



Terceira Seção

RECURSO ESPECIAL N. 1.953.607-SC (2021/0257918-4)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Recorrente: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Interes.: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

EMENTA

Execução penal. Recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos. Remição da pena. Art. 126, § 4º, da LEP. Trabalho e estudo. Suspensão durante a pandemia de Covid-19. Princípio da individualização da pena. Remição. Proibição da remição ficta. Situação excepcionalíssima. Derrotabilidade da norma jurídica. Art. 3º da LEP. Preservação dos direitos. Princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade. Diferenciação necessária. Precedente da 6ª Turma. Período de suspensão. Comparecimento em juízo. Recurso especial provido.

1. O princípio da individualização da pena, previsto no *artigo 5º, XLVI da Constituição da República*, diz-nos que a pena deve sempre ser individualizada para cada infrator. Doutrina e jurisprudência explicam que a individualização ocorre em três etapas: (a) *legislativa*; (b) *judicial*; e (c) *executória*.

2. Discorrendo sobre a terceira etapa da individualização da pena, Guilherme Nucci assevera que “a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 18).

3. A remição é o resgate (ou abatimento) de parte da pena pelo sentenciado por meio do trabalho ou do estudo na proporção estabelecida em lei (art. 126 da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal - LEP).

4. Conforme jurisprudência assente nesta Corte Superior, a ausência de previsão legal específica impossibilita a concessão de

remição da pena pelo simples fato de o Estado não propiciar meios necessários para o labor ou a educação de todos os custodiados. Entende-se, portanto, que *a omissão estatal não pode implicar remição ficta da pena, haja vista a ratio do referido benefício, que é encurtar o tempo de pena mediante a efetiva dedicação do preso a atividades lícitas e favoráveis à sua reinserção social e ao seu progresso educativo.*

5. Nada obstante tal entendimento, ele não se aplica à hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19 por várias razões (*distinguishing*). *A jurisprudência mencionada foi construída para um estado normal das coisas, não para uma pandemia com a dimensão que se está a observar com o vírus da covid-19.* Exemplifique-se a particularidade do caso com as seguintes medidas verificadas: (a) estado de emergência reconhecido por emenda constitucional (EC 123/22); (b) auxílios emergenciais concedidos à população necessitada; (c) trabalho remoto tanto no setor público quanto no setor privado à maioria dos trabalhadores por determinado período; e (d) recolhimento familiar compulsório decretado pelos governantes. Esse contexto geral demonstra que os instrumentos ordinariamente utilizados não se mostravam suficientes e adequados para a extraordinariedade dos acontecimentos.

6. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a “*Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto*” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 133). Nessa linha, negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a remitir sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, *caput*, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

7. Nessa senda, o art. 3º da Lei 7.210/84 estabelece que, “ao condenado e ao internado *serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*”. Em outros termos, ressalvadas as

restrições decorrentes da sentença penal e os efeitos da condenação, o condenado mantém todos os direitos que lhe assistiam antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

8. Com efeito, *o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os princípios da isonomia e da fraternidade (este último tão bem trabalhado pelo em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) não permitem negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de covid-19 o direito de reemitir parte da sua pena tão somente por estarem privados de liberdade. Não se observa nenhum *discrímen* legítimo que autorize negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de reemitir a pena durante as medidas sanitárias restritivas.*

9. Porém, deve-se realizar um exame, caso a caso, diferenciado-se duas situações: (a) de um lado, os presos trabalhadores e estudantes *que se viram impedidos de realizarem suas atividades tão somente pela superveniência do estado pandêmico* e, sendo o caso, reconhecer-lhes o direito à remição da pena; (b) de outro, aquelas pessoas custodiadas que não trabalhavam nem estudavam, às quais não se deve estender a benesse. Note-se, assim, *que não se está a conferir uma espécie de remição *facta* pura e simplesmente ante a impossibilidade material de trabalhar ou estudar. O benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da Covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades.*

10. Ainda que não sobre idêntica temática, mas também afeto ao campo da execução penal, a Sexta Turma em precedente recente reconheceu como cumprida a obrigação de *comparecimento em juízo* suspensa em virtude da pandemia, considerando “desproporcional o prolongamento da pena sem a participação do apenado em tal retardamento.”

11. Tese: *Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que*

já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.

12. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, fixando a seguinte tese: “Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de Covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico”, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2022 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 20.9.2022

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso especial interposto pela *Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina*, em face de acórdão do respectivo Tribunal de Justiça, que, em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n. 023868-78.2020.8.24.0000/SC, fixou a seguinte tese:

Não é possível, em nenhuma hipótese, a concessão de remição ficta, com extensão do alcance da norma prevista no art. 126, § 4º, da Lei de Execução Penal,

aos apenados impossibilitados de trabalhar ou estudar em razão da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus. (e-STJ, fl. 166).

Irresignada, a Defensoria Pública daquele Estado interpôs o presente recurso. Nele, alega negativa de vigência ao art. 126, § 4º, da Lei de Execuções Penais. Nesse sentido, sustenta que o termo “acidente”, presente na Lei 7.210/84, merece ser interpretado extensivamente, de modo a compreender um “acontecimento imprevisto” ou um “fato puramente casual”, como a situação pandêmica gerada pelo novo coronavírus.

Nesta Corte, a Comissão Gestora de Precedentes e de Ações Coletivas identificou, no feito, matérias com “potencial de repetitividade ou com relevante questão de direito, de grande repercussão social, aptas a serem submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos”, nos termos do art. 46-A, IV, do RISTJ. Por isso, selecionou este recurso como representativo da controvérsia.

O Ministério Público Federal manifestou-se favoravelmente à afetação.

A Defensoria Pública da União foi incluída como *amicus curiae* no presente processo.

Esta 3ª Seção, então, decidiu pela submissão do recurso especial (REsp 1.953.607/SC) à sistemática dos recursos repetitivos.

Quanto ao mérito, o *Parquet* Federal emitiu parecer pelo provimento parcial do recurso defensivo, a fim de que seja fixada tese no sentido da admissão da remição parcial da pena dos presos que, em razão da pandemia, ficaram impossibilitados de continuar o trabalho ou os estudos, em fração a ser definida por essa Corte Superior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator):

1. Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena, previsto no *artigo 5º, XLVI da Constituição da República*, diz-nos que a pena deve sempre ser individualizada para cada infrator.

Doutrina e jurisprudência explicam que a individualização ocorre em três etapas: (a) *legislativa*; (b) *judicial*; e (c) *executória*.

No momento da criação de um tipo penal inédito, o Poder Legislativo deve também cominar a respectiva pena, escolhendo a sua espécie, detenção ou reclusão, e o *quantum* mínimo e máximo da sanção. Leva-se em conta, nessa primeira etapa, o desvalor abstrato da conduta violadora do bem jurídico protegido pela norma penal (*individualização legislativa*).

Quando da sentença penal, o magistrado fixará a pena concreta, realizando uma valoração das circunstâncias do crime praticado e do histórico do autor do delito, optando, se for o caso, por algum benefício, como a substituição da pena privativa por restritivas de direitos ou a suspensão condicional da pena (*individualização judicial*).

Por fim, o Juiz da Vara de Execuções Penais, de acordo com a postura do condenado durante o cumprimento da pena, está legitimado a conceder-lhe benefícios ou aplicar-lhe sanções, ante o regime de submissão especial em que se encontra (*individualização executória*).

É na terceira etapa da individualização da pena que este voto se concentra. De maneira bastante ilustrativa, Guilherme Nucci assevera que “a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.” Assim, exemplifica:

um réu condenado ao cumprimento da pena de reclusão de doze anos, em regime inicial fechado, pode preencher exatamente os doze anos, no regime fechado (basta ter péssimo comportamento carcerário, recusar-se a trabalhar etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se de benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.) (NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Execução Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 18)

Do Supremo Tribunal Federal é possível extrair inspiradoras lições sobre o motivo de ser desse tratamento do preso por meio de regalias e elogios (art. 56 da Lei 7.210/84) ou por sanções (art. 53 da Lei 7.210/84), a depender do comportamento do sentenciado. No *habeas corpus* n. 82.959/SP, julgado em 23/2/2006, o STF, superando antiga jurisprudência da Corte, reconheceu a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado para os condenados por crimes hediondos ou equiparados. Confirma-se a ementa:

Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como

razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. *Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. Artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial.* Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

(HC 82.959, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006.)

No inteiro teor do acórdão, mais especificamente no voto do em. Min. Relator Marco Aurélio, é possível, em trecho que reproduz as razões lançadas em voto-vencido no *habeas corpus* n. 69.657/SP, lição bastante precisa sobre o tema em questão. Anota o referido Ministro que “*a principal razão de ser da progressividade no cumprimento da pena não é em si a minimização desta, ou o benefício indevido, porque contrário ao que inicialmente sentenciado, daquele que acabou perdendo o bem maior que é a liberdade. Está, isto sim, no interesse da preservação do ambiente social, da sociedade, que, dia-menos-dia receberá de volta aquele que inobservou a norma penal*” e, com isso, deu margem à movimentação do aparelho punitivo do Estado. *A ela não interessa o retorno de um cidadão, que enclausurou, embrutecido”* (grifou-se).

2. Remição da pena

A remição é o resgate (ou abatimento) de parte da pena pelo sentenciado por meio do trabalho ou do estudo na proporção estabelecida em lei. O art. 126 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) trata do tema:

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.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

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;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição.

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. (Grifou-se).

Nesse contexto, é possível observar que a remição da pena, ao lado de outros institutos abonatórios e sancionatórios, visa à readequação da pena concreta frente ao comportamento do custodiado durante o cumprimento da reprimenda, efetivando assim a individualização da sanção na fase executória.

3. Proibição da remição ficta

Conforme jurisprudência assente nesta Corte Superior, a ausência de previsão legal específica impossibilita a concessão de remição da pena pelo simples fato de o Estado não propiciar meios necessários para o labor ou a educação de todos os custodiados. Entende-se, portanto, que *a omissão estatal não pode implicar remição ficta da pena, haja vista a ratio do referido benefício, que é encurtar o tempo de pena mediante a efetiva dedicação do preso a atividades lícitas e favoráveis à sua reinserção social e ao seu progresso educativo.*

A propósito:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Execução penal. Remição ficta. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Exigência de efetiva dedicação a trabalho ou estudo. *Benefício que não pode ser concedido em razão das condições precárias do estabelecimento prisional*. Decisão mantida. Agravo regimental improvido.

1. O benefício da remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo, consoante se denota do art. 126 da LEP, pressupõe que os reeducandos demonstrem a efetiva dedicação a trabalho ou estudo, com finalidade, portanto, produtiva ou educativa, dada a sua finalidade ressocializadora.

2. A suposta omissão estatal em propiciar ao apenado padrões mínimos previstos no ordenamento jurídico não pode ser utilizada como causa a ensejar a

concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador. (...) A indenização de presos em situação degradante não deve ser feita por meio de um instituto criado para servir de contrapartida ao efetivo trabalho ou estudo do reeducando, em um contexto de ressocialização de disciplina e de merecimento.

(HC 415.068/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/11/2017, DJe 28/11/2017).

3. Decisão monocrática mantida.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 434.636/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/5/2018, DJe de 6/6/2018.)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. Remição ficta. Impossibilidade. Precedentes. Agravo desprovido.

1. “O benefício da remição da pena pelo trabalho ou pelo estudo, consoante se denota do art. 126 da LEP, pressupõe que os reeducandos demonstrem a efetiva dedicação a trabalho ou estudo, com finalidade, portanto, produtiva ou educativa, dada a sua finalidade ressocializadora” (AgRg no HC 434.636/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 6/6/2018).

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 548.931/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 28/2/2020.)

Execução penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Remição ficta. Impossibilidade.

1. A decisão agravada está alinhada ao entendimento de que “este Superior Tribunal considera que a Lei de Execução Penal exige, para fins de remição da pena pelo trabalho, a prova da atividade laboral e da carga horária efetivamente desenvolvidas pelo preso (AgRg no HC n. 351.918/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 22/8/2016)”. Portanto deve ser mantida hígida por seus próprios termos.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.345.135/RO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe de 17/6/2019.)

Embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Recebimento como agravo regimental. Ausência dos vícios do art. 619 do CPP. Execução penal. Remição da pena. Cálculo com base nos dias trabalhados. *Omissão do Estado*. Remição ficta. Não cabimento. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. Agravo regimental desprovido.

1. A remição da pena pelo trabalho se dá por dias trabalhados, não por horas, exigindo-se, em relação a cada dia, o mínimo de 6 e o máximo de 8 horas, nos termos dos arts. 33 e 126, § 1º, da Lei de Execução Penal.

2. Para a remição, deve-se considerar o trabalho efetivamente cumprido. Assim, a omissão do Estado em impossibilitar a realização de atividades laborais não autoriza a remição ficta ou automática.

3. Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do STJ se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida (Súmula n. 83 do STJ).

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.697.170/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021.)

O Supremo Tribunal Federa tem idêntico entendimento:

Agravo regimental em habeas corpus. Execução penal. Remição de pena ficta ou virtual. Impossibilidade. Art. 126 da Lei de Execuções Penais. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (HC 202.710 AgR, Relator(a): Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 30/08/2021, Processo Eletrônico DJe-187 divulg 17-09-2021 public 20-09-2021.)

Execução Penal. *Habeas Corpus* originário. Remição ficta ou virtual da pena. Impossibilidade. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. 1. A remição da pena pelo trabalho configura importante instrumento de ressocialização do sentenciado. 2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a remição da pena exige a efetiva realização de atividade laboral ou estudo por parte do reeducando. Precedentes. 3. Não caracteriza ilegalidade flagrante ou abuso de poder a decisão judicial que indefere a pretensão de se contar como remição por trabalho período em relação ao qual não houve trabalho. 4. *Habeas Corpus* denegado.

(HC 124.520, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/05/2018, Processo Eletrônico DJe-127 divulg 26-06-2018 public 27-06-2018.)

De todo modo, o contexto da pandemia da covid-19 nos convida a uma reflexão mais aprofundada sobre o tema.

4. *Pandemia de covid-19*

“Segundo a Organização, *pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença* e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de

pessoa para pessoa.” (Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia>. Acesso em: 15.7.2022). A última pandemia com proporções de alastramento e virulência assemelhadas à da covid-19 foi a da *gripe espanhola*, no início do Século passado (1918-1920), que, segundo o site da Fiocruz acima citado, infectou cerca de um quarto da população mundial da época.

Assim, é lícito afirmar que, no contexto da pandemia da covid-19, a sociedade mundial contemporânea vivenciou uma *experiência singular*. Após 100 anos da gripe espanhola, por imposição sanitária, atos normativos estatais decretaram o recolhimento residencial das famílias e a suspensão imediata de todas as atividades externas realizadas pelo indivíduo, fossem elas laborativas, educativas ou de lazer, tudo isso visando à contenção da propagação do novo Coronavírus. Dentro desse estado de coisas, *os presos também se viram impossibilitados de trabalhar e de estudar para remitir parte da pena*.

Algumas Defensorias Públicas Estaduais passaram então a solicitar uma *interpretação ampliativa* do artigo 126, § 4º, da Lei de Execução Penal, que prevê a continuidade da remição em caso de acidente de trabalho:

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.

§ 4º. O preso impossibilitado, *por acidente*, de prosseguir no trabalho ou nos estudos *continuará a beneficiar-se* com a remição.

Para o Órgão de Defesa, a norma deveria abarcar não só a hipótese legal de acidente, mas também a situação pandêmica que, como um acidente, impossibilitou o trabalho e o estudo do preso.

De toda forma, a reação desta Corte foi manter a interpretação restritiva do mencionado dispositivo, afirmando que, por não haver previsão legal, a impossibilidade de trabalho ou estudo decorrente da pandemia não autorizaria a remição ficta:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. Remição ficta. *Suspensão das atividades pela pandemia*. Impossibilidade. Ausência de previsão legal.

1. “Segundo a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a remição ficta somente é admitida nas hipóteses legalmente previstas no art. 126, *caput*, da LEP, que elenca para tal finalidade apenas o trabalho e estudo. Não pode a suposta omissão Estatal ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado

em seu progresso educativo e ressocializador” (AgRg no RHC 146.760/MA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 08/06/2021, DJe 14/06/2021).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.939.895/MA, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe de 4/11/2021; grifou-se.)

Agravo regimental no *habeas corpus*. Serviço comunitário. Suspensão. *Pandemia. Remição ficta da pena. Impossibilidade. Ausência de previsão legal.* Entendimento do STJ. Decisão mantida.

1. É inadmissível *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, também à revisão criminal, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo se verificada flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado apta a ensejar a concessão da ordem de ofício.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o tempo em que o apenado foi impossibilitado de exercer trabalho comunitário, em razão da pandemia, não deve ser computado como sendo de pena cumprida, por ausência de previsão legal

3. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 633.129/GO, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 26/11/2021; grifou-se.)

Agravo regimental no recurso em *habeas corpus*. Execução. Remição. *Período em que o apenado poderia estar trabalhando para remir a pena. Suspensão das atividades em razão da pandemia do Covid-19. Pedido defensivo de reconhecimento da remição ficta. Interpretação extensiva do art. 126, § 4º, da Lei de Execução Penal - LEP. Inexistência de recomendação ou de previsão legal nesse sentido.* Orientação jurisprudencial desta Corte. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

1. Verifica-se a inexistência de previsão legal para a remição ficta, em virtude da suspensão das atividades laborativas e educacionais decorrentes da emergência causada pela pandemia do novo Coronavírus, pois a remição não pode ser aplicada fora das hipóteses elencadas no art. 126 da Lei de Execução Penal. Precedentes.

2. Incabível o reconhecimento da remição ficta em situação de impedimento coletivo ao trabalho, haja vista que a benesse é aplicada em hipótese específica e individual, prevista em lei, ou seja, em caso de acidente que impossibilite o reeducando de exercer suas atividades laborativas e educacionais.

3. Esta Corte Superior somente admite a remição decorrente do labor ou atividade educacional efetivamente realizados, como é possível constatar de reiterados julgados nesse sentido. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC n. 146.758/MA, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 16/11/2021; grifou-se.)

Agravo regimental no recurso em *habeas corpus*. Execução penal. Remição ficta. Admissibilidade somente nas hipóteses previstas no art. 126 da LEP. Impossibilidade no caso concreto. Ausência de previsão legal. Precedentes desta Corte.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a remição ficta somente é admitida nas hipóteses legalmente previstas no art. 126, *caput*, da LEP, que elenca para tal finalidade apenas o trabalho e estudo. Não pode a suposta omissão Estatal ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador.

2. Com efeito, da mesma forma que os estudos, prioriza-se as horas efetivas de trabalho. Só assim é possível analisar o real comportamento do apenado e sua intenção de ressocialização.

3. A Defesa pretende, em síntese, que sejam cassadas as decisões das instâncias ordinárias, que indeferiram o pleito do paciente de homologação da remição ficta, pelo tempo em que teria ficado impedido de trabalhar em virtude da pandemia [...]. Não assiste razão à impetrante, uma vez que é firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, na ausência de expressa previsão legal - a exemplo da regra existente relativa aos reeducandos que venham a sofrer acidente laboral, do art. 126, § 4º, da LEP - não está autorizada a remição ficta da pena do preso que deixou de trabalhar, somente se podendo considerar, para fins de remição, o tempo de trabalho ou de estudo efetivamente cumprido pelo sentenciado (HC 651.897, Relator Ministro *Felix Fischer*, data da publicação: 4/5/2021).

4. Agravo regimental não, provido.

(AgRg no RHC n. 146.760/MA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/6/2021, DJe de 14/6/2021.)

No caso subjacente a esse repetitivo, é possível perceber uma situação bastante singular, que clama por um *distinguishing*. *A jurisprudência mencionada, consolidada para um estado normal das coisas, não se aplica à situação excepcionalíssima de uma pandemia com a dimensão que se está a observar com o vírus da covid-19*. Apesar de prescindível, ante a contemporaneidade dos

acontecimentos, exemplifique-se a particularidade do caso com as seguintes medidas verificadas: (a) estado de emergência reconhecido por emenda constitucional (EC 123/22); (b) auxílios emergenciais concedidos à população necessitada; (c) trabalho remoto tanto no setor público quanto no setor privado à maioria dos trabalhadores por determinado período; e (d) recolhimento familiar compulsório decretado pelos governantes. Esse contexto geral demonstra que os instrumentos ordinariamente utilizados não se mostravam suficientes e adequados para a extraordinariedade dos acontecimentos.

Por isso, neste voto, reitero a necessidade de uma reflexão mais aprofundada.

5. Teoria da derrotabilidade da norma

Primeiro, deve-se lembrar que o *texto normativo* não se confunde com a *norma jurídica*, resultado da atividade do intérprete ante a análise de um caso concreto. O Professor Inocêncio Mártires Coelho, citando o trabalho de Friedrich Müller, leciona que a norma “não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralinguísticos de tipo estatal-social; do funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento constitucional perante motivações empíricas em sua área de atuação; de fatores, enfim, que mesmo se o quiséssemos, não teríamos como fixar no texto da norma, no sentido da sua pertinência.” Nesse diapasão:

Formulado e desenvolvido em plena vigência das ideias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer – lembre-se que, para Gadamer, *interpretar sempre foi, também, aplicar* e que a tarefa da interpretação consiste em *concretizar* a lei em cada caso, ou seja, na sua aplicação –, o método normativo-estruturante parte da premissa de que existe uma implicação necessária entre o *programa normativo* e o *âmbito normativo*, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que a própria normatividade, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus propósitos normalizadores.

(COELHO, Inocêncio M. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 9788502134904. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134904/>. Acesso em: 04 ago. 2022, p. 49)

Nesse passo, é importante notar que a jurisprudência desta Corte não é de todo refratária à interpretação ampliativa das hipóteses de remição da pena, desde que a atividade tenha sido efetivamente desenvolvida (ex: leitura, estudo

por conta própria). Nas ementas abaixo, por exemplo, é possível constatar a admissão da analogia *in bonam partem*:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. Remição por leitura. Ausência de acompanhamento. Fiscalização prejudicada. Decisão mantida. Agravo regimental não provido.

1. Não olvido que “a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, *sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal* (REsp 744.032/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006)” (AgRg no HC n. 549.304/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 16/3/2020).

[...]

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 735.047/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022.)

Processo Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Execução penal. Remição por estudo. Limite. Atividade escolar. Tempo que excedeu a carga de 4 horas diárias que deve ser computado para remir a pena. Isonomia com a hipótese de remição por trabalho. Agravo regimental não provido.

[...]

2. O entendimento atual de ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção se orienta no sentido da flexibilização do art. 126 da LEP, para se reconhecer a remição pela leitura, pelo estudo por conta própria e realização de artesanato, não sendo, pois, razoável que também não se reconheça a remição da pena pelo labor interno, devidamente atestado pelo estabelecimento prisional, até mesmo “como forma de possibilitar aos apenados encarcerados em unidades sem outras atividades laborais receberem o benefício, desde que devidamente reconhecida pelo estabelecimento prisional” (AgRg no REsp 1.935.335/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 8/6/2021)

3. Não se mostra plausível admitir-se horas extras na remição pelo trabalho e, negá-las quando a remição é feita por meio do estudo.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 692.779/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 14/2/2022.)

De todo modo, o caso ora sob exame não é propriamente de uma simples interpretação ampliativa do art. 126, § 4º, da LEP. A propósito, mais uma vez, confira-se o teor do dispositivo em questão:

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.

§ 4º. O preso impossibilitado, *por acidente*, de prosseguir no trabalho ou nos estudos *continuará a beneficiar-se* com a remição.

Em verdade, defende-se que, de fato, por se tratar de uma exceção à regra geral, segundo a qual a remição da pena exige efetivo envolvimento do sentenciado, o § 4º ***deve receber interpretação restritiva***. Entretanto, é importante observar que, na hipótese, *a pandemia da covid-19 representou uma situação excepcionalíssima que, dado sua natureza, não se mostraria razoável exigir que o legislador elencasse, ao lado do acidente de trabalho, eventual pandemia como forma de continuação excepcional da remição*.

Trata-se de fenômeno denominado pela doutrina de derrotabilidade, ou superabilidade da norma nos casos extremos. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a “*Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto*” (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 133).

Como cedido, das preciosas lições de Robert Alexy extrai-se que as normas jurídicas se dividem em dois grupos: (a) *normas-regras*; e (b) *normas-princípios*. Enquanto os princípios carregam um mandamento de otimização (devem ser cumpridos mais maior medida possível jurídica e faticamente), as regras manifestam-se em mandamentos de definição: devem ser cumpridas na medida exata de suas prescrições. No entanto, valendo-se de ensinamentos de Hart, Thomas Bustamante alerta que “*a pretensão de definitividade das regras jurídicas (...) não é (...) uma garantia de definitividade*. Essa pretensão nem sempre vai ser resgatada com sucesso, e por isso se pode afirmar que as regras possuem a característica da superabilidade.” (*Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/202/182>. Acesso em: 3/8/2022).

O Professor Cristiano Chaves ensina que “a especificação e a determinabilidade da norma-regra podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isso porque trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras (válidas e compatíveis com o sistema jurídico) podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo.” Citando Bustamante, Chaves destaca que,

“por mais que as regras estejam caracterizadas pela presença de um componente descritivo que permite a dedução (após sua interpretação) de um comportamento devido, elas somente estão baseadas em um montante finito de informações e, *apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que informações adicionais tornem não dedutíveis conclusões que o seriam* na ausência dessas novas informações”. Saliencia, assim, que, nesta hipótese, estar-se-á diante dos denominados *extreme cases* (casos extremos). (CHAVES. Cristiano. *Derrotabilidade das normas-regras – legal defeseability – no direito das famílias: alvitando soluções para os extreme cases – casos extremos*. Revista do CNMP. n. 4, ano 2014, pp. 295-325).

Portanto, haja vista a impossibilidade de as regras preverem as mais diversas circunstâncias fáticas, ainda que elas preencham todos os requisitos de aplicação, implicitamente contém *uma cláusula de exceção* (ex: aplica-se, a menos que ou *salvo se*), viabilizando, no caso concreto, a sua derrota ou superação.

Em outros termos e contextualizando para a temática dos autos, *a lei (art. 126, § 4º, da LEP) é válida, constitucional e deve ser interpretada restritivamente. Todavia, na hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19, ela não se revela a solução mais justa para os presos que já trabalhavam ou estudavam*. Por isso, verifica-se uma hipótese em que o aplicador da norma, no caso concreto, deve reconhecer a sua *derrota* ou *superação*.

Nessa linha argumentativa, é interessante ainda mencionar que o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça em uma situação de normalidade não é o mesmo que se observará em eventuais situações de anormalidade. Cuidando-se para não se dar margem a subjetivismos desmesurados (solipsismos) é salutar que se atente à “Fórmula de Radbruch”. Segundo ela, apesar de o Direito Positivo ter precedência, mesmo quando injusto e desfavorável às pessoas, quando ele se revelar portador de injustiça insuportável, ele não deverá prevalecer:

o conflito entre a justiça e a segurança (rectius, certeza) jurídica pode ser adequadamente resolvido pelos seguintes critérios: 1) o Direito Positivo, baseado na legislação e no poder estatal, tem aplicação preferencial, mesmo quando seu conteúdo for injusto e não for benéfico às pessoas; 2) a justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar insuportavelmente (rectius, extremamente) injusta, a tal ponto que se mostre uma norma injusta, continente de um direito injusto. (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo#:~:text=A%20f%C3%B3rmula%20consiste%20no%20seguinte,injusto%20e%20n%C3%A3o%20for%20ben%C3%A9fico>. Acesso em: 3.8.22)

Assim, entendo que negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a remitir sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceu, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, *caput*, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

6. Princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade

Ainda que se trate da violação mais grave ao ordenamento jurídico, o contraventor da norma penal não perde, mesmo após a sentença condenatória transitar em julgado, a sua humanidade; *preserva-se a sua dignidade humana*. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos é expresso em assinalar isso. Confira-se:

PIDCP

Artigo 10 - 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

Das *Regras de Mandela* é possível extrair que “todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano.” Além disso, de modo a ratificar a finalidade da sanção penal, a norma internacional assevera que “os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis”. (Regras de aplicação geral, Regras 1 e 8, item 1).

Apesar de ter natureza de *soft law*, as Regras de Mandela já serviram de diretriz interpretativa em precedentes desta Corte:

Habeas corpus. Execução penal. Saídas temporárias. Estudo. Aprovação em vestibular. Pedido de saída para frequentar aulas de curso de ensino superior. Possibilidade. Educação. Ressocialização do preso. Reinserção social. Direito previsto no texto constitucional e na Lei de Execução Penal. Garantia protegida

também pelo ordenamento jurídico internacional. Regras de Mandela. *Habeas corpus* concedido.

[...]

2. [...] Na mesma toada, as Regras de Mandela estabelecem que “[o]s objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis”.

3. No caso, a despeito da autorização para prestar vestibular, o Juízo singular indeferiu, após a aprovação e matrícula do sentenciado em curso de ensino superior, o pedido de frequência às aulas, visto que “o apenado já possui formação superior, nada justificando seu interesse por retomar os estudos, notadamente durante o período de encarceramento” (fl. 52).

4. A decisão impugnada vai de encontro às normas relativas ao direito ao estudo, concebido como válvula impulsionadora do processo de reinserção do apenado, de modo a permitir uma reintegração mais efetiva após o resgate das reprimendas a ele impostas, ou seja, em outros termos, um mecanismo de auxílio ao alcance de uma vida autossuficiente, como enfatizam as Regras de Mandela. A justificativa para o indeferimento do pleito defensivo não encontra amparo legal e o fato de o apenado já possuir diploma de curso de ensino superior não elide a importância dos estudos para o adequado cumprimento das penas. Tampouco a recente inclusão no regime semiaberto pode ser utilizada como óbice à concessão do benefício, visto que tal conjuntura apenas demonstra a avaliação favorável do comportamento do sentenciado, sendo incongruente que seja interpretada em seu desfavor.

5. *Habeas corpus* concedido para assegurar ao paciente o direito às saídas temporárias, mediante monitoramento eletrônico, caso disponível na comarca, para frequentar as aulas do curso de Recursos Humanos na Faculdade Anhanguera de Taubaté, para o qual obteve aprovação e está matriculado.

(HC n. 535.383/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 21/9/2020.)

Nessa senda, o art. 3º da Lei 7.210/84 estabelece que, “ao condenado e ao internado *serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*”. Em outros termos, ressalvadas as restrições decorrentes da sentença penal e os efeitos da condenação, o condenado mantém todos os direitos que lhe assistiam antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Dentre os direitos constitucionalmente preservados pode-se citar os direitos à vida, à *igualdade* e à integridade física e moral (art. 5º, *caput* e inciso XLIX, da

CRFB). Há também direitos preservados pela legislação infraconstitucional, como à alimentação, vestuário e instalações higiênicas, bem como ao trabalho remunerado, dentre outros (Avena. Noberto. Execução Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2019, p. 13)

De outro lado, Noberto Avena exemplifica alguns direitos que podem ser atingidos pela condenação criminal:

são exemplos de direitos que podem ser atingidos ou ficar restritos como decorrência da condenação: à liberdade de ir, vir e ficar, principalmente no caso de condenação à pena de prisão; à naturalização (art. 12, II, b, da CF); políticos (art. 15, III, da CF); à propriedade dos bens adquiridos com o proveito do crime (art. 91, II, b, do Código Penal); ao exercício de cargo, função ou empregos públicos (art. 92, I, do Código Penal; art. 83 da L. 8.666/1993; art. 16 da L. 7.716/1989; art. 1º, § 5º, da L. 9.455/1997 e art. 7º, II, da L. 9.613/1998); ao exercício do mandato eletivo (art. 92, I, do Código Penal); ao exercício do poder familiar, tutela ou curatela (art. 92, II, do Código Penal) e à direção de veículo automotor (art. 92, III, do Código Penal). (*Ibidem*)

No corpo social em geral, foi possível observar a *restrição* ampla a direitos, notadamente quanto ao direito de ir e vir, lazer, alimentação. *Em contrapartida*, uma série de medidas compensatórias foram adotadas: (a) auxílios emergenciais foram concedidos; (b) estados de emergência foram reconhecidos por unidades federativas, de modo a possibilitar o aporte de mais recursos no âmbito da saúde e da assistência social; (c) ordens de despejo, relacionadas a contratos de locação, foram suspensas; (d) empresas puderam reduzir salários ou suspender contratos de trabalho.

Com efeito, entendo que *o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os princípios da isonomia e da fraternidade (este último tão bem trabalhado pelo em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) não permitem negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de covid-19 o direito de reter parte da sua pena tão somente por estarem privados de liberdade*. Não se observa nenhum *discrímen* legítimo que autorize negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de reter a pena durante as medidas sanitárias restritivas.

Sobre o princípio da fraternidade:

No mesmo diapasão, as autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o

cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a *interpretação mais favorável ao Ser Humano*.

Logo, os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se dessume que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de *sociedade* que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “*fraterna*” (HC n. 94.163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement vol-02379-04 pp-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça (FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019).

Sobre o tema, recorro a expressiva doutrina brasileira: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

(Voto do Min. Reynaldo Soares, no AgRg no RHC n. 136.961/RJ; grifou-se.)

Note-se que o princípio da fraternidade vem sendo aplicado com certa frequência por esta Corte Superior em matéria de execução penal:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Legitimidade. Prisão domiciliar. Mãe de filho menor de doze anos de idade. Presença dos requisitos legais. Princípios da fraternidade (Constituição Federal, preâmbulo e art. 3º) e da proteção integral à

criança. HC coletivo n. 143.641/SP (STF). Flagrante ilegalidade. Ordem concedida de ofício. Agravado regimental não provido.

[...]

8. Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade; b) *o princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na Constituição Federal, em especial no seu art. 3º, bem como no seu preâmbulo*; c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos Direitos Humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; VERONESE, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 679.489/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 4/10/2021.)

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. 1. *Mandamus* substitutivo do recurso próprio. Desvirtuamento de garantia constitucional. 2. Execução penal. *Remição da pena pelo estudo*. *Aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competência de Jovens e Adultos - ENCCEJA*. Recomendação 44/2013 do CNJ. Cálculo da carga horária. 3. Arts. 24, I, e 32 da Lei 9.394/1996. Art. 4º, II, da Res. 03/2010 do CNE. *Indicação de cargas mínimas*. 4. *Interpretação mais benéfica*. *Fundamentos da Constituição Federal*. *Cidadania e dignidade*. *Ressocialização*. *Resgate do princípio constitucional da fraternidade*. *Sistema penitenciário brasileiro*. *Estado de coisas inconstitucional*: ADPF 347 MC/DF - Distrito Federal, Relator Ministro Marco Aurélio, DJe-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016. Precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção. Alteração de entendimento de um órgão fracionário por decisão majoritária. Afetação do tema para deliberação das Turmas reunidas. Reafirmação da jurisprudência consolidada da Terceira Seção sobre o assunto. 5. 50% da carga horária. Patamar equivalente a 1.600 horas. Remição de 133 dias. 26 dias para cada área do conhecimento. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de ser inadmissível o emprego do *writ* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A controvérsia diz respeito à remição da pena no patamar de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental, em virtude da aprovação no ENCCEJA. Questiona-se se as 1.200/1.600h dispostas na Recomendação n. 44/2013 do CNJ já equivalem aos 50% da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino ou se os 50% incidirão sobre essas 1.200/1.600h.

3. Com o intuito de “fechar esse espaço deixado pelo CNJ” fez-se uso da LDB, na qual consta que a carga anual mínima para o ensino fundamental é de 800 horas, sendo natural que ela seja menor no início e maior no final. Relevante consignar, ademais, que o art. 4º, II, da Res. 03/2010 do CNE, não impede esta interpretação. Pelo contrário, a referida norma menciona que 1.600 horas equivalem apenas à duração mínima para os anos finais do Ensino Fundamental.

4. Nessa linha de inteligência, interpretar que as 1.600 horas mencionadas na Recomendação 44/2013 do CNJ correspondem a 50% da carga horária definida é justamente cumprir o dispositivo, porquanto o CNE não estabeleceu 1600 horas anuais como o máximo possível.

Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei “é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna”. (HC 94.163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009 P. 23/10/2009). Sistema penitenciário Brasileiro. Estado de Coisas inconstitucional. ADPF 347 MC/DF - Distrito Federal, Relator(a): Min. Marco Aurélio, DJe-031 divulg 18-02-2016 public 19-02-2016.

- A propósito, recorde-se: a norma do art. 126 da LEP, *ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem*, que admita o benefício em comento (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006).

- *Precedentes do STJ*: AgRg no HC 643.709/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021; AgRg no HC 631.550/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 09/02/2021, DJe 11/02/2021; AgRg no HC 533.513/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020; HC 541.321/SC, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma,

julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019; AgRg no HC 522.090/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019, entre outros.

- Decisões do STF que recomendam a manutenção da diretriz do STJ pelo menos até decisão plenária do STF sobre o tema: RHC 190.155/SC - Santa Catarina, Relator(a): Min. *Gilmar Mendes*, DJe-241 divulg 01/10/2020 public 02/10/2020 e RHC 165.084/SC - Santa Catarina, Relator(a): Min. *Gilmar Mendes*, DJe-105 divulg 20/05/2019 public 21/05/2019.

5. Assim, a base de cálculo de 50% da carga horária definida legalmente para o ensino fundamental deve ser considerada 1.600 horas, a qual, dividida por doze, resulta em 133 dias de remição em caso de aprovação em todos os campos de conhecimento do ENCCEJA.

Serão devidos, portanto, 26 dias de remição para cada uma das cinco áreas de conhecimento. Logo, como o paciente obteve aprovação integral, ou seja, nas cinco áreas de conhecimento, a remição deve corresponder a 133 dias, acrescido de 1/3, que totaliza 177 dias remidos.

6. Não conhecimento do *mandamus*. Porém, concedida a ordem de ofício para reconhecer o direito do paciente à remição de 133 dias de pena, com o acréscimo de 1/3, totalizando 177 dias, considerando sua aprovação em todas as áreas de conhecimento do ENCCEJA.

(HC n. 602.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 10/3/2021, DJe de 6/4/2021; grifou-se.)

7. Diferenciação necessária: preso que já trabalhava ou estudava vs. preso que não trabalhava ou estudava

Conforme já referido, todo o contexto social viu-se afetado pelas medidas de enfrentamento ao novo Coronavírus. Assim, a população carcerária, de modo indiscriminado, não pode ser ignorada simplesmente.

Deve-se realizar um exame, caso a caso, dos presos trabalhadores e estudantes *que se viram impedidos de realizarem suas atividades tão somente pela superveniência do estado pandêmico* e, sendo o caso, reconhecer-lhes o direito à remição da pena. Pessoas custodiadas que não trabalhavam nem estudavam não devem ser beneficiadas.

Ressalte-se que essa distinção é relevante, pois demonstra que *não se está a conferir uma espécie de remição ficta* pura e simplesmente. Não. O benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas *tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades.*

8. *Precedente da 6ª Turma reconhecendo o período de suspensão do dever de apresentação em Juízo, em razão da pandemia, como pena efetivamente cumprida*

Ainda que não sobre idêntica temática, mas também afeto ao campo da execução penal, a Sexta Turma em precedente recente reconheceu como cumprida a obrigação de *comparecimento em juízo* suspensa em virtude da pandemia, considerando “desproporcional o prolongamento da pena sem a participação do apenado em tal retardamento.”. Verifique-se:

Habeas corpus. Execução penal. Condições do regime aberto. Suspensão do dever de apresentação mensal em juízo. Situação de pandemia. Circunstância alheia à vontade do apenado. Cumprimento das outras condições, que não foram suspensas. Prolongamento da pena. Constrangimento ilegal evidenciado. *Reconhecimento do período de suspensão do dever de apresentação regular em juízo como pena efetivamente cumprida*. Cabimento. Ordem concedida.

1. Vê-se que a suspensão do dever de apresentação mensal em Juízo foi determinada pelo Magistrado em cumprimento à recomendação do Conselho Nacional de Justiça e à determinação do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, decorrentes da situação de pandemia, circunstância alheia à vontade do ora Paciente, de modo que não se mostra razoável o prolongamento da pena sem que tenha sido evidenciada a participação do apenado em tal retardamento.

2. O Paciente cumpriu todas as demais condições do regime aberto, que não foram suspensas, inclusive, permaneceu sujeito às sanções relativas a eventual descumprimento, o que reforça a necessidade de se reconhecer o tempo de suspensão do dever de apresentação mensal em juízo como pena efetivamente cumprida, sob pena de alargar o período em que o apenado está sujeito à disciplina do regime aberto.

3. Ordem concedida para reconhecer o lapso temporal em que foi suspensa a apresentação mensal em juízo como pena efetivamente cumprida pelo Paciente, sobretudo porque cumpridas as demais condições impostas ao regime aberto.

(HC n. 657.382/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 5/5/2021, grifou-se.)

9. *Proposta de tese*

Com efeito, em vista de tudo até aqui exposto, propõe-se a seguinte tese: *Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período*

de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.

10. Caso concreto

A propósito, colacione-se o voto-vencido da Relatora, Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho, no julgamento do repetitivo perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cuja solução jurídica se assemelha à ora proposta:

No caso em testilha, embora não exista previsão legal específica, é preciso olhar com atenção e entender que a situação apresentada demonstra a necessidade de interpretação extensiva para a aplicação do referido dispositivo, porquanto não se trata de condição pessoal dos custodiados, mas sim de circunstância que foge à normalidade, podendo ser perfeitamente equiparada a um acidente - diga-se de passagem - em escala global. Portanto, nesse caso, a extensão dos efeitos da norma em comento, excepcionalmente, é providencial para minimizar os prejuízos aos apenados, bem como manter a estabilidade de todo o sistema penitenciário. Dessa forma, em que pese plenamente justificável o ato estatal de suspender as atividades laborais e educacionais dos apenados (diante das peculiaridades apresentadas pela pandemia), não se pode desconsiderar a recusa em conceder o direito de remição almejado por aqueles que já haviam iniciado - por vontade própria - o processo de ressocialização, afeta sobremaneira a própria finalidade do instituto (remição), uma vez que, por força alheia às vontades dos apenados, interrompeu-se uma legítima expectativa de direito daqueles que optaram pelo caminho da legalidade em detrimento das ações criminosas que os colocaram no sistema prisional. Denota-se, portanto, que o Estado, por um ato comissivo, está impedindo o processo de ressocialização de presos e, em consequência, limitando o direito à remição da pena decorrente da boa postura adotada pelo apenado, equiparando o tratamento dado a quem optou e iniciou uma atividade laboral e educacional com àquele destinado aos apenados que não se interessaram em aproveitar instrumentos de ressocialização ofertados pelo poder público. Nesse viés, considerando que a remição acarreta importantes reflexos na execução da pena, há de ser interpretada com maior amplitude, até porque o contrário infringiria a própria lógica do sistema que propõe a ressocialização e incentiva iniciativas voltadas à redução da reiteração criminal. É claro que a extensão do efeitos da aplicação da remição ficta é cabível àqueles apenados que, efetivamente, estavam no gozo de tais benefícios e ficaram impedidos de trabalhar e/ou estudar externa ou internamente em decorrência das restrições impostas em razão da pandemia, e não de forma generalizada. Outro aspecto a salientar é que essas pessoas já estavam integradas na sociedade, com o emprego lícito e em contato com os familiares, ou seja, saíam

e voltavam (mediante condições estabelecidas pelo Juízo da Execução) para a unidade prisional e agora estão aprisionados em celas como se fossem do regime fechado. (e-STJ, fls. 129-130, grifou-se)

Na mesma linha, concluiu o Ministério Público Federal nesta instância: “Por isso que, no caso em tela, a remição ficta poderá alcançar os indivíduos que estão submetidos à prisão cautelar ou definitiva no sistema penitenciário do Estado de Santa Catarina e tiveram as atividades de estudo, trabalho e/ou leitura suspensas em razão das medidas adotadas para conter a disseminação do coronavírus. Em outras palavras, são presos que já estavam em processo de ressocialização, mas que tiveram um benefício suspenso, por circunstâncias alheias a sua vontade.” (e-STJ, fl. 413).

O *Parquet* federal sugere a adoção de proporção diversa:

Assim sendo, pelos fundamentos acima expostos, ora reiterados e renovados, e à luz dos princípios constitucionais invocados, é imperativa a reforma do acórdão recorrido, para que seja permitida a remição ficta aos apenados que foram impossibilitados de continuar trabalhando ou estudando em razão da pandemia, no entanto, com temperamentos, pois, como ressaltado, não parece razoável, à luz dos princípios da proporcionalidade, isonomia e individualização da pena, que estes apenados sejam beneficiados pela totalidade (100%) do período que não puderam trabalhar ou estudar, devendo ser adotada fração menor, a ser estabelecida, de ofício, por essa Corte Superior.

Porém, entendo que a proporção a ser observada na remição deverá ser a mesma daquela já estipulada na LEP.

11. Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial, para reconhecer que, *nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.*

É o voto.