

O REGIME INICIAL SEMI-ABERTO E O ART. 105 DA LEP

Roberto Delmanto

Roberto Delmanto

Condenados definitivos a pena privativa de liberdade em regime inicial *semi-aberto*, que se apresentam para cumprimento da sanção imposta, têm sido recolhidos a Delegacias de Polícia ou a Centros de Detenção Provisória, em regime *fechado*, no meio de presos não condenados, com total desrespeito às garantias constitucionais da coisa julgada e da individualização da pena.

Só depois de estarem em regime *fechado* é que se expede a guia de recolhimento, com a qual principia a execução, possibilitando aos condenados a ida para o regime *semi-aberto*, se e quando houver vagas.

Esse é o entendimento de juízes e tribunais, que invocam, para tanto, o **art. 105 da LEP**, o qual preceitua: “*Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento.*”

Sucedo, porém, que o **art. 107** da mesma LEP prevê textualmente: “*Ninguém será recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.*”

Como compatibilizar esses dois dispositivos? Se a guia só puder ser expedida “*se o réu... vier a ser preso*”, sob que fundamento ou a que título — inexistindo prisão cautelar — seria o condenado “recolhido, para cumprimento de pena privativa de liberdade, *sem a guia expedida pela autoridade judiciária*”?

Esse conflito aparente de normas deverá ser resolvido em favor do acusado, em face do secular princípio *favor libertatis*, que sempre o beneficia, *prevalecendo*, na espécie, o referido **art. 107**.

É esse dispositivo o *único* compatível, outrossim, com a garantia da individualização de pena, prevista no **art. 5º**, inciso XLVIII, da Magna Carta, *verbis*: “*A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.*”

Dispõe, a seu turno, o **art. 5º**, inciso XLVI, da Constituição da República que “*a lei regulará a individualização da pena.*”

Ora, o Código Penal, em seu **art. 33, § 1º, b**, considera “*regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar*”, enquanto que o **§ 2º, b**, do mesmo artigo estabelece que “*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito, poderá desde o início, cumpri-la em regime semi-aberto.*”

O mencionado *conflito aparente de normas* repercute na doutrina.

Júlio Fabbrini Mirabete, comentando o **art. 105 da LEP**, afirma que “*enquanto não ocorrer a prisão, não se pode expedir a guia de recolhimento*”, sendo que a razão dessa exigência seria o fato de que a guia “*deve conter a data da terminação da pena (art. 106, V), que só será conhecida, em princípio, quando se souber a data em que o condenado foi preso*” (*Execução Penal*, 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2004, p. 302).

Todavia, é o mesmo saudoso autor, quem, na mesma obra, em comentário ao **art. 107 da LEP**, assevera: “*O art. 107 declara a garantia de que não se pode recolher qualquer pessoa para cumprimento de pena privativa de liberdade sem a guia expedida pela autoridade judiciária*” (fls. 314).

É, ainda, Mirabete quem adverte que “*o diretor do presídio tem, assim, o dever de recusar o internamento do preso — e tal fato deve ser levado ao conhecimento do Ministério Público — quando desacompanhado de guia correspondente*”, constituindo “*crime de abuso de autoridade*” “*ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder*” (**art. 4º, a, da Lei nº 4.898, de 9-12-65**)” (*idem, ibidem*).

No mesmo sentido, o escólio de Rogério Lauria Tucci, para quem a LEP “*estabeleceu um único pressuposto (à evidência, jurídico) da execução penal, qual seja o título executivo consubstanciado em ato decisório de mérito condenatório, coberto pela coisa julgada; e expressando o conjunto dos arts. 105, 107, 171 e 172 que ninguém poderá ser recolhido em estabelecimento prisional... sem a respectiva guia...*” (*Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2004, pp. 282 e 283).

Por outro lado, não pode a garantia constitucional da individualização da pena — *in casu*, o regime inicial *semi-aberto* coberto pela coisa julgada — ceder lugar à exigência, meramente burocrática, de que a guia deverá conter “*a data em que o condenado foi preso*”, o que poderá ser feito a *posteriori*, quando a prisão — garantido já o regime inicial fixa-

do — for efetuada, mesmo porque o **§ 2º** do **art. 106 da LEP** prevê que a guia “*será retificada sempre que sobrevier modificação quanto ao início da execução*”.

Alguns acórdãos têm citado o **art. 5º, b**, da Resolução nº 9/1985 do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo o qual “*a guia de execução ... será expedida... logo após o cumprimento do mandado de prisão*”.

Contudo, uma simples resolução não pode, *data maxima venia*, a exemplo do **art. 105 da LEP** isoladamente considerado, prevalecer sobre uma garantia constitucional!

A Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, em parecer exarado no HC nº 981.276.3 e aco-

lhido pela Corte paulista, já se pronunciou, por sua vez, no sentido de que “*o cumprimento específico do regime de pena fixado, depende de providência administrativa por parte do Estado, qual seja — a existência de vagas no regime aberto*”.

Despiciendo lembrar-se, aqui, que uma providência administrativa também não pode impedir o exercício de uma garantia constitucional!

Abordando o tema tratado, o STJ, no RHC nº 5.482/SP da 5ª Turma, relatado pelo ínclito ministro Assis Toledo, por votação unânime, teve a oportunidade de proclamar: “*A sentença condenatória é o título executivo judicial que deve ser executado com observância estrita do que nele se contém. Logo, constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso, ainda que por pouco tempo e no aguardo da expedição da Guia de Recolhimento.*”

Acrescente-se que, apesar do **art. 105 da LEP** restringir a expedição da guia de recolhimento ao réu já preso ou que vier a ser preso, não obriga seja o mesmo custodiado em regime mais rigoroso do que o imposto pela sentença condenatória. Ante o exposto, conhecimento do recurso e dou-lhe provimento parcial para assegurar ao paciente a execução da pena desde o início no regime aberto.”

Na mesma esteira, inúmeras outras decisões do STJ, garantindo, na falta de vagas no regime *semi-aberto*, o *aberto* ou a prisão domiciliar, podem ser citadas: RHC nº 8.250/SP, rel. min. Gilson Dipp,

➔ DJU 22.03.99; RHC n° 9.447/SP, rel. min. Jorge Scartezzini, DJU 05.03.00; HC n° 7.370/MG, rel. min. Fernando Gonçalves, DJU 24.08.98, p. 105; e RHC n° 1.731/SP, rel. min. Adhemar Maciel, DJU 08.03.93, p. 3.137.

E mais recentemente: HC n° 48.629/MG, rel. min. Hamilton Carvalhido, DJU 04.09.06, p. 331; RHC n° 16.582/MG, rel. min. Paulo Medina, DJU 06.12.04, p. 365; Embargos de Declaração no REsp. n° 538.362/SP, rel. min. José Arnaldo, DJU 08.11.04, p. 271; e RHC n° 16.058/SP, rel. min. Felix Fischer, DJU 06.09.04, p. 271.

A nosso ver, portanto, a guia de recolhimento deve ser expedida **independentemente** do cumprimento do mandado de prisão, garantindo-se ao condenado a execução da pena que lhe foi imposta, **desde o início**, no regime **semi-aberto**, conforme decisão condenatória transitada em julgado.

Caso assim não seja, caberá a impetração de ordem de *habeas corpus* para que a Corte *ad quem* determine a imediata expedição da guia ou, subsidiariamente, permita ao condenado iniciar o cumprimento da pena em regime aberto ou em prisão domiciliar, até que lhe seja assegurada vaga no regime semi-aberto. Caberá, ainda, pedido de liminar para sustar os efeitos do mandado de prisão até o julgamento do mérito do *writ*.

Isto porque não é constitucional, nem justo, muito menos moral, permitir-se que um condenado aguarde no medieval sistema carcerário brasileiro fechado, em uma Delegacia de Polícia ou em um Centro de Detenção Provisório, no meio de presos não condenados — sabe-se lá por quanto tempo — a disponibilização pelo Estado de vaga no regime menos rigoroso que lhe foi assegurado por decisão condenatória transitada em julgado. ●

Roberto Delmanto

Roberto Delmanto
Advogado em São Paulo