



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 81.804/2015-AsJConst/SAJ/PGR

Repercussão geral no recurso extraordinário 638.239/DF

Relator: Ministro **Luiz Fux**

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Recorrido: Anderson Pablo Figur Ribeiro

CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. FALTA GRAVE. PRELIMINARES: MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA E AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 279 E 282 DO STF). MÉRITO: REMIÇÃO. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. PERDA DE DIAS REMIDOS. ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. SÚMULA VINCULANTE 9. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.433/2011, QUE ALTEROU O ART. 127 DA LEP. FACULDADE DO JUIZ DE DECLARAR PERDA DE ATÉ 1/3 DE DIAS REMIDOS. MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL DO QUADRO NORMATIVO. CANCELAMENTO DA SÚMULA VINCULANTE. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, XL, DA CR).

1. A partir da nova redação conferida ao art. 127 da Lei de Execução Penal (LEP) pela Lei 12.433/2011, a perda de dias remidos deixou de ser automática. A norma tornou-a facultativa e permitiu que o juiz das execuções possa avaliar as circunstâncias do caso e, orientado por critérios de proporcionalidade, quantifique a perda dos dias remidos, em observância ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição da República.

2. Não seria caso de revisão da súmula vinculante 9, pois ainda não há iterativos julgados sobre o art. 127 da LEP com a nova redação, requisito para edição de verbetes vinculantes, consoante o art. 103-A da Constituição. Parece mais adequado o cancelamento da SV 9.

3. A Lei 12.433/2011, na parte em que regulamentou a perda dos dias remidos por prática de falta grave, contém disposições mais favoráveis aos sentenciados. Por isso, deve retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência, conforme o art. 5º, XL, da CR e o art. 2º do Código Penal.

Parecer pelo não conhecimento do recurso; no mérito, pelo provimento parcial, para possibilitar ao juízo da execução, mediante exame das circunstâncias, avaliar a conveniência de perda de dias remidos, nos limites da nova redação do art. 127 da LEP.

I RELATÓRIO

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (MPRS) contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado, que negou provimento a agravo em execução, nos seguintes termos:

AGRAVO DA EXECUÇÃO (ART. 197 DA LEP). FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. REMIÇÃO. DATA-BASE. 1. Falta grave reconhecida, pois o apenado não se apresentou no Colégio para frequentar as aulas, sem apresentar justificativa para tal. 2. Regressão de regime descabida no caso, ante a proporcionalidade e suficiência da medida administrativa já imposta ao apenado e o registro da mácula a sua conduta, frente à baixa lesividade da falta cometida e especialmente, de sua conduta carcerária, que não registra qualquer outro incidente negativo. 3. Perda dos dias remidos, ante o cometimento de falta grave. Inviabilidade. medida que subvaloriza o direito social fundamental ao trabalho (art. 1º, inc. IV, c/c o art. 6º, ambos da Constituição Federal de 1988), fere os princípios da proporcionalidade, da

individualização da pena e da isonomia, viola direitos adquiridos pelo reeducando no mundo dos fatos e vai na contramão do objetivo ressocializador da pena. Incompatibilidade material da regra constante do art. 127 da LEP com a nova ordem jurídico-material instaurada pela Carta Política de 1988. 4. O simples cometimento de falta grave não enseja a alteração de data-base para a concessão de novos benefícios na execução da pena. Ausência de previsão legal. Jurisprudência pacífica da Câmara. AGRADO IMPROVIDO.

O acórdão, analisando as circunstâncias do caso, entendeu que a prática de falta grave, por si, não implicaria regressão de regime ou alteração de data-base para concessão de benefícios, tampouco perda de dias remidos, por contrariar os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena, do direito adquirido e do direito ao trabalho. Especificamente em relação aos dias remidos, ponderou o relator (volume 0 do *e-STJ*, folhas 70-71):

[...]

Ora, feita uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e reconhecida a hierarquia axiológica da Constituição, especialmente quando estabelece direitos fundamentais, é imperioso concluir que o cometimento de uma falta grave pelo apenado não tem força suficiente para suprimir o direito fundamental ao trabalho, garantido a todo e qualquer cidadão, com o consequente colhimento de seus frutos (entre os quais, no caso de apenado, o da remição).

E mais: a regra literalizada no art. 127 da LEP fere o princípio-garantia constitucional da isonomia, uma vez que a decretação (decisão constitutiva negativa) da perda dos dias trabalhados (remidos ou por remir) significa tratar, de maneira igual, apenados que trabalharam e apenados que não trabalharam (reitero que a falta grave cometida pelo agravado não tem força suficiente para suprimir o valor do trabalho por ele realizado).

Portanto, a nova ordem constitucional não recepcionou (materialmente) a regra do art. 127 da LEP.

O MPRS sustenta, preliminarmente, repercussão geral da matéria, dado o efeito multiplicador da controvérsia concernente à perda dos dias remidos em razão da prática de falta grave. Além disso, a repercussão geral seria presumida, pois o acórdão está em sentido contrário ao entendimento do STF sobre o tema, nos termos do art. 543-A, § 3º, do Código de Processo Civil. No mérito, alega que o aresto se equivocou ao declarar não recepção do art. 127 da Lei de Execução Penal, pois a perda de dias remidos não contraria os princípios constitucionais acima indicados. Acrescenta que o *decisum* vai de encontro ao enunciado 9 da súmula vinculante do STF, o qual entendeu recepcionado o art. 127 da LEP pelo ordenamento constitucional. Afirmar ser legítima a perda de dias remidos, pois “o que deve pautar a discussão é a ressocialização do condenado, mitigada pelo cometimento de falta grave” (folha 138). Requer que seja o recurso provido para serem excluídos os dias remidos anteriormente à data do cometimento da falta grave (vol. 1, e-STJ, fls. 121-135).

A PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, em parecer do Subprocurador-Geral da República EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, opinou pelo provimento do recurso, aduzindo que o aresto contrariou a orientação do Supremo Tribunal Federal espelhada nos enunciados 9 e 10 de sua súmula vinculante.¹ Afirmou ser

1 Súmula vinculante 9: “O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58.”

aplicável a nova redação do art. 127 da LEP, conferida pela Lei 12.433, de 29 de maio de 2011 (peça 5).

Apesar da pendência do recurso extraordinário, a VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DAS COMARCAS DE IJUÍ E GIRUÁ (RS) declarou extinta a punibilidade em razão do cumprimento da pena, fato que motivou despacho do Ministro LUIZ FUX, de 28 de maio de 2013, solicitando parecer desta Procuradoria-Geral da República a respeito da subsistência do interesse recursal.

Em novo parecer, o Subprocurador-Geral da República MÁRIO JOSÉ GISI afirmou falta de interesse recursal ante a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena (peça 26).

O recurso especial concomitantemente interposto foi desprovido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Vieram os autos a esta PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA em 4 de novembro de 2014.

É o relatório.

II PRELIMINARES: MATÉRIA FACTUAL PROBATÓRIA

E AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO

Reconheceu-se nestes autos repercussão geral da controvérsia relativa à retroatividade do art. 127 da Lei de Execução Penal

Súmula vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

(LEP), na redação conferida pela Lei 12.433, de 29 de maio de 2011. Suscitou-se possibilidade de revisão ou cancelamento da súmula vinculante 9, do STF. Vale invocar excerto do voto do Ministro LUIZ FUX:

Ocorre que a Lei nº 12.433/2011, posterior à interpretação do recurso e à edição do verbete nº 9 da Súmula Vinculante, modificou a redação do art. 127 da LEP, fazendo constar o seguinte texto, *verbis*: “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 ([...]) do tempo remido, observando o disposto no art. 57, recomçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

A meu juízo, o Recorrente merece ter reconhecida a repercussão geral, a fim de que se delibere a respeito da retroatividade da nova norma e, se for o caso, sobre a revisão ou o cancelamento da referida Súmula Vinculante.

O Ministro MARCO AURÉLIO observou que o acórdão recorrido não se teria pronunciado sobre a nova Lei 12.433/2011 e teria enfrentado situação peculiar, donde a inadequação da repercussão geral, por falta de enquadramento do recurso no permissivo constitucional (peça 28, fl. 6).

De fato, o procedimento para aferição de repercussão geral somente deveria ter lugar quando presentes os requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, segundo o art. 323 do Regimento Interno do STF:

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

Neste caso, ao afastar a perda dos dias remidos, o acórdão considerou que a falta praticada pelo reeducando (ausência ao colégio para frequência a aulas para as quais fora liberado) não possuía gravidade intensa. Em acréscimo, o reeducando não teria praticado outras faltas e estudaria. Dessas circunstâncias, concluiu que a perda dos dias remidos não contribuiria para sua ressocialização.

Portanto, o aresto embasou-se em situação peculiar, cuja desconstituição implica reexame do conjunto fático-probatório da demanda, providência inviável à luz da súmula 279 do STF.

O TJRS também considerou que o art. 127 da LEP, na redação original,² contraria os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena, do direito adquirido e do direito ao trabalho e, por esse motivo, não teria sido recepcionado pela ordem constitucional vigente.

Ocorre que o acórdão recorrido data de 8 de maio de 2008, antes da súmula vinculante (SV) 9, publicada em 20 de junho de 2008. Dessa forma, não se pode dizer que houve afronta à SV 9, pelo simples fato de ela ainda não existir na época do julgamento. Tampouco se debateu a questão constitucional versada na repercussão geral concernente à redação conferida ao art. 127 da LEP

2 “Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.” Redação original disponível em < <http://zip.net/bjnn88> > ou < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm >. Acesso em 11 maio 2015.

pela Lei 12.433/2011, pois o dispositivo ainda vigia na redação original.

É evidente que, no caso, não houve debate prévio quanto ao tema da repercussão geral. Ocorre que a jurisprudência pacífica da Suprema Corte exige prequestionamento como requisito para conhecimento de recurso extraordinário.

Conquanto se diga que, em matéria penal, a norma mais benéfica deva retroagir – o que poderia resultar na aplicação de lei posterior não debatida –, isso não afasta a imprescindibilidade de prequestionamento.

Enfim, a inviabilidade do recurso extraordinário traduz vício intransponível, que recomenda seleção de outro RE com mesma questão de fundo, mas apto a representar a controvérsia debatida na repercussão geral. Aliás, tal providência foi levada a efeito no RE 630.147/DF,³ no qual, extinto o processo sem julgamento de mérito, deliberou o Plenário da Suprema Corte afetar a repercussão geral a outro RE versando questão idêntica.

III MÉRITO

III.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE REMIÇÃO

Caso se conheça o recurso, deve ele ser parcialmente provido.

3 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso extraordinário 630.147/DF. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO. 29/9/2010, maioria. *Diário da Justiça eletrônico* 5 dez. 2011.

Segundo EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, o Código Penal brasileiro segue o sistema conhecido como das penas “relativamente indeterminadas”, em oposição ao de “penas fixas”, que não mais existe na legislação comparada. As penas privativas de liberdade são estabelecidas pela lei de forma indeterminada, fixando-se mínimo e máximo, e incumbe ao juiz quantificá-las na sentença de acordo com o caso.⁴

Nesse sistema, a gravidade do crime não tem valor absoluto para determinação do tempo de duração da pena. Como lembra JULIO FABBRINI MIRABETE, mesmo após a sentença, durante a execução penal, a sanção pode ser reduzida, “desde que os fins da integração ou reintegração social do condenado tenham sido atingidos”.⁵

Remição constitui uma das formas eficazes de abreviar a duração da pena, pois permite que o condenado se ocupe por meio de trabalho ou estudo e, ao mesmo tempo, diminua a pena privativa de liberdade, além de reeducar-se e preparar-se para buscar reinserção em sociedade, por seu empenho.

Os fins buscados pela remição são consentâneos com o art. 5º, item 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “As penas privativas de liberdade de-

4 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Vol. 1, Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 670.

5 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 517.

vem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação social dos condenados”.⁶

Constitui a remição, portanto, salutar instituto, compatível com os objetivos da política criminal de ressocialização dos condenados.

III.2 ANTECEDENTES DA SÚMULA VINCULANTE 9

Sob regência do art. 127 da LEP, na redação original, o condenado punido por falta de natureza grave, conforme os arts. 50 ou 52 da lei, apurada em processo administrativo instaurado para esse fim, perdia os dias remidos e começaria novo período a partir da data da infração disciplinar.

Na doutrina havia intenso debate quanto à recepção do art. 127 pela ordem constitucional. MIRABETE,⁷ contrapondo-se a JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA e ODIR ODILON PINTO DA SILVA,⁸ posicionou-se por ser legítima a perda dos dias remidos devido à prática de falta grave:

Nos termos em que é regulada a remição, a inexistência de punição por falta grave é um dos requisitos exigidos para que o condenado mantenha o benefício da redução da pena. Praticando falta grave, o condenado deixa de ter o direito a remição, assim como, por exemplo, se revoga o *sursis* ou o li-

6 Disponível em: < <http://zip.net/bxqtYs> > ou < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm >. Acesso em 11 maio 2015.

7 *Ibidem*, p. 532.

8 BOSCHI, José Antonio Paganella; SILVA, Odir Odilon Pinto da. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 130.

vramento condicional quando o condenado pratica novo crime ou sofre condenação durante o período de prova (fixado ou prorrogado). Assim, o abatimento da pena em face de remição não se constitui em direito adquirido protegido por mandado constitucional; é condicional, ou seja, pode ser revogado na hipótese de falta grave.

A Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça possuíam jurisprudência no sentido de não ter o condenado direito adquirido a dias remidos, os quais poderia perder por falta grave.⁹

No Supremo Tribunal Federal, havia entendimento majoritário pela constitucionalidade do art. 127 da LEP.¹⁰ Ilustra-o julgado do Plenário no recurso extraordinário 452.994/RS,¹¹ que considerou não haver direito adquirido de réu a dias remidos, mas mera expectativa, resolúvel por prática de falta grave. Eis a ementa:

Execução penal: o condenado que cometer falta grave perde o direito ao tempo remido: L. 7.210/84, art. 127 – constitucionalidade. É manifesto que, havendo dispositivo legal que prevê a perda dos dias remidos se ocorrer falta grave, não a ofende a aplicação desse dispositivo preexistente à própria sentença. Por isso mesmo, não há direito adquirido, porque

9 Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC 7.687/SP. Rel.: Min. FERNANDO GONÇALVES. 18/3/1999, un. *DJ*, 3 maio 1999, p. 179; STJ. 6ª T. Recurso em HC 8.467/SP. Rel.: Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO. 30/6/1999, un. *DJ*, 30 ago. 1999, p. 76; STJ. 5ª T. HC 5.954/SP. Rel.: Min. CÍD FLAQUER SCARTEZZINI. 13/10/1997, un. *DJ*, 17 nov. 1997, p. 59.559, entre outros.

10 Nesse sentido: STF. 2ª T. HC 91.084/SP. Rel.: Min. EROS GRAU. 17/4/2007, un. *DJe*, 11 maio 2007, p. 105; STF. 2ª T. Agravo de instrumento 570.188/RS. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 8/5/2007, un. *DJe* 22 jun. 2007, p. 60; STF. 1ª T. HC 92.791/RS. Rel.: Min. MENEZES DIREITO. 26/2/2008, maioria. *DJe*, 16 maio 2008, p. 814.

11 STF. Plenário. RE 452.994/RS. Redator para acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 23/6/2005, maioria. *DJ*, 29 set. 2006, p. 36.

se trata de expectativa resolúvel, contra a lei, pela incidência posterior do condenado em falta grave.

Havendo iterativos precedentes nessa trilha, o Plenário da Suprema Corte, em 12 de junho de 2008, decidiu editar a súmula vinculante 9, a fim de elidir discussões quanto à recepção do art. 127 da LEP:

O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no *caput* do artigo 58.

Mesmo após a SV 9, havia severas críticas por parte da doutrina por entender o art. 127 da LEP contrário ao princípio da individualização da pena, pois não permitia ao juiz valorar a perda dos dias remidos em razão da prática de falta grave.¹² A superveniência da Lei 12.433, de 29 de maio de 2011, alterou esse quadro.

III.3 A LEI 12.433/2011 E A SÚMULA VINCULANTE 9

A Lei 12.433/2011 trouxe importantes modificações na remição, entre elas a possibilidade de remição por estudo, já reconhecida no enunciado 341 da súmula do Superior Tribunal de Justiça,¹³ e a fixação de limite a revogação judicial de dias remidos. O art. 126, § 1º, I e II, acrescido à LEP pela Lei 12.433/2011,

12 BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 261.

13 Súmula 341 do STJ: “A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado e semiaberto.”

manteve a proporção: a cada três dias de labor ou estudo, permite-se redução de um dia de pena.¹⁴

A partir da nova redação conferida ao art. 127 da LEP, o juiz, verificada prática de falta grave, poderá revogar até um terço dos dias remidos, observados natureza, circunstâncias, motivos e consequências da falta, bem como a personalidade do faltoso e seu tempo de prisão a cumprir (art. 57 da LEP). Eis a dicção dos dispositivos:

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 ([...]) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

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

A Lei 12.433/2011 tornou mais justa a revogação de dias remidos em caso de falta grave, pois se antes não havia teto, o que ensejava perda total, agora o limite máximo é de 1/3. A norma não estipulou limite mínimo, donde supor-se que o juiz está

14 “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei 12.433/2011).

§ 1º. A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: (Redação dada pela Lei 12.433/2011)

I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei 12.433/2011)

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei 12.433/2011) [...]”.

autorizado a deixar de revogá-los, desde que devidamente fundamentada a decisão.¹⁵

A perda de dias remidos deixou de ser automática, pois a norma a tornou facultativa e permitiu que o juiz das execuções possa avaliar as circunstâncias do caso e, orientado por critérios de proporcionalidade, quantifique a perda de dias remidos, em observância ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição.

Exigência de satisfatório comportamento prisional do apenado permanece como pressuposto essencial da manutenção do benefício da remição, que se reveste da cláusula *rebus sic stantibus*.¹⁶ Não se pode olvidar que somente apuração de falta mediante processo judicial e com observância do *due process of law* legitima revogação de dias remidos.

Diante desse novo panorama, a súmula vinculante 9 perdeu razão de ser, pois o quadro normativo que lhe deu causa foi substancialmente modificado pela Lei 12.433/2011. Vale transcrição de escólio doutrinário sobre o tema:

Como se percebe, deixou de ter aplicação prática a Súmula Vinculante n. 9, exceto para afirmar a constitucionalidade da perda dos dias remidos, em razão do cometimento de falta grave. Acabou a discussão quanto à recepção do art. 127 pela

15 PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. *Direito de Execução Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151-152.

16 Prado *et alii*, obra citada, p. 151.

ordem constitucional vigente, como também está resolvida a questão relacionada ao limite de perda dos dias remidos.¹⁷

Por outro lado, não seria caso de revisão da súmula vinculante, pois ainda não há iterativos julgados sobre o dispositivo com a nova roupagem que lhe foi conferida, requisito indispensável para edição de verbetes vinculantes, consoante o art. 103-A da Constituição. Desse modo, possivelmente o mais adequado seria cancelamento da SV 9.

III.4 RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

O princípio da irretroatividade da lei penal decorre do da legalidade, que determina não haver crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição da República). A lei penal retroagirá para beneficiar o réu. Segundo ANDRÉ LUÍS CALLEGARI:

I. A irretroatividade da lei penal mais severa: A proibição da retroatividade das leis penais significa que uma ação impune no tempo em que foi cometida não pode ser considerada mais tarde como punível, da mesma forma que se exclui a posterior agravação da pena.

A lei penal mais grave não se aplica aos fatos ocorridos antes de sua vigência, seja quando cria uma nova figura penal, seja quando se limita a agravar as penas de uma figura já existente.

II. A retroatividade da lei penal mais benéfica: A lei mais favorável é retroativa, aplica-se aos fatos praticados anteriormente a sua vigência. Além disso, a lei mais benigna é ultra-ativa, ou seja, praticado fato na vigência da lei anterior mais

17 MARCÃO, Renato. *Lei de Execução Penal anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

benigna, ela prevalecerá, no julgamento, em detrimento da lei posterior mais severa, mesmo após sua revogação.

A lei penal mais benigna é, portanto, ultra-ativa e retroativa, sendo, dessa forma, extra-ativa.¹⁸

No caso, a lei nova facultou ao juiz revogar até 1/3 dos dias remidos, quando o condenado praticar falta grave, enquanto sob a norma anterior a perda da totalidade dos dias remidos era automática, bastando apuração da falta grave em processo judicial.

É inegável que a nova redação do art. 127 da LEP, conferida pela Lei 12.433/2011, traz disposições mais benéficas aos condenados e, por isso, deve retroagir. Nessa linha de raciocínio, veja-se comentário específico:

As modificações determinadas pelo novo art. 127 da LEP têm aplicação retroativa, alcançando os fatos ocorridos antes de sua vigência, por força do disposto no art. 5º, XL, da CF, na Súmula nº 611 do STF e no art. 66, I, da LEP, do que decorre a necessidade de revisão *ex officio* das decisões que determinaram perda de dias remidos em razão de falta grave, visto que, no máximo, será caso de decotar 1/3 (...) dos dias remidos, o que implicará na imediata *devolução* a estes executados de, no mínimo, 2/3 (...) dos dias que haviam perdido.¹⁹

Ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal já decidiram aplicar retroativamente o novo art. 127 da LEP:

18 CALLEGARI, André Luís. Comentário ao artigo 5º, XL. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 389.

19 MARCÃO, Renato. Remição de pena pelo estudo; Cômputo e perda dos dias remidos – Lei nº 12.433, de 29.06.2011. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, ano VII, n. 42, p. 24.

Processual penal e constitucional. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional. Competência do Supremo Tribunal para julgar *habeas corpus*: CF, art. 102, I, *d* e *i*. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Execução penal. Progressão de regime. Não satisfação dos requisitos subjetivos. Improcedência. Falta grave. Dias remidos. Perda integral. Modificação legislativa. Limitação à perda de 1/3. *Lex in melius*. Aplicação retroativa – art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal. 1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas *d* e *i*, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses elencadas. 2. *In casu*, o indeferimento dos pedidos de progressão de regime e de liberdade condicional restou satisfatoriamente fundamentado na ausência dos requisitos subjetivos, porquanto asseverado pelo Juiz da Execução que o paciente praticou “... muitas faltas graves...” no cárcere”. 3. O silêncio da Lei a respeito da obrigatoriedade do exame criminológico não retira do juízo da execução o poder de determiná-lo, desde que o faça de forma fundamentada. É cediço que a análise do requisito subjetivo serve à verificação do mérito do condenado, que não está adstrito ao “bom comportamento carcerário”, como faz parecer a literalidade da lei, sob pena de concretizar-se o absurdo de transformar o diretor do presídio no verdadeiro concedente do benefício e o juiz em simples homologador. Precedentes: HC n. 105.234/RS, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, *DJ* de 21.3.11; HC n. 106.477/RS, Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, *DJ* de 19.4.11; e HC n. 102.859/SP, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, *DJ* de 1º.02.10. 4. O art. 127 da Lei n. 7.210/84 preceituava, com a redação anterior à da Lei n. 12.433, de 29 de junho de 2011, que “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. Após a alteração operada pela Lei n. 12.433/2011, o referido preceito passou a dispor que “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido, observando o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

5. A lei nova é *lex in melius* e por isso deve retroagir, por força do disposto no art. 5º, inc. XL, da Constituição: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar. Precedentes: HHCC 110.040, Rel. Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma, *DJe* de 29/11/11; 110.317, Rel. Min. CARLOS BRITTO (liminar), *DJe* de 26/09/11, e 111.143, Rel. Min. DIAS TÓFFOLI (liminar), *DJe* de 22/11/11. 6. *Habeas corpus* julgado extinto, por ser substitutivo de recurso ordinário. 7. Ordem concedida, parcialmente e *ex officio*, para determinar que a perda dos dias remidos pelo trabalho não se dê em sua integralidade, observando-se o máximo de 1/3, por aplicação retroativa da Lei n. 12.433/2011, à luz do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal.²⁰

HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ALEGADA OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RETROATIVIDADE DA LEI 12.433/2011. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A alegada nulidade do procedimento administrativo disciplinar não passou pelo crivo das instâncias judicantes competentes. O imediato conhecimento dessa matéria pelo Supremo Tribunal Federal acarretaria uma dupla, e indevida, supressão de instâncias. 2. O instituto da remição é de nítido caráter penal. Instituto que, para maior respeito à finalidade reeducativa da pena, constitui superlativo incentivo à aceitação daquilo que, discursivamente, nossa Lei de Execução Penal chama de “programa individualizador da pena privativa de liberdade” (art. 6º da Lei 7.210/1984). A remição premia o apenado que se revela capaz de disciplina e, nessa vertente, valoriza o trabalho. Trabalho que a Constituição Federal promoveu às categorias de princípio fundamental da República Federativa do Brasil (inciso IV do art. 1º) e de pilar da ordem social brasileira (art. 193). Sendo certo que a ulterior redação do art. 127 da Lei de Execução Penal desvalorizava aquilo que a Constituição qualifica sobremaneira. 3. A resposta estatal à indisciplina carcerária é de

20 STF 1ª T. HC 113.717/SP. Rel.: Min. LUIZ FUX. 26/2/2013, un. *DJe*, 19 mar. 2013.

incorporar um juízo de graduação da falta, mesmo grave, para, se for o caso, proporcionalizar as consequências dela advindas. Isso em homenagem à garantia da individualização da pena, já na fase intramuros penitenciários. 4. O comando que se lê no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal faz da retroação da norma penal mais benéfica um direito que assiste a todo réu ou pessoa já penalmente condenada. Com o que a retroatividade benigna opera de pronto, por mérito da Constituição mesma. Constituição que se põe, então, como o único fundamento de validade da retroação penal da norma de maior teor benfazejo. É como dizer: se a benignidade está na regra penal, a retroação eficaz está na Constituição mesma. 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.²¹

Havendo norma penal posterior à sentença condenatória que beneficie o condenado, compete ao juiz das execuções aplicá-la ao caso (art. 66, I, da LEP).²² Nesse sentido, é o enunciado 611 da súmula do Supremo Tribunal Federal:

Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação da lei mais benigna.

Parece indubitável, portanto, que a Lei 12.433/2011, na parte em que regulamentou perda de dias remidos em razão da prática de falta grave, contém disposições mais favoráveis aos sentenciados e, por isso, deve retroagir para alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência, conforme previsão do art. 5º, XL, da Constituição da República e no art. 2º do Código Penal.

21 STF 2ª T. HC 110.566/SP. Rel.: Min. AYRES BRITTO. 28/2/2012, un. *DJe*, 8 jun. 2012.

22 “Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado; [...]”.

IV CONCLUSÃO

Ante o exposto, o recurso extraordinário não deve ser conhecido. Caso contrário, merece ser parcialmente provido, para possibilitar ao juízo da execução, mediante exame das circunstâncias do caso, avaliar o cabimento da perda de dias remidos, nos limites impostos pela nova redação conferida ao art. 127 da LEP pela Lei 12.433/2011.

Brasília (DF), 11 de maio de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WS/TVM-Par.PGR/WS/1.995/2015