou até a fixar o utópico prazo de seis meses para a implementação de

todos os projetos e construções necessárias a dar cumprimento aos dispositivos previstos na lei (LEP, artigo 203 e seguintes). Evidentemente, tudo não passou de tinta no papel.

Spacca

Perdida nesse emaranhado de regras estava a saída temporária. Ao estatua-la, o legislador pressupunha um preso com boa conduta carcerária, sem sinais de periculosidade, já aprovado por um exame criminológico eficiente e celer e manifesta favorável do Ministério Público, e que já se encontrasse em um ambiente bem mais ameno do que um presídio, com vigilância moderada e alojamentos coletivos. Nessas condições, fazia todo o sentido autorizar saídas temporárias para auxiliar a ressocialização do indivíduo. No entanto, com a crise de vagas no sistema semiaberto, muitos presos com mérito para acessá-lo, permaneceram no fechado, ambiente dominado pelas organizações criminosas. É claro que assim, o instituto não iria produzir os mesmos resultados.

Revogação e natureza do benefício

O Congresso Nacional decidiu então, como se diz, matar o boi para eliminar o carrapato e revogou o benefício. A questão que se coloca agora, é a seguinte: **como fica a situação dos presos em regime semiaberto que cometeram crimes antes da extinção da saída temporária?**

Para quem considera a saída temporária um instituto de natureza processual, a incidência da proibição ser imediata e alcançar todos os presos em regime semiaberto, mesmo que as infrações penais tenham sido praticadas antes da vigência da proibição. As normas processuais têm sua incidência regulada pelo artigo 2º do CPP, segundo o qual *“a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”*.

Sua incidência é imediata, de modo que o juiz, ao decidir, aplicará a regra que estiver em vigor na data em que for proferir sua decisão (*tempus regit actum*), sendo irrelevante se ela é mais severa ou se o crime foi praticado antes de sua vigência. Incide aquilo que estiver valendo no dia.



Fernando Capez
Advogado

â??Processual Ã© a norma que repercute apenas no processo, sem respingar na pretensÃ£o punitiva. Ã© o caso das regras que disciplinam a prisÃ£o provisÃ³ria, proibindo a concessÃ£o de fianÃ§a ou de liberdade provisÃ³ria para determinados crimes, ampliando o prazo da prisÃ£o temporÃ¡ria ou obrigando o condenado a recolher-se Ã prisÃ£o para poder apelar da sentenÃ§a condenatÃ³ria. Embora haja restriÃ§Ã£o o jus libertatis, o encarceramento se impÃoe por uma necessidade ou conveniÃªncia do processo, e nÃ£o devido a um aumento na satisfaÃ§Ã£o do direito de punir do Estado. Se o sujeito vai responder preso ou solto ao processo isso nÃ£o diz respeito Ã pretensÃ£o punitiva, atÃ© porque tal tempo serÃ¡ detraÃdo da futura execuÃ§Ã£o (CP, art. 42). Desse modo, se um agente comete um crime antes da entrada em vigor de uma lei que proÃbe a liberdade provisÃ³ria, caso venha a ser preso, nÃ£o poderÃ¡ ser solto, uma vez que a norma, por ser processual, tem incidÃªncia imediata, alcanÃ§ando os fatos praticados anteriormente, mesmo que prejudique o agente.â?•[1]

Somente serÃ¡ considerada norma processual aquela que tiver relaÃ§Ã£o com as exigÃªncias do processo, sem significar aumento ou reduÃ§Ã£o da intensidade de satisfaÃ§Ã£o da pretensÃ£o punitiva [2]. No que diz respeito, por exemplo, Ã regra do regime disciplinar diferenciado, previsto no artigo 52 da LEP, o entendimento Ã© o de que ele tem carÃ¡ter processual, uma vez que se trata de um incidente relativo Ã disciplina interna dos presÃdios.

Deste modo, qualquer preso, definitivo ou provisÃ³rio, nacional ou estrangeiro, que colocar em risco a ordem ou disciplina interna do presÃdio, poderÃ¡ se sujeitar Ã s suas regras mais severas, mesmo que o crime pelo qual cumpre pena tenha sido praticado antes da decisÃ£o. As regras processuais nÃ£o se submetem Ã proibiÃ§Ã£o de retroatividade *in pejus* da CF, artigo 5Âº, XL. Se fosse processual, a lei que extinguiu a saÃda temporÃ¡ria teria incidÃªncia imediata e se aplicaria a todos os casos, mesmo que relativos a crimes anteriores Ã extinÃ§Ã£o do benefÃcio. Mas a saÃda temporÃ¡ria nÃ£o Ã© um instituto de natureza processual.

Por outro lado, **serÃ¡ de carÃ¡ter penal toda norma que criar, ampliar, reduzir ou extinguir a pretensÃ£o punitiva estatal, tornando mais intensa ou branda sua satisfaÃ§Ã£o.** Leis que tipificam novos crimes (normas incriminadoras) tÃªm natureza penal, pois estÃ£o criando para Estado o poder de punir tais condutas, o que significa o surgimento de uma nova pretensÃ£o punitiva para essas hipÃ³teses. Leis que aumentam as penas ou impÃoem novos obstÃculos para o condenado cumprir sua pena tambÃ©m possuem natureza penal, pois restringem o direito de liberdade e intensificam o direito de punir.

Do mesmo modo, tem natureza penal as que proÃbem a concessÃ£o de anistia, graÃ§a ou indulto, ou as que aumentam o prazo prescricional, pois protegem a pretensÃ£o punitiva, tornando mais difÃcil a sua extinÃ§Ã£o. Em sentido oposto, normas que extinguem crimes ou que criam novas causas extintivas da punibilidade, possuem natureza penal pois reduzem o poder de punir do Estado.

â??As normas que tratam de execuÃ§Ã£o de pena, como, por exemplo, aquelas que proÃbem a progressÃ£o de regime, dificultam a obtenÃ§Ã£o do livramento condicional ou sursis, permitem ou vedam a substituiÃ§Ã£o da pena privativa de liberdade por restritiva de

direitos e multa têm inequivocamente natureza penal, já que afetam a satisfação do direito de punir do Estado. Com efeito, o cumprimento de uma pena sem livramento condicional, por exemplo, intensifica o grau de aflição do condenado e, em contrapartida, o de satisfação do poder punitivo estatal. Sendo penal a sua natureza, tais normas se submetem ao princípio da irretroatividade in pejus. [3]

Retroatividade

Leis que reduzem penas, trazem novas atenuantes ou causas de diminuição, facilitam a progressão de regime, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional têm natureza penal, pois reduzem a punição, a potência do poder de punir [4]. As normas de Direito Penal não podem retroagir e alcançar crimes cometidos antes de sua entrada em vigor quando forem prejudiciais ao acusado. É o princípio da irretroatividade da lei penal *in pejus*, insculpido no artigo 5º, XL, da CF: *“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”*.

A sanção temporária é um instituto de natureza penal, não podendo ser considerada uma norma relativa à disciplina interna do presídio, mas uma atenuação na intensidade do poder de punir estatal, do mesmo modo que as regras que estabelecem o livramento condicional, a progressão de regime, a remissão, a anistia, o indulto, a graça ou qualquer outro instituto que reduza o potencial punitivo do Estado. A extinção da sanção temporária, tendo natureza penal, submete-se à proibição de retroagir tendo em vista seu caráter inequivocamente mais severo.

Como toda e qualquer outra norma que reduz a intensidade do direito de punir (*jus puniendi*), o direito de sair durante o cumprimento da pena para visitar a família ou qualquer outra atividade, é uma redução no poder de punição do Estado, porque torna a execução da pena mais branda para o condenado. Não se confunde com a imposição do regime disciplinar diferenciado, porque a sanção temporária é um direito assegurado previamente como um direito do sentenciado que preenche seus requisitos a ter, ainda que por breve período de tempo, uma atenuação na submissão ao poder de punir do Estado.

Trata-se de norma que atenua a execução da pena privativa de liberdade. **Por essa razão, todos os condenados pela prática de crimes anteriores ao início da vigência da extinção da sanção temporária continuarão a ter direito à sanção temporária nos mesmos moldes do artigo 122 e §§ da Lei de Execução Penal, sendo inconstitucional, por ofensa ao artigo 5º, XL, da CF, permitir a retroatividade da proibição em prejuízo do condenado.** A vedação vale para somente para os crimes que vierem a ser cometidos a partir da vigência da regra proibitiva.

Como ensina **Jeschek**, o fundamento básico e decisivo para que uma lei de natureza penal não prejudique situações anteriores já consolidadas, no caso, infrações penais cometidas antes de sua edição, é a segurança jurídica do cidadão, o qual deve ser protegido contra a aplicação retroativa de posteriores alterações unilaterais do Estado, destinadas a punir com maior rigor comportamentos realizados sob o regime jurídico menos severo:

“uno de los principios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan de forma concluyente un supuesto de hecho, no puedan modificarse posteriormente en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano. Más importante es la razón”



especificamente penal de que no pueden promulgarse leyes ad hoc que facilmente pueden estar influenciadas por la commoci3n que produce la comisi3n de um delito concreto.â?

[5]

A CF, em seu artigo 5Âº, XXXIX, consagrou o princÃpio da legalidade, composto de reserva legal e anterioridade, afirmando que *â?nÃ£o hÃ crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prÃvia cominaÃ§Ão legalâ?*. Se a pena deve ser prÃvia, todos os direitos a ela relativos deverÃo tambÃm estar previamente definidos em lei, de modo que nenhum deles poderÃ ser suprimido ou restringido apÃs a prÃtica do delito, pois, neste caso, a pena passaria a ser posterior ao crime. A saÃda temporÃria Ão direito do condenado assegurado em lei, e nÃo regra de procedimento da execuÃÃo penal. Como norma de direito material nÃo poderÃ retroagir para prejudicar o condenado.

[1] CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. SP: Saraiva. 31Âª ed. 2024, p. 40.

[2] CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. SP: Saraiva. 31Âª ed. 2024, p. 39/41.

[3] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal cit, p. 44/45

[4] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal â?? Parte Geral. SP: Saraiva, 28Âª ed, 2024 pg. 43.

[5] JECHECK, Hans-Heririch. Tratado de Derecho Penal, â?? Parte General, v. Primero. Traducci3n y adiciones de Derecho espaÃol por S. Mir Puig y F.MuÃoz Conde. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.Â 1978, p.184.

Autores: Fernando Capez