



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**RÔMULO DE SOUZA CARVALHAES**

**TEMAS CONTROVERTIDOS EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL**

**JUIZ DE FORA – MG**

**2015**

**RÔMULO DE SOUZA CARVALHAES**

**TEMAS CONTROVERTIDOS EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Ribeiro Rolli.

**JUIZ DE FORA – MG**

**2015**

# FOLHA DE APROVAÇÃO

Rômulo de Souza Carvalhal

Aluno

Temas controversados em sede de execução Penal

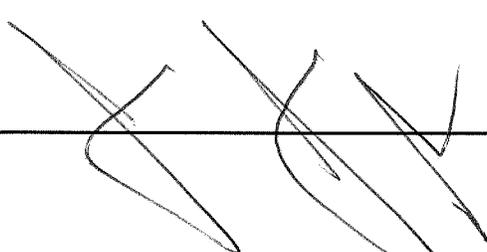
Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**BANCA EXAMINADORA**



Laura K. Vieira



Aprovada em 20/07 / 2015.

## **Agradecimentos**

Agradeço ao Deus trino, pois, se não fosse o amor do Pai, a graça do Filho e a consolação do Espírito Santo, não teria conseguido superar os revezes de toda ordem, que surgiram no ínterim da graduação.

À minha mãe, Maria Luiz de Souza Carvalhaes (*in memoriam*) e ao meu pai Edgard de Souza Carvalhaes, pelo apoio incondicional.

Sei o que devo ser e ainda  
não sou, mas rendo graças a Deus,  
por estar trabalhando, embora  
lentamente, por dentro de mim  
próprio, para chegar um dia a ser  
aquilo que devo ser.

Chico Xavier

## Resumo

O objetivo do presente trabalho acadêmico é abordar de forma concisa, mas sem abrir mão da qualidade argumentativa, três questões polêmicas e controversas em sede de execução penal, a saber, o tratamento dispensado ao instituto do exame criminológico, a feição inconstitucional da súmula nº 715, do Supremo Tribunal Federal e a dificuldade de se obter o reconhecimento da continuidade delitiva no âmbito da execução penal. Pretendeu o autor, outrossim, apontar a solução mais adequada e acorde aos princípios constitucionais e gerais de direito em cada caso, recorrendo, para alcançar este desiderato, aos suplementos da doutrina castiça e da casuística iterativa ou pretérita dos Tribunais. Perpassa durante a leitura do trabalho engendrado, a convicção segundo a qual a mutação legislativa e jurisprudencial, nem sempre atende ao requisitos ontológicos cuja observância, a categoria jurídica modificada requer. Em outros termos, para exemplificar o que se pretende dizer, podemos citar a ponderação feita pelo autor, acerca da inovação legislativa que recaiu sobre o exame criminológico, no caso implementada pela Lei nº. 10.792/03, o que na ótica do redator do trabalho não pareceu atender aos anseios sociais e a própria *mens legis*, da Lei nº. 9.210/84. Outro ponto interessante que se depreende a partir da leitura do trabalho abordado é que o legislador, no segmento da execução penal, ora pretende facilitar o ato de galgar de regime *lato sensu* (cita-se como exemplo a inovação da Lei nº. 10.792/03, em realação ao exame criminológico), porém, a jurisprudência, por sua vez, ora almeja dificultar a obtenção dos benefícios em referência (menciona-se o entendimento que serviu de lastro para a edição da Súmula nº 715, do STF). Semelhantemente, extrai-se do trabalho acadêmico objeto de resumo, que a jurisprudência '*mutatis mutadis*', para preencher eventuais lacunas legislativas, tem firmado orientações dissonantes, não só dos princípios constitucionais e gerais de direito, mas também contrária a própria *mens legislatoris*, (fala-se da dicotomia entre a continuidade delitiva e a habitualidade criminosa, considerando o que preceitua a Exposição de Motivos do Código Penal neste particular).

**Palavras-Chave:** Monografia. Direito. Execução Penal. Aspectos Controvertidos. Exame criminológico.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>2 A PROBLEMÁTICA DO EXAME CRIMINOLÓGICO.....</b>	<b>09</b>
<b>3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA Nº. 715, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>	<b>16</b>
<b>4 A RESISTÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO E DOS TRIBUNAIS EM RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL, DIANTE DA DICOTOMIA EXISTENTE ENTRE A CONTINUIDADE DELITIVA E A HABITUALIDADE CRIMINOSA.....</b>	<b>26</b>
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>36</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>38</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A execução penal, embora relegada por muitos operadores do direito e até mesmo por nosso Poder Legislativo, decerto é um dos problemas mais crônicos de nossa sociedade. Superlotação carcerária, ausência de ressocialização do apenado; crime organizado no interior das unidades prisionais; inexistência de condições dignas em geral para o cumprimento da pena, dentre outros assuntos, são temas frequentemente veiculados nos noticiários, na imprensa escrita e no cotidiano da população brasileira.

Os problemas que gravitam antes, em torno e após o cumprimento da pena privativa de liberdade na República Federativa do Brasil, são indissociáveis entre si, portanto, canalizar forças apenas no âmbito orçamentário, educacional, legislativo, ou no aprimoramento dos institutos jurídicos, de maneira isolada, decerto será tentativa inócua, inidônea, por si só, a solapar a gama de entraves que o sistema penitenciário contemporâneo e a própria sociedade, como efeito reflexo destes problemas, enfrentam.

Vem de priscas eras, o problema insito aos motivos ensejadores da delinquência, ao cumprimento da pena e à posterior ressocialização do recuperando, porque esta, ao contrário do que muitos pretendem fazer acreditar, vai além das grades e muros do sistema prisional.

Diversos paradigmas de execução penal se mostraram ineficientes no decurso do tempo, para exemplificar, podemos citar o suplício, os sistemas austeros de cumprimento de pena (auburniano e pensilvânico), o sistema progressivo inglês e por aí vai.

Partindo de tais premissas, isto é, da relevância que o tema execução penal possui e ao mesmo tempo, considerando a vastidão de conteúdo cuja análise integral seria impossível, o trabalho desenvolvido foi direcionado apenas à vereda jurídica do tema, e, por conseguinte, dentro dela, à abordagem de três questões muito relevantes no decurso do cumprimento da pena, ou seja, do critério subjetivo utilizado para que o apenado venha a galgar de regime, do critério objetivo da progressão de regime, a ser deferida aos presos que cumprem pena unificada e da dificuldade de se obter a continuidade delitiva em sede de execução penal, cuja origem costuma estar atrelada aos próprios percalços da investigação e do processo de conhecimento.

Mesmo sabendo que as teses aqui defendidas aparentemente já se encontram superadas, cabe dizer que esta peculiaridade não é assaz para diminuir a importância do

debate, ao que parece supostamente pacificado. O Direito compreendido como ciência é dinâmico, portanto, mutável. A superação de um entendimento por outro não significa o desacerto da concepção passada, tampouco o inegável acerto da concepção recente. A análise crítica de institutos jurídicos mais tradicionais e estáveis, nunca será prescindível, se assim não fosse o Direito não teria a natureza jurídica de ciência não exata.

O operador do Direito jamais poderá ser um assecla incondicional de jurisprudências, verbete sumulares e de qualquer tipo de orientação jurídica que contrariem os ditames de sua consciência. Certa feita o eminente Ministro Marco Aurélio, integrante do Supremo Tribunal Federal, disse que ao analisar os Embargos de Declaração, o condutor do processo deveria fazê-lo com espírito reflexivo, desprendido de qualquer ideia preconcebida ou animosidade para com o embargante, haja vista, consistir o referido recurso um meio de aprimoramento da atividade jurisdicional e não crítica ou ofensa à pessoa do magistrado (Agravo de Instrumento nº. 163047).

A lógica que se extrai da lição de Sua Excelência, serve como diretriz não só para os magistrados, mas para toda a classe jurídica. É dizer, ao analisar um instituto jurídico, ainda que o intérprete já possua um entendimento quanto ao tema, será sempre válido ponderar os argumentos opostos, esquadrihar as falhas apontadas em cada linha de compreensão da matéria, recorrer aos mais diversos subsídios intelectuais que permeiam a questão etc. É assim que se alcança o aprimoramento das figuras jurídicas.

O trabalho proposto não se resume ao estudo doutrinário das questões, ao revés, contempla, outrossim, uma análise crítica em torno dos assuntos selecionados e pretende apontar entendimentos mais harmônicos com os princípios constitucionais e gerais de direito.

Espera-se com isso, contribuir para a maior clareza no debate das matérias trazidas à baila, assim como para a construção de uma fundamentação jurídica mais sólida sobre os temas, condição essencial para o aprimoramento dos institutos jurídicos e à evolução da Ciência do Direito, vale repetir.

## 2 A PROBLEMÁTICA DO EXAME CRIMINOLÓGICO

Questão que hodiernamente tem suscitado especial polêmica na temática ampla da execução penal consiste na utilidade do exame criminológico e nas consequências de sua parcial revogação com o advento da Lei n. 10.792/03. O tema em alusão também poderá ser perscrutado no plano *de lege ferenda*, isto é, considerando as novas diretrizes preconizadas pelo projeto de Lei n. 513/2013, em tramitação perante o Senado Federal, que visa alterar o teor da Lei n. 7.210/84, atualmente regulamentadora da execução penal no Brasil.

Inicialmente, impende dizer que o exame criminológico possuía antes da vigência da Lei n. 10.792/03 dupla finalidade, a primeira delas seria a classificação do condenado, conforme os antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal, sendo obrigatório em relação aos presos sentenciados no regime fechado e facultativo no tocante aos que cumpriam pena no regime semiaberto, conclusão que se extrai do cotejo entre os artigos 5<sup>o1</sup> e 8<sup>o2</sup>, da Lei n. 7.210/84. O segundo objetivo consistia em servir de suplemento para a avaliação do mérito do apenado, o que era exigido pela antiga redação gramatical do art. 112<sup>3</sup>, da Lei n. 7.210/84, de modo a viabilizar o deferimento da progressão de regime ou livramento condicional, conforme fosse o caso.

Extraí-se da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, que o primeiro objetivo do instituto do exame criminológico vai de encontro ao princípio da individualização da pena, expressamente positivado no art. 5<sup>o</sup>, inciso XLVI<sup>4</sup>, do texto constitucional. A segunda finalidade, indo além da importante individualização da pena pretende esquadrihar os caracteres psicológicos do acautelado, antes de reaproximá-lo com maior ou menor intensidade do convívio social.

---

<sup>1</sup> - Art. 5<sup>o</sup>: Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

<sup>2</sup> - Art. 8<sup>o</sup>: 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.

<sup>3</sup> - 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 seu mérito indicar a progressão. Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário

<sup>4</sup> - XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:a) privação ou restrição da liberdade;b) perda de bens;c) multa;d) prestação social alternativa;

Com a vinda da Lei n. 10.792/03, a redação do art. 112<sup>5</sup>, da Lei n. 7.210/84 foi modificada, de modo que em sua redação gramatical, não consta mais a menção ao termo mérito, mas, apenas, a exigência do cumprimento de um sexto da pena privativa de liberdade e o bom comportamento carcerário, o que, na prática se traduz em um documento denominado ‘Atestado Carcerário’, onde o diretor da unidade prisional se limita a informar ao Juízo das Execuções Penais, a existência ou inexistência da prática de uma ou mais faltas disciplinares, mormente aquelas consideradas como graves, catalogadas no art. 50, da Lei n. 7.210/84. É que, na esteira da casuística iterativa e majoritária dos Tribunais, a falta grave interrompe o prazo para a concessão da progressão de regime<sup>6</sup>, porquanto revela a ausência de requisito subjetivo do postulante.

Assim, na esteira das considerações articuladas pelo jurista Renato Flávio Marcão (2011, pág. 45-46):

Não é correto dizer, como se tem feito amiúde, que a Lei n. 10.792/03, de 1º de dezembro de 2003, acabou com o exame criminológico. Com efeito, é certo que, mesmo após o advento do novo Diploma legal, a teor do disposto no art. 5º da Lei de Execução Penal, que permaneceu intocado “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”. A classificação será feita por Comissão Técnica, a quem incumbirá elaborar o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou ao preso provisório, como determina o art. 6º. Visando a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução, nos termos do art. 8º da Lei de Execução Penal, o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado ainda deverá ser submetido ao exame criminológico, sendo o mesmo exame apenas facultativo para o condenado que tiver de iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto. No processo individualizador, a individualização executória continua intacta, decorrendo, como o já dissemos, de imperativo constitucional (art. 5º, XLVI, da CF). O problema é que muitos se esquecem de que o exame criminológico nunca se destinou apenas e tão somente à aferição do mérito que se exigia

---

<sup>5</sup> - 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.

<sup>6</sup> EMENTA: REEXAME DE ACORDÃO - AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - FALTA GRAVE - NOVO MARCO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS - APENAS PARA PROGRESSÃO DE REGIME - ACORDÃO MODIFICADO. O cometimento de falta grave pelo preso acarreta a interrupção do tempo de cumprimento da pena para fins de obtenção apenas do benefício da progressão de regime. VV. AGRAVO EM EXECUÇÃO - RECURSO ESPECIAL - DETERMINAÇÃO PELA TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DE REANÁLISE DO AGRAVO - ARTIGO 543-C DO CPC - MANUTENÇÃO DO VOTO - ORIENTAÇÃO NÃO CONTRARIADA NA DECISÃO. 1. Não obstante a orientação da Terceira Vice-Presidência deste Eg. Tribunal de Justiça, tenho que deve ser mantido, por este relator, o voto proferido quando do julgamento do agravo, até mesmo porque não contraria o entendimento consolidado pelo STJ - 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

expressamente para a progressão do regime prisional e outros benefícios. Antes, e com maior relevância, propõe-se a orientar a classificação dos condenados e a imprescindível individualização executória, e por aqui nada mudou. É incorreta, pois, a afirmação de que a Lei n.º. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, extinguiu o exame criminológico.

Como a primeira nuance do exame criminológico já foi abordada por via oblíqua em capítulo próprio, quando da análise da influência da filosofia de Michel Foucault na elaboração da Lei n. 7.210/84, doravante será objeto de reflexão apenas a sua segunda finalidade, a saber, a aferição do mérito do condenado dentro do sistema progressivo de cumprimento de pena por nós adotado.

Segundo preleciona o emérito jurista Rogério Greco (2011, p. 479):

O sistema progressivo surgiu inicialmente na Inglaterra, sendo posteriormente adotado pela Irlanda. Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX. Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degredados pela Austrália, resolveu modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, 'passando depois de algum tempo para as chamadas public work houses, com vantagens maiores'; o terceiro período permitia o livramento condicional. (Greco; Rogério, 2011 pág. 479).

O sistema progressivo de cumprimento de pena vigente no Brasil, regra geral, comporta quatro etapas, sendo a primeira delas cumprida em regime fechado, a segunda no regime semiaberto; a terceira no regime aberto, seguida da concessão do livramento condicional, que é a última etapa de cumprimento de pena.

No regime fechado, há a segregação absoluta do sentenciado, período no qual poderá trabalhar e estudar dentro da unidade prisional, ou, excepcionalmente, fora da penitenciária, em se tratando de serviço ou obra pública realizada pelos órgãos da administração direta e indireta, ou entidades privadas, tomadas as providências para evitar a evasão, mediante autorização do diretor do estabelecimento prisional, cumprido um sexto da reprimenda imposta.

Ao galgar para o regime semiaberto, o preso é transferido para a colônia agrícola, industrial ou similar, momento em que terá direito ao trabalho e estudo

externo, assim como a fruição de cinco saídas temporárias por ano, com duração de sete dias cada uma.

Após esta etapa intermediária, o recuperando será transferido para o regime aberto, no qual o cumprimento da pena correspondente ocorrerá na chamada 'Casa do Albergado', que é um prédio situado no centro urbano, caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, com repartições para a ministração de cursos e palestras.

Por derradeiro, vem como última etapa de cumprimento de pena, a concessão do livramento condicional. Nesta modalidade de cumprimento de pena, o sentenciado volta a residir em seu domicílio, estando subordinado apenas ao cumprimento de certas condições, tal como sugere a nomenclatura do instituto.

Conforme se depreende da singela lição acima engendrada, a execução penal no Brasil é dinâmica, sendo caracterizada pela aproximação cada vez maior do condenado com a liberdade. Ora, isso sugere que esta transição de regime está condicionada a certos requisitos, pois, não seria concebível a simples transferência desvinculada de determinado preso de um regime para o outro, sem que ao menos existissem suplementos que sinalizassem a conveniência da medida.

Preocupado com isso, o legislador infraconstitucional estabeleceu regras próprias para a aferição de eventuais benefícios. No passado, é dizer, antes do advento da Lei n. 7.210/84, exigia-se como regra geral para a aferição do benefício prisional da progressão de regime, o cumprimento de um sexto da pena<sup>7</sup>, aliado à comprovação do mérito do condenado, que era constado através de exame criminológico realizado no Centro de Observação, cujo resultado era posteriormente remetido para a Comissão Técnica de Classificação<sup>8</sup>, que então opinaria pelo deferimento ou indeferimento da progressão de regime.

Neste período, a *mens legislatoris* revelava a grande preocupação com a escorreta aferição dos caracteres de personalidade do sentenciado, até mesmo para propiciar ao recuperando a execução penal adequada.

---

<sup>7</sup> 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 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

<sup>8</sup> Art. 96. No Centro de Observação realizar-se-ão os exames gerais e o criminológico, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação. LEP

Vale trazer à baila alguns itens específicos da Exposição de Motivos n. 213, de 9 de maio de 1983, que empresta origem à Lei n. 7.210/84, com o escopo de referendar o juízo de convicção adotado no parágrafo precedente:

31. A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinantes da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.

32. A ausência de tal exame e de outras cautelas tem permitido a transferência de reclusos para o regime de semiliberdade ou de prisão-albergue, bem como a concessão de livramento condicional, sem que eles estivessem para tanto preparados, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social”.

35. O exame criminológico e o dossiê de personalidade constituem pontos de conexão necessários entre a Criminologia e o Direito Penal, particularmente sob as perspectivas da causalidade e da prevenção do delito.

A princípio esta também era a linha de compreensão que norteou muitas decisões no âmbito dos Tribunais, segue um aresto emblemático:

EMENTA: Habeas Corpus - Paciente condenado a cumprir pena de 16 anos de reclusão em regime fechado - Exame criminológico e parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) contrários à concessão do livramento condicional - Indeferimento pelo Juiz - Ausência de constrangimento ilegal - Ordem denegada.

Com o passar do tempo e posterior advento da Lei n. 7.210/84 criou-se outro cenário jurídico em relação ao exame criminológico, na medida em que a novel redação do art. 112, da Lei n. 7210/84 passou a exigir o bom comportamento carcerário, ao revés da redação antiga que exigia a comprovação do mérito do condenado. Não há dúvida que a alteração terminológica projetou implicações jurídicas, haja vista, estar o bom comportamento carcerário vinculado muito mais a um padrão objetivo de aferição de conduta, contrariando à análise do mérito, que, por sua vez, estava associada ao diagnóstico de questões afetas à personalidade do acusado.

É inegável que este entendimento diade não possa ser extraído do excerto doutrinário que segue (Marcão; Renato, 2011, pág. 45-46):

Bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional; bem por isso não há cogitar, no momento da elaboração do ‘atestado carcerário’, sobre eventual propensão à reincidência, consciência e

arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido o preso. Se a lei exige apenas o cumprimento de parte da pena à satisfação do requisito objetivo e a comprovação de bom comportamento carcerário para atender a alguma valoração subjetiva, embora falha, é o que basta que se comprove para a progressão.

Se por um lado o novo tratamento conferido à progressão de regime e ao livramento condicional, serve como instrumento de controle da superlotação carcerária, por outro relega os interesses da ordem pública e à conveniência social, na medida em que o reingresso dos presos no convívio em sociedade passa a acontecer de maneira temerária e até mesmo trespouca. É dizer, psicopatas, criminosos contumazes, líderes de grandes organizações criminosas e infratores de maior envergadura, são ‘avaliados’ e considerados aptos ao reingresso social, mediante a simples existência de um ‘Atestado Carcerário’ impoluto, o que não se admite.

Urge rememorarmos à admoestação de Manoel Pedro Pimentel (1983, p. 138):

Ingressando no meio carcerário o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado.

*Mutatis mutandis*, foi firmado o entendimento em sede jurisprudencial, o qual se encontra consubstanciado no verbete da Súmula n. 439, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de ser possível a utilização do exame criminológico para o fim de concessão de progressão de regime, desde que a decisão seja motivada e os pormenores do caso recomendem. Nota-se, portanto, que o exame criminológico no contexto hodierno deixou de ser regra para configurar exceção, levando a crer que no contexto atual, apenas os criminosos mais famigerados serão submetidos à avaliação psíquica.

Perdura no Senado Federal, a tramitação do Projeto de Lei n. 513/13, que visa alterar a atual Lei n.º. 7.210/84, responsável pela regulamentação das execuções penais no Brasil. O projeto de lei em referência, ao que se entende não pretende conferir efeito repristinatório à funcionalidade anterior do exame criminológico. Ao revés, almeja eliminar de uma vez por todas, qualquer resquício existente na legislação própria, concernente ao instituto jurídico em tela. É que, o projeto de lei n. 513/13 aspira revogar

os artigos 8º, 96 *usque* 98, todos da Lei n. 7.210/84, que são últimos resquícios legais do exame criminológico contidos na legislação; logo, evidente o desiderato do legislador em não retroagir em relação a esta matéria.

Feitas essas breves considerações, a conclusão é a seguinte, no plano *de lege lata* permanece e no plano *de lege ferenda* provavelmente permanecerá, a possibilidade de exigência do exame criminológico, em caráter excepcional, a depender das peculiaridades do caso, mediante decisão fundamentada do Juiz das Execuções Penais, por força do disposto na Súmula nº. 439, do Superior Tribunal de Justiça e na Súmula Vinculante nº. 26, do Supremo Tribunal Federal, que assim autorizam e orientam.

### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA Nº. 715, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Iniciando a abordagem do tema proposto, faz-se necessário destacarmos, desde já, que no que tange à estabilidade da Constituição Federal, a Carta Política brasileira é do tipo rígida e é daí que emana o princípio da supremacia da Constituição, ou seja, a rigidez da Constituição Federal reveste-a de uma força subordinante em relação a todo ordenamento jurídico, fazendo com que toda norma hierarquicamente inferior e também as interpretações fiquem condicionadas ao seu teor e procedimentos.

Se há algo que não pode ser dito inconstitucional é a própria Constituição, mormente os seus princípios, isto por terem sido estabelecidos pelo Poder Constituinte Originário.

Sobre o Poder Constituinte Originário cabe trazer à baila suas características. É inicial, porquanto funda uma nova ordem jurídica, rompendo com todas as normas que com ela não tenham simetria; é autônomo, pois o titular é o povo, do qual emana todo o poder, que por sua vez é exercido através dos representantes eleitos, aos quais cabe decidir qual será a ideia de direito (conteúdo da norma) a ser estabelecida; é ilimitado, haja vista, não estar subordinado a nenhum tipo de regra; é incondicionado, porque não está vinculado a nenhum postulado, princípios ou institutos correlatos; é permanente, na medida em que depois de utilizado fica em estado de torpor, podendo ser reativado a qualquer momento pelo povo, que é o seu titular.

Diante deste preâmbulo é possível compreendermos a importância da Carta da República, sua força como diploma normativo e sua carga axiológica, que de maneira alguma poderão ser relegadas.

Na República Federativa do Brasil é vedada a adoção da prisão perpétua<sup>9</sup>, sendo o princípio da proporcionalidade em matéria penal, implicitamente adotado por nossa Constituição Federal. Preferiu o legislador penal cogitar a ressocialização dos acautelados, daí ter adotado o sistema progressivo de cumprimento de pena em nosso ordenamento jurídico. Ademais, o fato de ser defeso pela Constituição Federal aderir ao encarceramento perene, por si só, visa prestigiar a construção principiológica ditada pela teoria da pena, particularmente na concepção relativa, no desdobramento da

---

<sup>9</sup> - ART 5º XLVII - não haverá penas: - b) de caráter perpétuo;

prevenção especial positiva, que ressalta o caráter ressocializador da reprimenda aplicada.

Dentro deste raciocínio limitador da aplicação da pena privativa de liberdade, seguramente é possível dizer que o art. 75 *caput* e § 1º, do Código Penal<sup>10</sup> em vigência, foi recepcionado pela Carta de Outubro. Este dispositivo limita ao total de trinta anos o período de encarceramento no país, determinando que quando o agente for condenado ao cumprimento de penas privativas de liberdade cuja soma ultrapasse trinta anos, deverão as mesmas serem unificadas para atender ao limite máximo de encarceramento, isto é, trinta anos.

A Constituição Federal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal nada dispõem com o objetivo de excetuar, sobre o cálculo da progressão de regime e do livramento condicional, a serem concedidos para os presos que cumprem pena unificada.

Paralelamente, vale lembrar, neste ponto, que os valores da legalidade, da proporcionalidade e da ressocialização norteiam a Exposição de Motivos n.º. 213, de 9 de maio de 1983, que deu origem à edição da Lei n.º. 7.210/84, atualmente regulamentadora da execução penal no Brasil.

Prenunciam os itens n.º. 14, 19 e 20, da Exposição de Motivos n.º. 213, de 9 de maio de 1983:

14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades de pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade [...]

19. O princípio da legalidade domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometem a dignidade e a humanidade do Direito Penal

20. É comum, no cumprimento das penas privativas da liberdade, a privação ou a limitação de direitos inerentes ao patrimônio jurídico do homem e não alcançados pela sentença condenatória. Essa hipertrofia da punição não só viola medida da proporcionalidade, como se transforma em poderoso fator de reincidência, pela formação de focos criminosos que propicia [...]

Em torno da questão foram criados dois entendimentos possíveis, no tocante ao requisito objetivo a ser observado, nos casos de presos que almejam obter a progressão

<sup>10</sup> Art. 75 *caput* e § 1º. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

de regime e o livramento condicional, num contexto de cumprimento de pena unificada. A primeira linha de pensamento passou a asseverar que a progressão de regime e o livramento condicional deveriam ser calculados com base no total da pena unificada, no caso, trinta anos, ao invés de adotar como parâmetro de cálculo o total da pena imposta em razão das diversas condenações. Para exemplificar, façamos a conjectura segundo a qual, determinado sujeito tenha sido condenado ao cumprimento de quinhentos anos de prisão, em razão do cometimento de múltiplos crimes. Neste caso, segundo a primeira linha de compreensão do tema, os cálculos da progressão de regime e do livramento condicional seriam feitos com base no limite estabelecido pela pena unificada, a saber, trinta anos; sendo desprezados os quatrocentos e setenta anos remanescentes para efeito de cálculo de qualquer benesse.

Neste sentido, enfatizando o conteúdo humanitário da pena, lecionam Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangelli (2011, p. 680-681):

Se tivermos em consideração que hoje é perfeitamente sabido e repetido que um prolongado recolhimento de uma pessoa na prisão torna-se irreversivelmente deteriorante, entendemos que não só a pena perpétua, como também toda as penas privativas de liberdade demasiadamente prolongadas, são sanções arruinadoras. Permitir que uma pena de prisão se prolongasse irremissivelmente, por trinta anos, em regime fechado e em condições institucionais sobejamente conhecidas, é exatamente o mesmo que permitir a pena perpétua, tendo em vista a deterioração psíquica e física que sofre inevitavelmente a pessoa. Não se trata de execução penal que tenha objetivos ressocializadores, nem de melhoria, mas de deterioração irreversível e neutralizadora. A nós parece que uma pena que traga como resultado a deterioração da pessoa como meio de neutralizá-la é similar a uma pena mutilante, só que executada com bastante paciência, deixando passar o tempo e o período de prisão. Parece-nos de meridiana clareza não ser este o entendimento que se extrai do art. 5º, XLVII, b, da Constituição quando o relacionamos com o inciso, XLIX, ambos transcritos acima. Isto não significa que, ao aceitar-se esta interpretação, o art. 84 do CPB irá ficar sem sentido, e sim seu sentido ficará restrito em indicar as penas que se somam, respeitando o limite de trinta anos do art. 75, porque, entendimento em contrário, poderia levar a pensar-se que uma pessoa poderia solicitar o livramento condicional por uma pena e obtê-la, enquanto permanece cumprindo outra pena privativa de liberdade, o que nos apresenta como absurdo. Ainda que este esclarecimento não vá além do elementar, cremos ser esta a única interpretação que se pode extrair do art. 84 do CP, que seja compatível com o sentido que a Constituição empresta à prisão perpétua. Por outro lado, se alguma relevância se pode atribuir aos argumentos históricos, será bom recordar que o Código de 1890, que continha o limite máximo que agora se reimplanta, nem na versão original e nem na Consolidação de Piragibe, que continha disposição análoga ao sentido que a doutrina e jurisprudência tem dado ao art. 84, do Código vigente.

Neste sentido, segue um aresto do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RHC- CONSTITUCIONAL - PENAL - PENA - UNIFICAÇÃO - LIMITE - LIVRAMENTO CONDICIONAL - CP (ART. 75) - O TEMPO DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE NÃO PODE SER SUPERIOR A 30 ANOS. O TEMPO MAXIMO DEVE SER CONSIDERADO PARA TODOS OS EFEITOS PENAIIS.

QUANDO O CODIGO REGISTRA O LIMITE DAS PENAS PROJETA PARTICULARIDADE DO SISTEMA PARA ENSEJAR O RETORNO A LIBERDADE. NÃO SE PODE, POR ISSO SUPRIMIR OS INSTITUTOS QUE VISAM A ADAPTAR O CONDENADO A VIDA SOCIAL COMO E EXEMPLO O LIVRAMENTO CONDICIONAL. NA ITALIA, CUJA LEGISLAÇÃO CONTEMPLA O "ERGASTULO" (PRISÃO PERPETUA), FOI, QUANTO A ELE, PROMOVIDA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A CORTE CONSTITUCIONAL DAQUELE PAIS, TODAVIA, REJEITOU-A AO FUNDAMENTO DE ADMISSIVEL, NA HIPOTESE, O LIVRAMENTO CONSTITUCIONAL.

A CONSTITUIÇÃO DO BRASIL VEDA A PENA PERPETUA (ART. 5, XLVII, B).

INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO DIREITO PENAL REJEITA, POR ISSO, POR VIA INFRACONSTITUCIONAL, CONSAGRA-LA NA PRÁTICA. O NORMATIVO NÃO PODE SER PENSADO SEM A EXPERIÊNCIA JURÍDICA. URGE RACIOCINAR COM O TEMPO EXISTENCIAL DA PENA. ESTA CONCLUSÃO NÃO FOMENTA A CRIMINALIDADE. O ART.75, PAR. 2, CP FORNECE A SOLUÇÃO. SOBREVINDO CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR AO INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA, FAR-SE-A NOVA UNIFICAÇÃO.

EMENTA: AGRAVO EM EXECUCAO PENAL. O PRAZO DE UNIFICACAO DE PENAS - TINTA - BALIZA TODOS OS CALCULOS PARA RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DO CIDADAO-CONDENADO NA FASE DE EXECUCAO. AGRAVO IMPROVIDO, COM LOUVOR AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU.

Extrai-se do voto do relator:

Felizmente, entretanto, há vozes dissonantes como de CELSO DELMANTO: ‘Observa-se a existência de duas interpretações diferentes para o atual art. 75 do CP. 1- A unificação em trinta anos serve de baliza para todos os cálculos de execução penal: detração, remição, progressão do regime de pena e livramento condicional. 2. – A unificação no limite legal opera tão só para fins de exaurimento e da execução e não para outros institutos ou incidentes desta (...). Em nossa opinião, a primeira interpretação é a única que contém o sentido real e exato da lei, evitando que a desesperança tome conta dos condenados a longas penas, desestime o bom comportamento e prejudique a sua futura reinserção social.

Ressalta-se que essa ideia de caráter reeducativo das penas foi conquistada com muita dificuldade ao longo da história, começando a ser preconizada por Cesare Beccaria (2011, p. 47), que assim dizia: “Os castigos têm por finalidade única obstar o

culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime”.

Sobre o princípio da proporcionalidade, Fernando Capez (2011, p. 39) discorre que:

Além de encontrar assento na imperativa exigência de respeito à dignidade da pessoa humana, tal princípio aparece esculpido em diversas passagens do nosso Texto Constitucional, quando abole certos tipos de sanções (art. 5º, XLVII), exige individualização da pena (art. 5º, XLVI), maior rigor para os casos de maior gravidade (art. 5º, XLII, XLIII, E XLIV) e moderação para as infrações menos graves (art.98, I).

A linha de compreensão exposta também prestigia duas das sete máximas da boa administração penitenciária sinalizadas por Michel Foucault, a saber, os princípios da correção e da modulação das penas, que visam assegurar a recuperação moral e a reclassificação do condenado.

Vale transcrever a lição de Michel Foucault (2010, p. 255-256), *in verbis*:

Princípio da Correção. A recuperação do condenado como objetivo principal da pena é um princípio sagrado, cuja aparição formal no campo da ciência e principalmente no da legislação é bem recente (Congresso Penitenciário de Bruxelas, 1847). [E a comissão amor, de maio de 1945, repete fielmente]: A pena privativa de liberdade tem como objetivo principal a recuperação e a reclassificação do condenado. [...] Sendo o objetivo principal da pena a reformatão do culpado, seria desejável que se pudesse soltar qualquer condenado quando a sua regeneração moral estivesse suficientemente garantida (CH. Lucas, 1836). (1945): É aplicado um regime progressivo... com vistas a adaptar o tratamento do prisioneiro à sua atitude e ao seu grau de regeneração. Este regime vai da colocação e ao seu grau de regeneração. Este regime vai da colocação em cela à semiliberdade... O benefício da liberdade condicional é estendido a todas as penas temporárias (Princípio da modulação das penas).

A outra corrente, a seu turno, passou a apontar suposta violação ao princípio da isonomia, na acepção que estabelece tratamento desigual aos desiguais, caso aos presos condenados ao cumprimento de trinta anos de prisão e àqueles cuja pena chegou a este limite por meio de unificação, fosse destinado o mesmo tratamento no momento de realização dos cálculos para a concessão da progressão de regime e do livramento condicional; logo, deveria o cálculo da progressão de regime e do livramento condicional, nos casos de presos que cumpriam pena unificada, serem realizados com base no total da condenação imposta e não tendo por referência a pena unificada. Os sectários deste entendimento anunciavam, ainda, que esta forma de concepção não

violaria a vedação à pena perpétua, vez que caso a pena total imposta fosse muito alta, de modo que a concessão dos benefícios restasse prejudicada, quando cumpridos os trinta anos de prisão na íntegra, o condenado teria sua liberdade restituída.

Nesta diretriz é a lição do jurista Rogério Greco (2011, p. 615):

[...] Conforme já argumentado acima, se adotássemos a unificação como regra de geral para todos os cálculos, além de ser o teto máximo de cumprimento de pena, estaríamos ofendendo o princípio da isonomia, que determina, simplificada, que os iguais sejam tratados igualmente, bem como que os desiguais tenham tratamento desigual. Não podemos comparar aquele condenado que, depois de cometer um grande número de infrações penais, foi por elas condenado a duzentos e cinquenta anos de reclusão, com aquele que praticou um número bem menor e foi condenado a trinta anos. É certo que o preso deverá sentir-se estimulado a cumprir sua pena, atendendo às regras do sistema carcerário, acenando-lhe o Estado com uma série de benefícios que anteciparão seu retorno ao convívio social; contudo, também é certo que o Estado não pode estimular a prática de infrações penais, o que aconteceria se o condenado tivesse sempre que levar a efeito os cálculos para a concessão de certos benefícios sobre o total da pena unificada.

Fazendo coro com este juízo de convicção, passou a decidir o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE REPRIMENDAS. ART. 75 DO CÓDIGO PENAL. LIMITE TEMPORAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NÃO APLICAÇÃO PARA O CÁLCULO DE BENEFÍCIOS. SÚMULA 715 DA SUPREMA CORTE. PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO.

1. O art. 75 do Código Penal estabelece o limite de 30 (trinta) anos para o cumprimento da pena privativa de liberdade.
2. A unificação de penas, prevista no referido dispositivo legal, não influi no cálculo do lapso para fins de concessão de benefícios, pois deve ser considerado o tempo total da condenação (Súmula 715/STF).
3. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido.

Hodiernamente, encontra-se aparentemente pacificado no âmbito jurisprudencial, o entendimento segundo o qual a progressão de regime e o livramento condicional destinados aos condenados que cumprem pena superior ao total de trinta anos, no que diz respeito ao requisito objetivo, deverão ser calculados com base no total da pena imposta e não tendo por parâmetro o período máximo de cumprimento de pena estampado no art. 75, do Código Penal em vigência, que estabelece como limite máximo para o acautelamento, o período de trinta anos. O entendimento em referência

encontra-se consubstanciado no verbete da Súmula n. 715<sup>11</sup>, do excelso Supremo Tribunal Federal.

Tem-se então, no que diz respeito a esta temática, a consolidação da seguinte diretriz na casuística dos Tribunais, caso determinado agente seja condenado, por exemplo, ao cumprimento de quinhentos anos de prisão, em virtude da prática de uma miríade de crimes comuns ou hediondos, os benefícios serão calculados com base no total da pena imposta, o que, na prática, produzirá como efeito jurídico a permanência do sentenciado durante trinta anos ininterruptos em regime fechado, após o cumprimento deste período terá a liberdade restituída. Em outros termos, a afirmação anterior equivale ao seguinte, por meio de operações aritméticas elementares, nota-se que o cálculo para a progressão de regime e livramento condicional, quer sejam os crimes comuns ou hediondos, não surtirá o efeito jurídico pretendido, porquanto a fração necessária para a concessão da progressão de regime ou de livramento condicional superaria o interregno de trinta anos, que é o período máximo de cumprimento de pena permitido pela legislação, conforme preconiza o art. 75 caput, do Código Penal, já mencionado alhures.

Conforme se depreende do que foi dito alhures, corolário lógico que precede a análise das Constituições rígidas é a ciência de que sua compreensão está vinculada ao princípio da supremacia da constituição, que, por sua vez, em sua vertente formal, preconiza a subordinação do sistema jurídico como um todo, ao conteúdo e princípios expressos e implícitos contidos no texto maior.

Preleciona nesta linha de compreensão, o jurista Uadi Lammêgo Bulos (p.130), confira-se:

Supremacia formal da constituição é a particular relação de superioridade em que se encontram submetidos os atos públicos e privados de um ordenamento. Do ponto de vista estritamente jurídico, pode-se dizer: é da essência da rigidez a superveniência formal das constituições. Do contrário, seria impossível distinguir as leis comuns das leis constitucionais. A supremacia formal qualifica as normas constitucionais como hegemônicas e preeminentes. Tais normas não veiculam meros lembretes, avisos, conselhos ou disposições de cunho moral; estruturam-se na lógica do dever ser, limitando a ação dos Poderes Públicos e as condutas praticadas por particulares, Nossa Constituição da República, por exemplo, apoia-se no primado da rigidez, apresentando a supremacia formal. Consequência disso: por encontrar-se no topo da estrutura hierárquica do ordenamento brasileiro,

---

<sup>11</sup> a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do código penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

nossa Constituição determina a validade dos atos públicos e privados. Todos os Poderes e competências governamentais só serão legítimos na proporção de sua autoridade. União, Estados, Distrito Federal e Municípios subordinam-se ao dever ser de suas prescrições. O mesmo se diga quanto ao exercício das funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Sendo a Carta de Outubro do tipo rígida e decorrendo de sua rigidez a sua supremacia, que na faceta formal possui o condão de vincular toda a atividade legiferante e judicial, devemos concluir que a leitura do ordenamento jurídico e a interpretação de questões controversas deverão estar em simbiose com o texto constitucional. Neste ponto, merecem ser trazidos à baila, dois princípios constitucionais norteadores da execução penal, a saber, o princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso e o princípio da legalidade.

O princípio da proporcionalidade, especificamente no prisma da proibição de excesso tem sido defendido em matéria Penal, desde priscas eras; podendo ser visualizado em nosso ordenamento jurídico em três momentos distintos, o primeiro ocorre quando da criação de normas penais incriminadoras; o segundo, quando da realização da dosimetria penal e, por fim, o terceiro, quando do momento de execução da reprimenda.

Pretendendo encontrar às raízes do princípio da proporcionalidade, assim registrou o jurista Rogério Greco (2010, p. 99):

A discussão a respeito de da ideia de pena proporcional não é nova. A partir, principalmente, do século XVIII, com destaque também para a obra de Beccaria, as discussões sobre as penas proporcionais vêm sendo travadas com progressos e retrocessos. Podemos indicar, ainda, o Código de Hamurabi como aquele que, tecnicamente, primeiro nos forneceu uma noção inaugural de proporcionalidade, mesmo que se não pudesse afirmar, com certeza absoluta, que o “olho por olho e dente por dente” cumpria rigorosamente esta função.

A ideia de proporcionalidade, na vertente da proibição de excesso, remete a uma noção de equilíbrio, de justiça e de vedação aos excessos. Neste particular, convém concatenar a noção de vedação ao excesso com o objetivo ressocializador de nosso sistema penal.

Feitos estes breves apontamentos, volveremos ao exemplo citado noutra parte, no que diz respeito ao preso que cumpre pena unificada de quinhentos anos de prisão, para constatarmos que a violação ao princípio da proporcionalidade, corolário lógico de

nossa legislação, foi violado em virtude da grande probabilidade da pena privativa de liberdade se transformar em prisão perpétua no caso concreto, em razão da expectativa de vida do acautelado e de sua idade quando do início do cumprimento da pena. Ainda neste norte de considerações, merece destaque que no caso do exemplo, haveria também evidente supressão do sistema progressivo de cumprimento de pena, ocorrendo a soltura plena do acautelado, sem a necessária experiência prévia nos regimes intermediários, o que fere a teoria relativa da pena, na faceta especial positiva.

Lado outro, isto é, ainda que se cogitasse a possibilidade do cálculo da progressão de regime sobre o total da condenação ao invés do limite de pena unificada, como por exemplo, no caso em que determinada pessoa foi condenada a quarenta anos de prisão, haveria também inconstitucionalidade no referido procedimento. É dizer, dessa vez, ao contrário do caso anterior, a inconstitucionalidade estaria presente não em razão da caracterização da prisão perpétua ou da supressão do regime progressivo de cumprimento de pena e do descompromisso com a ressocialização, mas sim em decorrência da violação ao princípio da legalidade em sede de execução penal, que, por sua vez, se extrai de uma leitura elástica do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal.

Neste particular, oportuno rememorarmos a arguta lição de Luigi Ferrajoli (2010, p. 332) sobre a questão:

Qual poderia ser numa perspectiva de minimização da pena, a duração máxima da pena de prisão? ‘Nenhuma pena privativa de liberdade’, escreveu Vitória Foa, em 1949, poucos anos depois da sua longa permanência nas prisões fascistas, ‘deveria superar os três, ou no máximo, os cinco anos’; e, pouco antes, na Assembleia Constituinte, Umberto Tarracini, que também tinha passado na prisão os vinte anos de fascismo, tinha proposto que a duração da reclusão não superasse o limite de quinze anos. Penso que a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, a certo prazo, a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor; e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos de dez anos. Uma redução deste gênero suporia atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena, dado que a ideia de retornar à liberdade depois de um breve e não após um longo ou talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão.

Ora, se a principal norma de nossa legislação reza que não há crime sem lei anterior que o defina, tampouco pena sem prévia cominação legal, a interpretação consentânea com o texto constitucional conduz à convicção segundo a qual não é

possível exigir do acautelado o cumprimento de uma fração de pena dissonante dos indicadores da Constituição Federal e do Código Penal, daí ser possível afirmar a inconstitucionalidade da Súmula nº 715, do Supremo Tribunal Federal.

#### **4 A RESISTÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO E DOS TRIBUNAIS EM RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL, DIANTE DA DICOTOMIA EXISTENTE ENTRE A CONTINUIDADE DELITIVA E A HABITUALIDADE CRIMINOSA**

O instituto da continuidade delitiva, estampado no art. 71, do Código Penal em vigência, comumente utilizado em sede de processo de conhecimento, também projeta seus jurídicos efeitos no âmbito da execução penal. É que, na prática forense não são poucos os casos nos quais o agente pratica uma gama de infrações penais, porém, devido aos percalços inerentes à persecução criminal, tais delitos desencadeiam inquéritos e ações penais autônomas, culminando em diversas condenações, sendo relegado, portanto, o reconhecimento da figura processual penal denominada continência<sup>12</sup>, que tem o condão de reunir todos os processos que a configuram para julgamento conjunto.

Posteriormente, com as expedições das guias de execução respectivas, uma vez somadas ou unificadas as reprimendas é comum a formulação de requerimento, com a finalidade de obter o reconhecimento da continuidade delitiva, mesmo em sede de execução penal. Há, entretanto, conforme será demonstrado no momento oportuno, uma certa resistência do Juízo da Execução Penal, assim como dos Tribunais pátrios, em reconhecer e aplicar o instituto de Direito Penal abordado, quando o mesmo é perseguido em sede de execução penal.

O tema ora objeto de discussão possui especial relevância, na medida em que o nosso Código Penal, quanto à natureza jurídica do crime continuado, adotou a teoria da ficção jurídica, que traz como consequência prática, a consideração da pluralidade de crimes como se único delito fosse, de modo a permitir, no contexto da dosimetria, a aplicação da pena de um só dos crimes, se idênticos, ou da reprimenda mais grave, se diversas as infrações penais, aumentada em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

---

<sup>12</sup> Art. 77. A competência será determinada pela continência quando: II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 1o, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal.

Preleciona sobre a questão, o jurista Rogério Greco (2011, p. 589-590):

A teoria da ficção jurídica entende que as várias ações levadas a efeito pelo agente que, analisadas individualmente, já consistiam em infrações penais, são reunidas e consideradas fictamente como um delito único. [...] Nossa lei penal adotou a teoria da ficção jurídica, entendendo que, uma vez concluída pela continuidade delitiva, deverá a pena do agente sofrer exasperação.

Preconiza o art. 71*caput*, do Estatuto Repressivo que:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e pelas, condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

O fragmento legal acima transcrito é rico em abordagem doutrinária, razão pela qual, será recomendável discorrer sobre cada requisito que dele se extrai, a saber, ‘mais de uma ação ou omissão’, ‘crime da mesma espécie’; ‘condições de tempo’; ‘lugar’; ‘maneira de execução’ e ‘outras semelhantes’, de *per si*.

A primeira condição exigida para a configuração do crime continuado é a existência de mais de uma ação ou omissão, que se traduz na pluralidade de comportamentos positivos ou inações.

No que tange ao requisito chamado “dois ou mais crime da mesma espécie”, existe discrepância doutrinária, onde uma corrente entende que crimes da mesma espécie são aqueles que se encontram no mesmo tipo penal, *v.g.*, furto simples e furto qualificado. Já a segunda corrente, entende que crimes da mesma espécie são aqueles delitos que atingem o mesmo bem jurídico que outro crime, *v.g.*, furto e roubo, calúnia e injúria etc.

Aderindo à primeira linha de compreensão, por sua vez, leciona Damásio Evangelista de Jesus (1997, p. 526-527):

Crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal, *i.e.*, aqueles que possuem os mesmos elementos descritivos, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas. Néelson Hungria falava em ‘identidade de conteúdo específico de cada crime, admitindo-se’ ‘a continuação entre formas simples e qualificadas, tentadas consumadas’. René Ariel Dotti fala ‘preceito sancionador, com seus tipos fundamentais, qualificados e privilegiados’. O intérprete deve verificar a

figura típica, a figura abstrata de Direito Penal (expressão de Soler), o tipo incriminador central, o tipo fundamental, que possui as elementares do crime. Crimes da mesma espécie são os que possuem essas elementares, não importando que os delitos componentes sejam tentados ou consumados, simples, privilegiados ou qualificados. Note-se que o legislador usa a expressão ‘crimes da mesma espécie’ e não ‘crimes do mesmo gênero’. Assim, furto e apropriação indébita, embora delitos do “mesmo gênero” (contra patrimônio), não são da ‘mesma espécie’. Entre eles, por isso, não pode haver continuação.

Acerca do primeiro entendimento, pontua Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 358):

Apesar de ser amplamente majoritária na jurisprudência a primeira, Jair Leonardo Lopes traz um importante ponto para reflexão. Imagine-se um balconista que, para fazer o lanche, durante vários dias, deixa de colocar na gaveta diariamente R\$ 2.00, de parte das vendas realizadas. Depois disso, durante vários outros dias, aproveitando-se da ausência do patrão, tire da mesma gaveta R\$ 2,00, para o mesmo fim. A primeira ação, que seria ‘apropriar-se’, está prevista no art. 155, § 4º, II, do Código Penal. É justo que lhe seja considerada a existência do crime continuado, pois a aplicação do concurso material seria extremamente severa (Curso de Direito Penal, p. 226).

Quanto às condições de tempo, a jurisprudência majoritária fixou o prazo de 30 (trinta) dias como interstício máximo entre o cometimento de um delito e outro.

Neste sentido assevera Fernando Capez (2011, p. 557), “A jurisprudência admite continuidade delitiva até o espaço máximo de 30 dias entre os crimes praticados”.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 358-359), porém, assim adverte:

Apesar disso, firma a jurisprudência o entendimento de que, entre as infrações, deve mediar no máximo um mês. O juiz por seu turno, não deve ficar limitado a esse posicionamento, embora possa tomá-lo como parâmetro. Imagine-se o agente que cometa vários delitos com intervalos regulares de dois meses entre eles. Merece o benefício do crime continuado, mesmo havendo mais de um mês entre os delitos, pois foi observado um ritmo preciso entre todos. Nesta ótica, admitindo o prazo de três meses entre os delitos: STF: HC 89573-PE, rel. Sepúlveda Pertence, 13.02.2007, m.v., Informativo 456.

Tem-se admitido hodiernamente, relativamente à condição temporal, que o delito seja praticado na mesma comarca, ou até mesmo em cidades limítrofes. O importante é que o agente atue em determinado itinerário.

Sobre a questão, preleciona o jurista Rogério Greco (2011, p. 592-593):

Também existe controvérsia quanto à distância entre vários lugares nos quais os delitos foram praticados. Discute-se sobre a possibilidade de se verificar o crime continuado dentro de um mesmo bairro, de uma mesma cidade, comarca ou até Estados diversos. O STF já entendeu que “o fato de serem diversas as cidades nas quais o agente perpetrou os crimes (São Paulo, Santo André e São Bernardo do Campo) não afasta a reclamada conexão espacial, pois elas são muito próximas uma da outra, e integram, como é notório, uma única região metropolitana” (RE- Rel. Xavierde Albuquerque). Em sentido contrário, já se posicionou o extinto TACrim. - SP, ao afirmar que “não se admite a continuidade delitiva entre crimes praticados em cidades diversas, ainda que integrantes da mesma região metropolitana” (Rel. Brenno Marcondes). A nosso ver, da mesma forma que o critério temporal, no que diz respeito ao critério espacial deverá haver uma relação de contexto entre as ações praticadas em lugares diversos pelo agente, seja esse lugar um bairro, cidade, comarca ou até Estados diferentes. (Greco; Rogério, 2011, pág. 592/593).

Por maneira de execução se entende o *modus operandi* escolhido pelo agente, com certa semelhança entre cada crime, v.g., o agente que sempre comete o crime de roubo à mão armada na mesma região. Basta que o agente demonstre certo padrão na execução, não necessariamente idêntico.

Rogério Greco (2011, p. 593) compartilha deste entendimento:

A maneira de execução dos delitos, ou seja, o *modus operandi* do agente ou do grupo também é um fator importante para a verificação do crime continuado. Um estelionatário que pratica um mesmo golpe, como o do bilhete premiado, ou aquele que comumente leva a efeito os delitos de furto valendo-se de sua destreza, utilizam o mesmo meio de execução. O critério, contudo, não é tão simples como se possa imaginar. O agente, embora possa ter um padrão de comportamento, nem sempre o repetirá, o que não poderá impedir o reconhecimento da continuidade delitiva, desde que, frisamos mais uma vez, exista uma relação de contexto, de unicidade entre as diversas infrações penais.

Ao utilizar o termo ‘outras semelhantes’, o legislador se valeu da interpretação analógica, ou seja, após uma série casuística, utilizou uma fórmula genérica, que deverá ser interpretada em congruência com a série anterior. Cabe dizer que a interpretação analógica não se confunde com a analogia.

Discorre Fernando Capez (2011, p. 558):

Alguns julgados têm entendido que o aproveitamento das mesmas oportunidades e das mesmas relações pode ser incluído no conceito de ‘condições semelhantes’. Assim, segundo essa orientação jurisprudencial, para o reconhecimento do crime continuado, além da conexão espacial,

temporal e modal, exige-se a conexão ocasional, ou seja, deve o agente praticar o delito subsequente aproveitando-se das mesmas oportunidades ou relações nascidas com o delito antecedente. Trata-se de mais um requisito objetivo para a configuração do delito continuado.

É oportuno arrematarmos com a escorreita lição de Guilherme Nucci (2009, p. 360):

É lógico que estamos tratando de circunstâncias objetivas semelhantes, pois o critério de semelhança somente pode estar conectado aos primeiros requisitos enumerados pelo legislador, todos objetivos. No mais, qualquer tipo de componente do delito que permita demonstrar a parecença entre eles é suficiente. Ex: obter o agente sempre do mesmo informante os dados necessários para praticar seus delitos.

Há, entretanto, um ponto mais intrincado, quando se trata de possível configuração do instituto da continuidade delitiva, precisamente no que diz respeito à necessidade de se exigir ou não do agente, unidade de desígnios em torno dos crimes cometidos. É dizer, existem três teorias que disputam resolver essa problemática, a saber, a teoria subjetiva, a teoria objetiva e a teoria objetivo-subjetiva. A primeira teoria citada, no caso a subjetiva, ensina que basta para a configuração do crime continuado, a comprovação de que o agente agiu ao perpetrar a pluralidade de crimes com unidade de desígnio. Já a teoria objetiva, sinaliza a configuração da continuidade delitiva, mediante apenas a cumulação dos requisitos objetivos, tais como os exigidos pelo art. 71, do Código Penal em vigência. Contrabalançando os entendimentos anteriores, a teoria objetivo-subjetiva apresenta a convicção segundo a qual não há se falar em continuidade delitiva quando estão presentes apenas os elementos objetivos delineados no art. 71, do Código Penal, dissociados do elemento anímico, isto é, da unidade de desígnios. Esta teoria traça uma dicotomia entre a continuidade delitiva e a habitualidade criminosa, preconizando que, caso configurada a habitualidade criminosa em detrimento da continuidade delitiva, deverá ser realizado cúmulo material das penas.

Neste sentido, confirmam-se as lições doutrinárias de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 361-362), Alberto Silva Franco (2005, p. 356) e Rogério Greco (2011, p. 594), em ordem respectiva:

129. A unidade de desígnio no crime continuado: O principal dos requisitos a ser debatido é o referente à unidade de desígnio. Seria imprescindível, para o reconhecimento do crime continuado, encontrar no agente unidade de propósito, vale dizer, uma proposta única para o cometimento das várias ações que o levaram a praticar vários resultados típicos? Para solucionar tal

questão, há fundamentadamente três teorias: 1.<sup>a</sup>) subjetiva: exige apenas unidade de desígnio para demonstrar a existência do delito continuado. É a menos utilizada pela doutrina. Por tal teoria, o delito continuado somente existiria caso o agente conseguisse demonstrar que agiu com unidade de desígnio, ou seja, que desde o início de sua atividade criminosa tinha um único propósito. Como isso é, praticamente, impossível de se fazer sem o auxílio dos elementos objetivos, que compõem a continuidade delituosa, não se acolhe tal posicionamento [...].

O nosso Direito Positivo vigente adota uma posição objetiva, dispensando, assim, a participação de qualquer elemento subjetivo unitário, na conceituação do crime continuado, abrangedor dos vários fatos que se sucedem.

A última teoria, que possui natureza híbrida, exige tanto as condições objetivas como o indispensável dado subjetivo, ou seja, deverão ser consideradas não só as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, como também a unidade de desígnio ou relação de contexto entre as ações criminosas.

O item n°. 59, da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, embora seja de redação contraditória, demonstra que o legislador optou pela adoção da teoria objetiva, leia-se:

O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada, e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modo de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.

Embora defensor da teoria objetivo-subjetiva, o jurista Rogério Greco (2011, p. 593) também compartilha do entendimento segundo o qual o item n°. 59, da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, conquanto tenha redação confusa, aderiu à teoria objetiva:

Exige o art. 71 do Código Penal, ainda, que, em razão das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, ou seja, as infrações penais posteriores devem ser entendidas como continuação da primeira. Embora seja clara a redação do artigo, que com ela procura fazer a distinção entre o crime continuado e a reiteração criminosa, paradoxalmente, segundo entendemos, a Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal

adota a chamada teoria objetiva no crime continuado, dizendo em seu item 59 [...].

Não é outro o posicionamento do jurista Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 363):

[...] Entretanto, apesar disso, a lei penal adotou claramente a segunda posição, ou seja, a teoria objetiva pura. Cremos deva-se seguir literalmente o disposto no art. 71 do Código Penal, pois não cabe ao juiz questionar os critérios do legislador. Ainda que a teoria objetiva-subjetiva seja melhor, não se pode olvidar a escolha legal. Diz a Exposição de Motivos do Código: “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetiva-subjetiva.

Uma vez explicado em linhas gerais o instituto da continuidade delitiva e as variantes que o acompanham, cabe analisarmos agora, como a questão tem sido tratada quando o requerimento é feito e sede de execução penal.

Conforme dissemos alhures, é comum nos depararmos na prática forense com delitos que a princípio foram praticados num contexto de continuidade delitiva, porém, por razões inerentes ao funcionamento da Polícia Judiciária e do Poder Judiciário, desencadearam inquéritos policiais e ações penais distintas, de modo que os processos não tenham sido reunidos para julgamento conjunto, em virtude de ter sido relegada a figura jurídica denominada continência.

Quando isso acontece, diversas condenações são proferidas e expedidas as guias de execução pertinentes a cada uma delas. Posteriormente, já no âmbito da execução penal, uma vez realizada a soma ou a unificação das reprimendas, bem como elaborado o levantamento de penas, à luz dos elementos documentais oriundos de diversos juízos sentenciantes, se torna possível vislumbrar a existência da continuidade delitiva, porém, ao que se extrai da jurisprudência atual, principalmente nos casos em que integram a continuidade delitiva uma gama significativa de infrações penais, há uma resistência do Juiz da Execução Penal, assim como dos Tribunais, em revisitar as condenações para recalcular a reprimenda aplicada, observando a existência da continuidade delitiva.

Neste particular, permita-nos uma rápida digressão para um esclarecimento breve. É falar, a aferição *a posteriori* pelo Juiz da Execução Penal ou pelo Tribunal a ele vinculado, no que diz respeito à continuidade delitiva despercebida outrora, com o consequente recálculo da pena aplicada, não implica em ofensa à coisa julgada material,

tampouco configura ato eivado de nulidade, em razão de eventual incompetência absoluta, haja vista, inexistir em casos análogos a reanálise dos méritos que emprestam origem às condenações, ou seja, revisão de autoria e materialidade. O que há é apenas o recálculo da reprimenda aplicada, com a aplicação de um instituto jurídico que já deveria ter sido aplicado em momento anterior; logo, não havendo nova análise do mérito das condenações, mas somente a aplicação de um mero cálculo aritmético, não há se falar em resolução da questão exclusivamente pelo manejo de revisão criminal.

Ao que parece, a aplicação da continuidade delitiva no âmbito da execução penal tem sido interpretada com um certo recrudescimento por parte das autoridades legitimadas, o que é compreensível devido às próprias peculiaridades da situação. Em outros termos, equivale dizer o seguinte, ao analisar, por exemplo, o requerimento de um apenado que cumpre pena em virtude de sete condenações por crimes de furto, ainda que estejam presentes os requisitos estampados no art. 71, do Código Penal, por óbvio, a tendência do julgador é afastar a configuração do crime continuado, ao argumento de que, na verdade jurídica, se trata de um indivíduo useiro na prática de crimes, aplicando a teoria objetivo-subjetiva para demonstrar a habitualidade criminoso e afastar a configuração da continuidade delitiva.

Ao revés, na fase do processo de conhecimento, sem prejuízo de não concordarmos com os correligionários da teoria objetivo-subjetiva, decerto a questão é tratada com outra ótica e grau de valoração, porquanto uma vez reunidos os processos por força da continência para julgamento conjunto, todos os fatos são analisados e valorados simultaneamente, o que facilita até mesmo para o adepto da teoria objetivo-subjetiva, constatar a existência do elemento subjetivo, ou seja, da unidade de desígnio.

Apenas para comprovar que não é incomum a tramitação isolada de ações penais praticadas num contexto de continuidade delitiva, sem que seja reconhecida a figura jurídica da continência, podemos citar como exemplo os autos n°. 0554.12.000.811-1 e os n°. 0554.12.000.822-8, ambos da comarca de Rio Novo/MG e em fase de apresentação de memoriais, que possivelmente poderão culminar em condenações autônomas, sem que seja aferida, quer seja à luz da teoria objetiva ou da teoria objetivo-subjetiva, a existência do crime continuado. E tem mais. Ao que se extrai do manuseio dos cadernos processuais supracitados, que versam sobre a apuração de furtos, aquelas infrações penais estão atreladas a uma miríade de outras infrações penais patrimoniais, que por suas vezes, foram praticadas mediante similares condições de

tempo, lugar, maneira de execução e outras circunstâncias semelhantes, porém, a apuração dos crimes em alusão está tramitando de maneira avulsa.

Vejam os casos da casuística do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, quando o assunto é a continuidade delitiva em sede de execução penal:

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL - UNIFICAÇÃO DE PENAS - CONDENAÇÕES PELA PRÁTICA DE DELITOS DE ROUBO MAJORADO - CRIME CONTINUADO - NÃO-RECONHECIMENTO - HABITUALIDADE CRIMINOSA - AGRAVO NÃO PROVIDO.

- A unificação das penas pela continuidade delitiva exige não somente que os crimes tenham sido praticados em condições semelhantes de tempo, espaço e maneira de execução, mas também que tenha restado preenchido o requisito subjetivo da unidade de desígnios preconizado pela teoria objetivo-subjetiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

- Incabível a relação de continuidade entre os roubos se verificada a ausência de vínculo entre o primeiro ato criminoso e os subsequentes, tudo a demonstrar que o agente se valeu de reiteração delitiva, a qual não se confunde com continuidade.

Ora, sem relegar o grau de dificuldade que é conseguir o deferimento da continuidade delitiva em sede de execução penal, em nossa ótica pelas razões já ventiladas, há de ser frisado, e agora de maneira mais peremptória, que a conclusão que se extrai da simbiose hermenêutica entre o item nº. 59, da Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal e o art. 71, do Código Penal, não poderá conduzir a outro juízo de convicção, senão aquele segundo o qual vige a adoção da teoria objetiva, sendo, portanto, justa mas ilegal, a díade doutrinária e jurisprudencial criada entre a continuidade delitiva e a habitualidade criminosa.

Não poderíamos olvidar da brilhante argumento de Guilherme Nucci (2009, p. 363) sobre o tema:

[...] Entretanto, apesar disso, a lei penal adotou claramente a segunda posição, ou seja, a teoria objetiva pura. Creemos, deva-se seguir literalmente o disposto no art. 71 do Código Penal, pois não cabe ao juiz questionar os critérios do legislador. Ainda que a teoria objetiva-subjetiva seja melhor, não se pode olvidar a escolha legal. Diz a Exposição de Motivos do Código: “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetiva-subjetiva.

Nesta diretriz, já havia decidido o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira: relevância de dados subjetivos restrita a fixação da pena unificada. 1. O direito brasileiro, no art. 71 da nova Parte Geral, de 1984, do C. Pen.,

persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a "outras circunstancias semelhantes" aquelas que enumerou - "de tempo, lugar e modo de execução" - só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. 2. Viola o art. 71 C. Pen. o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porém, a unificação das penas, a base de circunstancias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência da unidade de designio. 3. A algumas circunstancias subjetivas fez concessão o parágrafo único do art. 71 C. Pen., não para a identificação do crime continuado, mas apenas para o tratamento penal mais rigoroso, nas hipóteses ali previstas. 4. HC parcialmente deferido para reconhecer a continuação dos crimes, mas remeter ao juízo da execução a correspondente fixação da pena unificada.

## 5 CONCLUSÃO

Do amálgama informativo que compõe o presente trabalho, resta clarividente que no plano da execução penal, ao menos no que diz respeito aos tópicos abordados, a saber, na controvérsia que permeia o exame criminológico, na inconstitucionalidade da Súmula n.º. 715, do Excelso Supremo Tribunal Federal e na problemática que dimana da distinção entre a continuidade delitiva e a habitualidade criminosa, há um desacerto entre as regras atuais, quer sejam positivadas em lei ou ditadas pela jurisprudência dominante e a concepção que esperamos que se extraia de cada um destes pontos controvertidos, considerando a análise ontológica de cada instituto, que deverá ser feita à luz dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, assim como da base principiológica que rege o Direito Penal.

Restou demonstrado que a supressão do exame criminológico como sendo *conditio sine qua non* para o deferimento da progressão de regime, se por um lado aplaca a superlotação carcerária, por outro relega o mais legítimo interesse social de ressocialização e afastamento do convívio coletivo, de facínoras e criminosos potencialmente perigosos, máxime daqueles com tendência à prática de crimes violentos.

Quanto à Súmula n.º 715, da lavra do Supremo Tribunal Federal, a conclusão não poderá ser outra, senão aquela que foi aventada, isto é, que o indigitado verbete sumular verdadeiramente padece de inconstitucionalidade. E assim ocorre, porquanto a Carta da República não permite a adoção da prisão perpétua, e, no que foi seguida pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal, nada excetua acerca do cálculo da progressão de regime e do livramento condicional, a serem concedidos para os presos que cumprem pena unificada. É que, a depender da faixa etária do apenado, da expectativa de vida no País e também levando em conta as condições deletérias do cárcere, o cumprimento da reprimenda imposta, no equivalente ao ínterim de trinta anos no cárcere, assumirá verdadeira feição de pena eterna.

Lado outro, não podemos olvidar que a segregação ininterrupta por trinta anos no regime extremo de cumprimento de pena, fere o sistema progressivo inglês, por nós adotado, além de desprezar os valores da legalidade, da proporcionalidade e da ressocialização, contidos, inclusive, na Exposição de Motivos que empresta origem à

Lei de Execução Penal, conforme foi demonstrado com maior meticulosidade, em capítulo próprio.

Por derradeiro, quanto à dicotomia existente entre a continuidade delitiva e habitualidade criminosa, neste particular, embora não fosse o objetivo precípua do presente trabalho acadêmico, ficou esclarecido que a própria distinção em si, ao menos no plano *de lege lata*, se revela injusta e arbitrária, vez que a Exposição de Motivos que empresta origem à Lei de Execução Penal, conquanto de maneira confusa, adotou a teoria objetiva, segundo a qual a continuidade delitiva requer apenas requisitos objetivos, verificados no mundo material.

Especificamente com relação à aplicação do entendimento diade que envolve a continuidade delitiva e a habitualidade criminosa no âmbito da execução penal, foi demonstrado que o embrião do problema é a ausência de reconhecimento da continência na fase do processo de conhecimento, o que culmina em ações penais autônomas, e, por conseguinte, na prolação de decisões condenatórias isoladas. Feita a soma ou unificação das respectivas penas na Vara de Execuções Penais, principalmente nos casos em que o recuperando perpetrado uma miríade de delitos, parece que a tendência do julgador é considerá-lo apenas um indivíduo useiro na prática de crimes e afastar a continuidade delitiva por ausência de elemento subjetivo.

Ao revés, caso reconhecida a continência na fase do processo de conhecimento, seguida da instrução conjunta e prolação de sentença única, até mesmo para os adeptos da teoria objetivo-subjetiva, da qual o subscritor não é correligionário, seria mais fácil a visualização da unidade desígnios, em razão das próprias circunstâncias da instrução processual assim realizada.

## REFERÊNCIAS

BECARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 3ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa nº 0864659-94.2013.8.13.0000 Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Agravado: Elton Cristiano Rosa. Relator: Des. Eduardo Machado. Belo Horizonte, MG, 24 de março de 2015. **Diário Judiciário Eletrônico**, Minas Gerais, 2015. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0864659-94.2013.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ>>. Acesso em 27/maio/2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa n. 1.0000.00.165514-1/000. Paciente: Alexandre Barbosa de Souza. Autoridade Coatora: Juiz de Direito da Vara Execuções Penais Comarca Belo Horizonte. Relator: Des. Sérgio Resende. Belo Horizonte, MG, 26 de outubro de 1999. **Diário Judiciário Eletrônico**, Minas Gerais, 1999. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.165514-1%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 27/maio/2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº 3808. Recorrente: Luiz Pedro Dias Medeiros. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (sic). Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 26 de janeiro de 1994. **Diário Judicial Eletrônico**, Brasília, 1994. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clas.+e+@num=%273808%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%273808%27.suce.\)\)>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clas.+e+@num=%273808%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%273808%27.suce.))>). Acesso em: 27/maio/2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ementa nº 70002509628. Agravante: Jorge Hermes de Oliveira. Agravado: Ministério Público. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Brasília, DF, 30 de maio de 2001. **Diário Judicial Eletrônico**, Brasília, 2001. Disponível em: [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_pro](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_pro)

cesso\_mask=70002509628&num\_processo=70002509628&codEmenta=438230&temIn  
tTeor=true>. Acesso em: 27/maio/2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Ementa nº 1050367. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Cristiano Pinto de Matos. Relator: Ministro Jorge Mussi, Brasília, DF, 09 de março de 2010. **Diário Judiciário Eletrônico**, Brasília, 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=951810&num\\_registro=200800866673&data=20100426&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=951810&num_registro=200800866673&data=20100426&formato=PDF)>.

Acesso em: 27/maio/2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa nº. 1.0702.11.001409-0/001, Agravante: Rafael Theodoro Dias Rodrigues. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Júlio Cezar Gutierrez, Belo Horizonte, MG, 12/03/2014. **Diário Judiciário Eletrônico**, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.11.001409-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 27/maio/2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ementa nº. 68661. Impetrante: Ronaldo Bispo Lopes. Autoridade coatora: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 27 de agosto de 1991. **Diário Judiciário Eletrônico**, Brasília, 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=HC&numero=68661&origem=AP>>. Acesso em: 27/maio/2015.

\_\_\_\_\_. **Exposição de Motivos nº 213/83** – Referente à Lei 7.210/84. Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FfileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257BC116F62C-19FB-4F25-8625-E6D3D415537D%257D%26ServiceInstUID%3D%257B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%257D&ei=7BiTVZjDNo7\\_gwT8yYKADw&usg=AFQjCNFImIytaCyEIN1YLg5XQ6m7e0DlvQ&bvm=bv.96952980,bs.1,d.eXY](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FfileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257BC116F62C-19FB-4F25-8625-E6D3D415537D%257D%26ServiceInstUID%3D%257B4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD%257D&ei=7BiTVZjDNo7_gwT8yYKADw&usg=AFQjCNFImIytaCyEIN1YLg5XQ6m7e0DlvQ&bvm=bv.96952980,bs.1,d.eXY). Acesso em 30/jun/2015.

\_\_\_\_\_ **Lei 10.792/03** – Concernente à alteração da Lei 7.210/84. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10792-1-dezembro-2003-497216-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 30/jun/2015.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da Prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis, RJ, Vozes - RJ, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Evangelista Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**, 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado: Versão Compacta**, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

SILVA, Franco Alberto. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial: Parte Geral**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 1997.

**VADE-Mecum Compacto**: Saraiva. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 2014.