

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

THIAGO ZEFERINO LUZ

**PRINCÍPIOS E EXECUÇÃO PENAL: A OBRIGATORIEDADE DO
CONTRADITÓRIO PARA A REGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE.**

FLORIANÓPOLIS

2013

THIAGO ZEFERINO LUZ

**PRINCÍPIOS E EXECUÇÃO PENAL: A OBRIGATORIEDADE DO
CONTRADITÓRIO PARA A REGRESSÃO DE REGIME NA EXECUÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE**

Monografia submetida ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina para obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Alexandre Morais da Rosa,
Ph. D.

FLORIANÓPOLIS

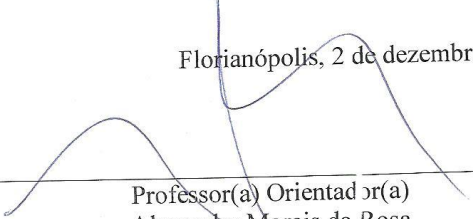
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

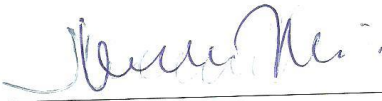
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Princípios e execução penal: o papel do contraditório para a regressão de regime na execução da pena privativa de liberdade**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Thiago Zeferino Luz**, defendida em **02/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (10), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.


Florianópolis, 2 de dezembro de 2013.



Professor(a) Orientador(a)
Alexandre Moraes da Rosa



Membro de Banca
Juliano Keller do Valle



Membro de Banca
Leilane Serratine Grubba

AGRADECIMENTOS

A todos os que tornaram possível a conclusão de mais esta etapa.

“Falharemos 100% das vezes que não tentarmos”. (Augusto Cury)

RESUMO

A legalização da pena privativa de liberdade e sua conseqüente consonância com a Constituição constituiu um avanço histórico. Desde a Antiguidade até o Século XVIII, as penas eram caracterizadas pela aflição extrema. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veda expressamente penas de morte (com ressalva), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis. As penas privativas de liberdade podem ser de reclusão, de detenção e prisão simples. Com o advento da Lei n. 12.403/2011, desapareceram algumas diferenças entre reclusão e detenção. Mesmo sendo visto como um progresso, o “novo” sistema criminal não atende o que legitimamente se espera da punição estatal. É caracterizado como sistema em crise. A pena privativa de liberdade compreende o cumprimento em três diferentes regimes: fechado, semiaberto e aberto. A individualização da execução da pena decorre da adoção do princípio constitucional da individualização da pena. Após a fixação do regime e o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, cabe ao juízo da execução acompanhá-la e promover a progressão de regime. O regime fechado destina-se ao cumprimento da pena de reclusão. É o regime mais rigoroso aplicado. O regime semiaberto pressupõe maior integração do apenado com o mundo externo e com os outros reclusos. Nesse, há menos limitações que no regime fechado. O regime menos severo para cumprimento da pena privativa de liberdade é o aberto. Baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado. Nele, o condenado deve trabalhar ou estudar fora do estabelecimento e sem vigilância, permanecendo recolhido apenas durante o período noturno e nos dias de folga. A execução da pena privativa de liberdade no Brasil ocorre progressivamente, ou seja, do regime mais gravoso se vai até o regime menos gravoso. Para que o reeducando faça jus à progressão de regime, faz-se necessário que cumpra requisitos de ordem subjetiva e objetiva. O critério subjetivo baseia-se na conduta do reeducando, levando-se em consideração aspectos da personalidade e comportamento do apenado para a verificação do cabimento ou não da progressão de regime naquele momento. Os critérios objetivos se relacionam com a exigência de determinada quantidade de pena a ser cumprida. Grande parte da doutrina e da jurisprudência entendem ser possível a regressão cautelar do regime de pena privativa de liberdade. Não há como se entender o devido processo legal, em estado democrático de direito, como se tratando apenas de formalidades procedimentais. Com o objetivo de operacionalizar o devido processo legal substancial, deve-se recorrer ao princípio da proporcionalidade. Em decorrência do princípio da legalidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser sempre favorável ao acusado. Referido princípio não

pode ser usado em nome do bem comum ou da coletividade. O contraditório, cuja presença na execução penal a caracteriza como processo, constitui elemento indispensável a toda manifestação judicial que se relacione com os direitos e deveres do apenado, não consistindo em exceção a definição do regime de cumprimento da pena.

Palavras-chave: Pena privativa de liberdade, regressão cautelar de regime, violação ao contraditório.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CP – Código Penal (Decreto-lei nº2.848/1940)

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

LEP – Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984)

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 EXECUÇÃO PENAL: ENTRE PROGRESSÕES E REGRESSÕES.....	11
2.1 A PENA PRIVATIVA	11
2.1.1 RELATIVA EVOLUÇÃO	11
2.1.2 NÚMEROS.....	13
2.2 O MODELO PROGRESSIVO.....	16
2.2.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL: FIXAÇÃO DO REGIME.....	17
2.2.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO EXECUTÓRIA: OS REGIMES	20
2.2.2.1 REGIME FECHADO	20
2.2.2.2 REGIME SEMIABERTO.....	22
2.2.2.3 REGIME ABERTO	25
2.2.3 A PROGRESSÃO	26
2.2.3.1 REQUISITO SUBJETIVO	27
2.2.3.2 REQUISITO OBJETIVO	28
2.2.3.3 PARTICULARIDADES.....	30
2.2.3.3.1 <i>Data-base</i>	30
2.2.3.3.2 <i>Remição</i>	31
2.2.3.3.3 <i>Soma de penas</i>	32
2.2.3.3.4 <i>Concurso Material</i>	33
2.3 A REGRESSÃO DE REGIME	34
2.3.1 REGRESSÃO “POR SALTO”	35
2.3.2 REGRESSÃO POR FALTA GRAVE: EFEITOS.....	37
2.3.3 REGRESSÃO CAUTELAR	39
3 O CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL	43
3.1 A MUDANÇA DE PARADIGMA COM A INSERÇÃO DE GARANTIAS	46
3.2 A REGRESSÃO CAUTELAR COMO VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO.....	50
3.2.1 O CONTRADITÓRIO	50
3.3 A COMPREENSÃO ADEQUADA DO PROCEDIMENTO DA REGRESSÃO.....	54
4 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

A execução da pena demanda grandes debates, e a sua história demonstra que se pode dizer que houve certo aperfeiçoamento na sua aplicação, independentemente se no intuito de garantir melhor resultado na proteção à sociedade ou à recuperação do preso.

Tendo em vista que a repercussão da punição àquele que transgredir as regras estabelecidas são sentidas em todas as sociedades, todas as questões relacionadas à privação da liberdade do homem sempre tiveram significativa importância para a humanidade.

Primeiramente, cabe tratar das funcionalidades da Execução Penal, especificamente no que tange ao cumprimento da pena, progressão e regressão de regime, analisando suas características e como se dá sua aplicação no Brasil.

Portanto, nessa primeira parte extrai-se tão somente uma exposição técnica, basicamente legal, de como funciona o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil, inclusive com dados em relação aos números relacionados aos presos, destacando-se as desproporcionalidades numéricas do sistema prisional, estatísticas já há muito denunciadas por aqueles que vivem mais próximos a essa realidade.

Dessa forma, o que se constata no primeiro capítulo é meramente a descrição técnica e necessária para o deslinde do presente trabalho, a crítica à regressão cautelar sem a oitiva prévia do acusado.

Por sua vez, a segunda parte do trabalho esboça acerca do que se entende por devido processo legal substancial e por contraditório, de modo a justificar os motivos pelos quais há flagrante ilegalidade e afronta a princípios constitucionais quando da regressão cautelar de regime. Nesse tipo de regressão, sem qualquer previsão legal, o condenado acusado do cometimento em tese de falta grave, sem ser ouvido previamente, passa a cumprir sua pena em regime mais penoso, o que evidentemente fere as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal.

Diante disso, faz-se necessário contribuir ao debate a fim de não tornar o Estado de Democrático de Direito apenas letras no papel, principalmente quando se relacionar com tão sensível assunto, haja vista a relevância da execução da pena privativa de liberdade.

Passada breve análise da temática a ser trabalhada, importante destacar que presente estudo irá decorrer de forma lógica e linear, alinhando os principais procedimentos

metodológicos que serão utilizados no desenvolvimento, seguindo alguns passos a serem observados, como o método dedutivo de abordagem. Dessa forma, será construído um referencial teórico a partir, basicamente, do estudo da CRFB e da Lei 7.210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

2 EXECUÇÃO PENAL: ENTRE PROGRESSÕES E REGRESSÕES

2.1 A PENA PRIVATIVA

2.1.1 RELATIVA EVOLUÇÃO

Como parte de uma relativa conquista histórica, a legalização da pena privativa de liberdade e sua conseqüente (e teórica) consonância com a Constituição constituiu um avanço, embora não se possa falar em linearidade, em relação aos modelos punitivos anteriores.

Como bem pontua Cezar Roberto Bitencourt, em seu Tratado de Direito Penal,

As diversas fases da evolução da vingança penal deixam claro que não se trata de uma progressão sistemática, com princípios, períodos e épocas caracterizadores de cada um de seus estágios. A doutrina mais aceita tem adotado uma tríplice divisão, que é representada pela vingança privada, vingança divina e vingança pública, todas elas sempre profundamente marcadas por forte sentimento religioso/espiritual.¹

Verifica-se, conforme Rogério Greco, que, desde a Antiguidade até o Século XVIII, as penas eram caracterizadas pela aflição extrema, haja vista que o corpo das pessoas é que respondia por eventual mal praticado. O período do Iluminismo foi um marco para uma mudança de paradigmas no que se refere à pena; estreitamente ligada às ideias de Beccaria em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, quando começou a florescer certa indignação social quanto ao modo como estavam sendo tratadas as pessoas pelos seus próprios semelhantes.²

Pode-se citar, ainda, com foco muito semelhante, Michel Foucault, que descreve, logo no início de sua obra *Vigiar e Punir*, as minúcias da execução pública de um condenado em 1757, na cidade de Paris. Em seguida, o autor apresenta o regulamento para a “Casa dos jovens detentos em Paris” (redigido três décadas depois da execução pública anteriormente descrita), que se baseia em rigorosa disciplina e isolamento, porém sem castigos corpóreos ou pena de morte.³

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Volume 1*. 2012. Editora Saraiva. P. 76.

² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Volume 1*. 2011. Editora Impetus. P. 471

³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Editora Vozes 29ª Edição. 2004. P. 6/10

Ressalta-se que, como o próprio autor diz⁴, (as punições descritas) “não sancionam os mesmos crimes, não possuem o mesmo gênero de delinquentes. Mas definem bem, cada um deles, um certo estilo penal. Menos de um século medeia entre ambos.”. Salientando, ainda na mesma passagem, a erradicação dos castigos físicos da seguinte forma:

Dentre tantas modificações, atenho-me a uma: o desaparecimento dos suplícios (...) um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

No âmbito dessa realidade pouco menos medieval, a Constituição da República veda expressamente, conforme inciso XLVII do art. 5º, penas de morte (exceto em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, banimento ou cruéis.⁵

Nesse mesmo sentido, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 32, dispõe que as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito ou multa.⁶

Dentre as penas privativas de liberdade, objeto deste trabalho, há três espécies previstas no nosso ordenamento jurídico: a pena de reclusão, de detenção e de prisão simples.

Importante destacar que uma das diferenças entre as penas privativas de liberdade consiste no fato de que as penas de reclusão e detenção são cominadas aos crimes (ou, sinonimamente chamados, delitos), enquanto que as prisões simples aplicam-se às contravenções penais, por definição das referidas infrações penais, nos termos do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.⁷

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Especificamente no que toca às sanções cominadas aos delitos, as principais diferenças são que os crimes entendidos como mais graves são puníveis com reclusão, enquanto que a detenção destina-se aos crimes menos graves.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Editora Vozes. 29ª Edição. 2004.

⁵ CRFB. Extraído em 29/10/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁶ CP. Extraído em 29/10/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Volume 1*. Editora Impetus, 2011.

Portanto, em decorrência lógica dessa premissa, a pena de reclusão pode ser iniciada em regime fechado, ao passo que a detenção poderá, no máximo, começar em regime semiaberto. Além disso, ocorre prioridade na ordem de execução, já que se executa primeiro a pena privativa de reclusão, depois, a de detenção.⁸

Também há implicações no que tange às medidas de segurança: nas infrações punidas com reclusão, a medida de segurança será de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (ou outro estabelecimento adequado), enquanto que naquelas punidas com detenção, a medida de segurança aplicada poderá ser de tratamento ambulatorial.⁹

Importante salientar que com relação à incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, registra-se que apenas crimes puníveis com reclusão podem gerá-la.¹⁰

Por fim, salienta-se que, com o advento da Lei nº 12.403/2011 (a qual trouxe mudanças no Código de Processo Penal, principalmente, com relação às medidas cautelares), outras diferenças entre reclusão e detenção desapareceram, tal qual no arbitramento de fiança pela autoridade policial (que passou a ser permitido ainda que relativo a infração cuja pena cominada seja de reclusão) e nos pressupostos para a decretação da prisão preventiva (que passou a não mais fazer referência ao tipo de pena privativa exigida). Pode-se entender, portanto, que referida indiferença contribui para uma ideia de unificação das sanções, o que alguns autores defendem, mas que, atualmente, ainda não se confirma.¹¹

2.1.2 NÚMEROS

Ocorre que, mesmo sendo visto como um progresso, esse “novo” sistema não atende o que legitimamente se espera da punição estatal, chegando a ser caracterizado como um sistema em crise, como coloca Cezar Roberto Bitencourt,

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 684.

⁹ CP Art. 97 Extraído em 29/10/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

¹⁰ CP Art. 92, II. Extraído em 29/10/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 682.

Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser um instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu, e atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. (grifo nosso)¹²

Segundo relatórios do InfoPen – Estatística¹³ (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – Módulo: Estatística), atualizado em dezembro de 2012, a população carcerária no Brasil é de 548.003 presos e, em Santa Catarina, 16.623; enquanto que a capacidade em número de vagas é de 310.687 e 9.806, respectivamente.

Com base nos mesmos relatórios, tanto os referentes à análise do sistema carcerário nacional, quanto do sistema estadual, chega-se a conclusões já há muito tempo constatadas e difundidas, de que a massa carcerária, em sua grande maioria, é composta por homens com menos de 29 anos, com baixa ou nenhuma escolaridade, presos pelos crimes de roubo, furto ou tráfico de drogas.

Mais especificamente, no âmbito nacional e em números absolutos, dos 548.003 presos, respondem por furto (simples ou qualificado) 148.067 pessoas, por roubo (simples ou qualificado) 77.873 e por tráfico de drogas (incluindo-se tráfico internacional) 131.198; totalizando, nesse grupo, 357.138 indivíduos, ou seja, mais de 65% da população carcerária.

Ainda com relação aos dados levantados nacionalmente, 512.964 presos (mais de 93%) são homens e, no que se refere ao nível de escolaridade, 323.344 presos (59%) têm até o ensino fundamental incompleto (entendendo-se como a soma dos itens analfabetos, alfabetizados e ensino fundamental incompleto, constantes no relatório nacional - Indicador: quantidade de presos por grau de instrução).

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 659.

¹³ “O InfoPen Estatística é o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, que, com sua continuidade em exercícios futuros, fornecerá subsídios informacionais aos órgãos responsáveis na proposição de políticas públicas voltadas para o Sistema Penitenciário.

Ele possibilita a extração de relatórios estatísticos convertidos em gráficos com o cruzamento de todos os dados inseridos no Sistema, de acordo com uma tabela de indicadores flexível. Disponibiliza, ainda, uma rotina de busca cruzada, com opção de escolha entre vários filtros coincidentes com os dados preenchidos pelos Estados.” Extraído em 27-10-2013 de

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

No estado de Santa Catarina, do total de 16.623 de presos, 10.147 não completaram o ensino fundamental e, curiosamente, 100 pessoas possuem nível superior completo.

Finalmente, com relação ao regime de cumprimento da pena (importante registrar que os relatórios separam presos custodiados no sistema penitenciário [os quais abrangem penitenciária, colônia agrícola/industrial, casa de albergado, cadeia pública, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e patronato] e na polícia judiciária; para os reclusos nesta, não há regime definido e, por isso, presumar-se-á que são presos provisórios), também em números absolutos e em nível nacional, 229.326 são presos provisórios, 218.242 cumprem sua pena no regime fechado, 74.647 no regime semiaberto e 22.108 no aberto; além de 2.897 cumprindo medida de segurança/internação e 783, medida de segurança/tratamento ambulatorial.

Já em Santa Catarina, 4.796 são presos provisórios, enquanto que 6.236 cumprem pena no regime fechado, 3.414 no regime semiaberto e 2.052 no regime aberto; além de 125 pessoas que cumprem medida de segurança/internação.

Cabe salientar que, como todo relatório, aqueles divulgados pelo Ministério da Justiça, por meio do InfoPen, podem apresentar algumas divergências com a realidade, haja vista que são obtidos mediante cruzamento de dados das instituições envolvidas e qualquer falha na alimentação dos sistemas pode gerar imprecisões.

A situação é tão desafiadora (para não usar outro adjetivo) que mídia divulgou no ano passado que o próprio Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo afirmou, em reunião com empresários em São Paulo em 13/11/2012, que se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão brasileira, preferia morrer.¹⁴

De qualquer maneira, estando em crise ou não, a pena privativa de liberdade constitui-se na maior supressão, de fato¹⁵, a direitos individuais existente no ordenamento jurídico brasileiro.

A liberdade é a regra, e como bem pontuado na obra *Direitos Humanos na Administração da Justiça*¹⁶,

Todos os seres humanos têm direito de desfrutar do respeito pela sua liberdade e segurança. É axiomático que, sem uma garantia eficiente da

¹⁴ Extraído de <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>

¹⁵ Haja vista a exceção da pena de morte em casos de guerra, nos termos da CRFB e do Código Penal Militar.

¹⁶ *International Bar Association*, 2010. *Direitos Humanos na Administração da Justiça: Um Manual de Direitos Humanos para Juizes, Procuradores e Advogados*.

liberdade e da segurança do ser humano, a proteção dos outros direitos individuais torna-se cada vez mais vulnerável e, muitas vezes, ilusória.

Em decorrência dessa óptica, as ações que de alguma forma se relacionem com cumprimento da pena privativa devem se cercar de todo cuidado para não gerar, na execução da pena, efeitos contrários aos seus objetivos.

Dentre os piores problemas, ressalta-se a reincidência, que coloca abaixo grande parte das justificativas para o sistema penal como um todo. A respeito dos objetivos da pena, leciona Renato Marcão,

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.¹⁷

Atualmente, porém, não se sabe o número de presos reincidentes no sistema carcerário. Estima-se que o índice de reincidência seja alto, em torno de 70%, mas não há dados oficiais que corroborem essa estatística. Por essa razão, o Conselho Nacional de Justiça encomendou pesquisa para verificação da reincidência entre a população carcerária, a ser divulgado ainda neste semestre.¹⁸

No entanto, apesar do aparente comprometimento das autoridades ligadas à execução penal e dos muitos desafios a serem vencidos, ressalta-se que a violação a direitos constitucionais nunca foi solução para o problema prisional, não havendo respostas simples para questão.

2.2 O MODELO PROGRESSIVO

Com o intuito de permitir a ressocialização do apenado de maneira efetiva e individualizada, a pena privativa de liberdade compreende o cumprimento em três diferentes regimes: fechado, semiaberto e aberto.

A individualização da execução da pena, de acordo com Nucci, decorre da adoção do princípio constitucional da individualização da pena, a qual pressupõe três etapas: a individualização legislativa (fixação da pena em abstrato quando se cria norma penal),

¹⁷ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. Editora Saraiva 10ª Edição. P. 29.

¹⁸ Extraído de <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18527-ipea-pesquisara-reincidencia-criminal-no-brasil>; <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24664-cnj-pesquisa-custo-de-aco-es-excesso-de-priso-es-provisorias-e-reincidencia-criminal>

individualização judicial (concretização da sanção penal pela sentença) e a individualização executória (aplicação de fato da pena em estágios).¹⁹

No que se refere à individualização legislativa, Bitencourt ainda reafirma que se trata do processo por meio do qual “são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena”.²⁰ Para o presente trabalho, no entanto, torna-se mais importante a explanação acerca da individualização judicial (em especial, o momento de fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade) e da individualização executória, haja vista que tais institutos viabilizarão o entendimento do modelo progressivo.

2.2.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO JUDICIAL: FIXAÇÃO DO REGIME

Na sentença condenatória, ao final da dosimetria da pena, deve o magistrado fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. Tal ato é imprescindível, ainda que haja substituição da pena privativa por penas restritivas de direito ou que seja concedido sursis (suspensão condicional da pena), tendo em vista que poderá haver conversão ou revogação dessas medidas.²¹

Para a determinação do regime, o magistrado sentenciante deve, consoante o Código Penal Brasileiro, levar em consideração a quantidade de pena e a reincidência, observando as alíneas do parágrafo 2º do artigo 33, as quais prescrevem:²²

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2008. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. p. 379

²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 853

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 869

²² CP. Extraído em 29/10/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Além disso, o parágrafo 3º do mesmo artigo estabelece que “a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”. A saber:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime
 (...)

 III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
 (...) (grifo nosso).

Ocorre que, conforme a Súmula 718 do Supremo Tribunal Federal, “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”.²³ Bitencourt assevera que, por meio dessa súmula, o STF finalmente decidiu pôr fim a arbitrariedades sem fundamento, as quais davam margem a apenas opiniões pessoais dos magistrados sem respaldo legal.²⁴

No entanto, o referido autor também ressalva que, por sua vez, a Súmula 719 do Supremo possui um dos mais infelizes enunciados possíveis de se imaginar. Dispõe esta súmula que “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”²⁵. Para Bitencourt, tal imposição é ilegal, pois não há motivação que possa legitimar regime mais severo do que a pena aplicada permitir; devendo, em virtude do equívoco atinente ao enunciado, ser a súmula revogada.²⁶

Com relação aos crimes hediondos e equiparados, não se pode esquecer toda a polêmica gerada pelo parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), o qual inicialmente determinava o cumprimento da pena privativa integralmente em regime fechado. Tal imposição foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 82959 - SP, de relatoria do ministro Marco Aurélio, por entender o Tribunal que tal determinação conflitava com a garantia da

²³ Extraído em 9/11/2013 de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=718.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>

²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 870

²⁵ Extraído em 9/11/2013 de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=719.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 870

individualização da pena, prevista no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República, o qual prescreve:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;²⁷ (grifo nosso).

Julgado o Habeas Corpus nº 82959 - SP nos termos da seguinte 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 Nº 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 nº 8.072/90. (HC 82959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795).

Em virtude desse entendimento, sancionou-se a Lei nº 11.464/2007, a qual modificou parte do texto da Lei dos Crimes Hediondos que previa o cumprimento da pena integralmente em regime fechado, passando a exigir, para os crimes na Lei relacionados, apenas o cumprimento inicial em regime fechado.

Porém, em decisão tomada incidentalmente no julgamento do Habeas Corpus nº 111.840 – ES em 27/6/2012, o Supremo entendeu ser inconstitucional também a nova redação atribuída pela Lei nº 11.464/2007 ao parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, em virtude de, novamente, afrontar o princípio constitucional da individualização da pena;

²⁷ Extraído em 9/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

sendo imperiosa a aferição dos critérios de fixação do regime de forma concreta, por se tratar de direito subjetivo constitucionalmente garantido ao indivíduo.²⁸ Além do mais, as restrições previstas na Constituição aos incursos na Lei 8.072/90 (tais como o afastamento da fiança, graça e anistia) não incluem a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da pena privativa, não cabendo à lei fazê-la, consoante a decisão proferida:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a ordem e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que a indeferiam. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto. Plenário, 27.06.2012.²⁹

2.2.2 A INDIVIDUALIZAÇÃO EXECUTÓRIA: OS REGIMES

Como anteriormente explanado, a execução da pena se dá nos regimes fechado, semiaberto e aberto. Após a fixação do regime e o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, cabem ao juízo da execução acompanhá-la e, mediante aferição de critérios objetivos e subjetivos, promover a progressão de regime, nos termos do Código Penal e da Lei de Execução Penal, materializando a progressão de regime como decorrência natural da individualização executória da pena³⁰.

2.2.2.1 REGIME FECHADO

O regime fechado, o mais rigoroso aplicado, destina-se ao cumprimento da pena de reclusão (excepcionada a necessidade de transferência ao regime fechado na pena de detenção), por força do *caput* do artigo 33 do Código Penal, sendo considerado que sua execução ocorrerá em estabelecimento de segurança máxima ou média, nos termos da alínea a do parágrafo 1º do mesmo artigo, abaixo transcrita:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

²⁸ Informativo STF nº 672 – Extraído em 9/11/2013 de [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo672.htm#Lei 8.072/90](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo672.htm#Lei%208.072/90) e regime inicial de cumprimento de pena - 7

²⁹ Extraído em 9/11/2013 de <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=111840&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 2008. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. p. 379

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;³¹

Por sua vez, o artigo 87 da Lei nº 7.210/84, mais conhecida como Lei de Execução Penal³², define a penitenciária como sendo destinada ao condenado à pena de reclusão em regime fechado.

Na penitenciária, o recluso em regime fechado fica sujeito a trabalho em comum no período diurno, na conformidade das suas aptidões ou ocupações anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena e a isolamento durante o repouso noturno, consoante os parágrafos 1º e 2º do artigo 34 do Código Penal.³³ Ocorre que não se torna factível o isolamento noturno, haja vista a inviabilidade de celas individuais (nos termos do artigo 88 da LEP), não passando tal prescrição legal, nas palavras de Bitencourt, de “mera carta de intenções do legislador”³⁴.

Além dessas restrições, o apenado que cumpre sua reprimenda nesse regime não pode sair do ergástulo para frequentar cursos e o trabalho externo fica limitado. Admite-se o trabalho extramuros em serviços ou obras públicas (Art. 34, §3º do CP) e, conforme artigos 36 e 37 da Lei de Execução Penal, desde que tomadas as cautelas contra fuga e em favor da disciplina; sendo que para o trabalho externo há necessidade de autorização pela direção do estabelecimento, levando-se em consideração a aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado, além do cumprimento de 1/6 da pena.

O condenado em regime fechado será ainda, no início do cumprimento da pena, submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vista à individualização da execução (conforme os artigos 8º da LEP e 34, *caput*, do Código Penal). Para Bitencourt, no entanto, trata-se de mais uma “norma ornamental do Direito Penal nacional”, tendo em vista a raridade do seu cumprimento.³⁵

Registra-se, por fim, umas das principais diferenças do regime fechado em relação ao semiaberto: trata-se da impossibilidade do gozo de saída temporária (que, assim como a permissão de saída, é espécie do gênero autorização de saída) no regime mais gravoso. Tal benefício fica adstrito aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto.

³¹ Extraído em 9/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

³² Extraído em 9/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

³³ Extraído em 9/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 2012. Editora Saraiva 7ª Edição. P. 273

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 2012. Editora Saraiva 7ª Edição. P. 273

O que não se confunde com a possibilidade de o apenado em regime fechado obter permissão de saída, de acordo com os artigos 120 e 121 da Lei de Execução Penal:

SEÇÃO III
Das Autorizações de Saída
SUBSEÇÃO I
Da Permissão de Saída

Art. 120. Os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semi-aberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer um dos seguintes fatos:

I - falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão;

II - necessidade de tratamento médico (parágrafo único do artigo 14).

Parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso.

Art. 121. A permanência do preso fora do estabelecimento terá a duração necessária à finalidade da saída.³⁶ (grifo nosso).

2.2.2.2 REGIME SEMIABERTO

O regime semiaberto pressupõe maior integração do apenado com o mundo externo e com os outros reclusos; assim, há menos limitações que o regime fechado.

A alínea b do parágrafo 1º do artigo 33 do CP define o regime semiaberto como a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.³⁷ Ocorre que, em virtude da escassez desses estabelecimentos penais, muitos condenados em regime semiaberto cumprem sua reprimenda em presídios ou mesmo penitenciárias, à espera de vaga em estabelecimentos mais adequados, conforme previsão do Código Penal.

Diferentemente do regime fechado, na parte da legislação que trata do regime semiaberto, não há remissão a isolamento durante o repouso noturno, não se podendo aplicar, portanto, essa limitação a este regime.

Além disso, a vedação prevista para o regime fechado de o trabalho externo se dar apenas em serviços ou obras públicas também desaparece na parte do CP que disciplina o regime semiaberto; podendo, portanto, haver trabalho externo na iniciativa privada. Já a sujeição do apenado ao trabalho em comum durante o período diurno permanece tal qual no regime mais gravoso.³⁸

³⁶ Extraído em 9/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

³⁷ Extraído em 9/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

³⁸ CP Art. 35, §1º. Extraído em 9/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

Com relação à frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, o Código Penal admite tal possibilidade ao reeducando em regime semiaberto, conforme a letra do §2º parágrafo do artigo 35:

Regras do regime semi-aberto

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

(...)

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

É importante salientar que, como pontua Bitencourt em sua obra Tratado de Direito Penal³⁹, o juiz sentenciante deverá, já no momento da sentença, conceder o trabalho externo ou então o juiz da execução, conceder desde o início do cumprimento; haja vista - conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça - não se fazer necessário o cumprimento de qualquer fração da pena quando autorizada a reclusão em regime semiaberto, como melhor explicita a ementa do acórdão proferido pela sexta turma do STJ no Habeas Corpus 97.615/SP

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EX-DELEGADO DE POLÍCIA. TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS (ART. 66, V, "H", DA LEP). TRABALHO EXTERNO. CONDENADO NO REGIME SEMI-ABERTO. REQUISITO TEMPORAL. INEXIGIBILIDADE. PRISÃO ESPECIAL. ART. 295 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.258/2001. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESCABIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR.

1. O writ não deve ser conhecido quanto ao pedido de transferência do paciente para estabelecimento prisional mais próximo de seus familiares, visto que a pretensão não foi apreciada em segundo grau, sob pena de supressão de instância. 2. Com efeito, o Tribunal de origem limitou-se a afirmar que compete primeiramente ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da referida medida, visto que o acolhimento do pedido de transferência do preso para presídio próximo de onde residem seus familiares está condicionado à existência de vagas e estabelecimentos adequados, acentuando não constituir direito subjetivo do réu. 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de ser prescindível, para a concessão de trabalho externo, o cumprimento de um sexto da pena pelo condenado que se encontra no regime semi-aberto, desde que preenchidos também os requisitos subjetivos. 4. Conforme ditames do artigo 295 do Código de Processo Penal, para observância da garantia à prisão especial basta seja o acusado recolhido em cela distinta das destinadas aos presos comuns. 5. A prisão especial que o paciente diz ter direito está sendo respeitada. O local onde se encontra recolhido, diante do que afirmou o Tribunal de origem, é próprio e adequado para abrigar ex-policiais civis e

³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 686

delegados de polícia, e permitir que "as regras do regime semi-aberto sejam cumpridas". 6. Não há motivo, também, para autorização da prisão domiciliar, que só é possível, em caso excepcionais ou na falta de local apropriado para o cumprimento em prisão especial, o que não é o caso dos autos. 7. Habeas corpus concedido, em parte, unicamente, para que seja afastado o óbice decorrente da exigência de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para a concessão do benefício de trabalho externo, devendo as demais condições serem apreciadas pelo Juízo das Execuções Criminais. (HC 97615/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 10/11/2008)⁴⁰ (grifo nosso).

Por fim, explica-se um dos principais direitos a que o condenado em regime semiaberto faz jus: a saída temporária. A espécie de autorização de saída é disciplinada pela LEP em sua subseção II, mais precisamente do artigo 122 ao art. 125.

Como requisitos para a concessão da saída temporária, encontram-se comportamento adequado, cumprimento mínimo de 1/6 da pena, se o condenado for primário e de 1/4, se for reincidente, além de compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.⁴¹

Quando a saída se der para visita à família ou para participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, a autorização será concedida por prazo não superior a 7 dias, podendo ser renovada por mais 4 vezes durante o ano, já quando a saída temporária for autorizada objetivando a frequência a cursos, o tempo de saída será o necessário para as atividades discentes.⁴²

Além disso, o juiz que autorizar a saída temporária imporá determinadas condições estabelecidas na LEP, bem como outras que entender cabíveis, nos seguintes termos:

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

- I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;
- II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;
- III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

⁴⁰ Extraído em 9/11/2013 de

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+HC+97615&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>

⁴¹ LEP Art. 123 e incisos. Extraído em 10/11/2013 em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

⁴² LEP Art 124, caput e §2º. Extraído em 10/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

2.2.2.3 REGIME ABERTO

Por fim, o menos severo dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade é o regime aberto. Conforme o próprio Código Penal, baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.⁴³ Isso porque, nesse regime, deve o condenado trabalhar ou estudar fora do estabelecimento e sem vigilância, permanecendo recolhido apenas durante o período noturno e nos dias de folga.⁴⁴

Ademais, deve a execução da pena em regime aberto, pelo determinado na alínea c do artigo 33 do CP, ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado, cujo prédio caracterize-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.⁴⁵

No que se refere ao local de cumprimento da pena no regime aberto, explica Renato Marcão que se tem decidido, em caso de inexistência de casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, que o condenado tem direito de cumprir sua reprimenda em prisão domiciliar, haja vista que a falta de vaga em local adequado não pode submeter o sentenciado a regime mais rigoroso; o ônus decorrente da omissão do Estado-Administrador não pode recair sobre o condenado.⁴⁶

Nesse sentido, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO. INEXISTENCIA DE CASA DE ALBERGADO. CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. 1. INEXISTINDO CASA DE ALBERGADO OU ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO, O CONDENADO TEM O DIREITO DE CUMPRIR-LA EM REGIME DE PRISÃO DOMICILIAR. 2. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEP, ART. 117. 3. RECURSO IMPROVIDO (STJ - REsp: 120600 DF 1997/0012280-8, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 09/06/1997, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.08.1997 p. 37903). **(grifo nosso).**

Em Santa Catarina, em virtude dessa mesma deficiência, o regime aberto tem sido cumprido em casa, comprometendo-se o reeducando, em audiência admonitória, a cumprir condições especiais fixadas pelo juízo da execução, bem como as condições gerais e obrigatórias previstas nos incisos do artigo 115 da LEP.

⁴³ CP Art. 36, *caput*. Extraído em 10/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

⁴⁴ CP Art. 36, §2º Extraído em 10/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

⁴⁵ LEP Art. 94, *caput*. Extraído em 10/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

⁴⁶ Marcão, Renato. Curso de Execução Penal. 2012. Editora Saraiva 10ª Edição. p. 158/159.

Do mesmo modo, também se manifesta a Egrégia Corte Catarinense:

RECUSO DE AGRAVO - EXECUÇÃO CRIMINAL - PROGRESSÃO PARA REGIME ABERTO - INEXISTÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO - BOM COMPORTAMENTO ATESTADO PELA COMISSÃO TÉCNICA DE CLASSIFICAÇÃO - CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA A CONCESSÃO DE REGIME ABERTO - PRERROGATIVA DO MAGISTRADO - EXISTÊNCIA DE OUTRAS CONDIÇÕES OBRIGATÓRIAS (LEP, ART. 115) - REQUISITO SUBJETIVO PREENCHIDO - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DO REQUISITO OBJETIVO - INVIABILIDADE DE ANÁLISE - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PROVIMENTO PARCIAL. I - Nos termos do art. 115 da Lei de Execuções Penais, ao juiz é dada a prerrogativa de fixar condições especiais para a concessão do regime aberto, sem prejuízo dos demais pressupostos estipulados pela norma em comento, de modo a se reputar inaceitável a negativa de progressão de regime fulcrada unicamente na ausência de casa de albergado na respectiva comarca. Com efeito, seria ilógico e de indelével injustiça a imposição ao reeducando de sua permanência e, regime mais gravoso, ainda que atenda ao requisito do bom comportamento carcerário, em virtude de omissão do Estado em fornecer-lhe condições efetivas de cumprimento da pena em regime aberto, conforme preleciona a LEP. II - Resta inviabilizada a análise do pedido de progressão de regime pela instância ad quem quando o juiz da execução manifesta-se unicamente acerca de um dos requisitos do art. 112 da LEP, o qual recebe nova diretriz no julgamento do agravo. Em situações desse jaez, necessário devolver a matéria ao primeiro grau, a fim de que se proceda ao exame do critério remanescente. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2008.019836-1, de Criciúma, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 15-07-2008).

2.2.3 A PROGRESSÃO

A execução da pena privativa de liberdade no Brasil ocorre progressivamente, em outras palavras, do regime mais gravoso se vai até o regime menos gravoso, conforme prescrito no CP⁴⁷ e mais detalhadamente disciplinado na LEP, em seu artigo 112, abaixo transcrito:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Ressalta-se que, pela exigência do cumprimento de 1/6 (exigência referente aos crimes comuns, pois essa fração não se aplica aos crimes hediondos e assemelhados) no regime anterior, a progressão não pode ocorrer diretamente do regime fechado para o aberto;

⁴⁷ CP Art. 33, §2º

há a necessidade de o reeducando passar pelo regime semiaberto. Nesse mesmo sentido, Greco coloca que a progressão de regime não pode operar por saltos, devendo obedecer necessariamente ao regime imediatamente seguinte ao qual o condenado vem cumprindo sua reprimenda.⁴⁸

No entanto, para que o reeducando faça jus à progressão de regime, faz-se necessário que cumpra requisitos de ordem subjetiva e objetiva. A esse respeito, Marcão expõe sucintamente:

Devem coexistir os requisitos objetivo (cumprimento de 1/6, na generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados) e subjetivo (boa conduta carcerária, comprovada por atestado firmado pelo diretor do estabelecimento; portanto, mérito à progressão). Não basta à progressão a satisfação de apenas um deles.⁴⁹

2.2.3.1 REQUISITO SUBJETIVO

O critério subjetivo baseia-se na conduta do reeducando, ou seja, leva em consideração aspectos da personalidade e comportamento do apenado para a verificação do cabimento ou não da progressão de regime naquele momento. Deve o apenado ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, nos termos do artigo 112, *caput*, da LEP, para poder progredir para regime mais brando.

Oportuno registrar que, com a superveniência da Lei nº 10.729/2003, tornou-se dispensável a realização do exame criminológico para aferição da “aptidão subjetiva” do apenado. Contudo, a jurisprudência tem entendido que não houve vedação ao referido exame, mas que a nova lei apenas o tornou facultativo, devendo ser feito por decisão fundamentada que justifique a necessidade da realização do exame. A esse respeito trata a Súmula 439 do STJ, a qual preceitua: “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Nesse sentido, manifesta-se o Supremo:

Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE 26. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REQUISITO SUBJETIVO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO NESTE WRIT. VEDAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STF. ORDEM DENEGADA. I – Prevalece nesta Corte o entendimento no sentido de que a alteração do artigo 112 da LEP pela Lei 10.792/2003 não proibiu a realização do exame criminológico, quando necessário para a avaliação do

⁴⁸ GRECO, Rogério. 2011. Curso de Direito Penal – Volume 1 Editora Impetus.

⁴⁹ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. Editora Saraiva 10ª Edição 2012. P. 148

sentenciado, tampouco proibiu a sua utilização para a formação do convencimento do magistrado sobre o direito de promoção para regime mais brando. II – O entendimento desta Corte, consubstanciado na Súmula Vinculante 26, é de que, “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização do exame criminológico”. III – No caso dos autos, o acórdão proferido do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo está em consonância com a jurisprudência desta Corte, pois ao concluir pela necessidade de realização do exame criminológico apresentou fundamentação idônea. IV – A análise quanto ao preenchimento ou não do requisito subjetivo previsto no art. 112 da LEP demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de habeas corpus. V – Ordem denegada. (HC 114409, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 15-08-2013 PUBLIC 16-08-2013) (**grifo nosso**).

Assim como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DO AGRAVANTE DE PROGRESSÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O ABERTO. INSURGÊNCIA DA DEFESA. ALEGADO EFETIVO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CUMPRIMENTO DO LAPSO TEMPORAL MÍNIMO E BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO. EXAME CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL. REQUISITO SUBJETIVO NÃO ATENDIDO. ESTUDO DETERMINADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO REFERIDO EXAME MESMO APÓS A EDIÇÃO DA LEI 10.792/03, A QUAL ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. SÚMULA VINCULANTE 26 DO STF E SÚMULA 439 DO STJ. REEDUCANDO QUE, ALÉM DISSO E EM TESE, COMETE FALTAS GRAVES APÓS O PEDIDO DE CONCESSÃO DA BENESSE. MANUTENÇÃO DO DECISUM PROFERIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2013.041664-3, de São José, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 24-09-2013). (**grifo nosso**).

2.2.3.2 REQUISITO OBJETIVO

Com relação aos critérios objetivos, cabe pontuar que se relacionam com a exigência de determinada quantidade de pena a ser cumprida. Os crimes ditos comuns exigem do apenado o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior para viabilizar a progressão.

Já os crimes hediondos e equiparados (taxativamente descritos na Lei 8.072/90), em virtude da edição da Lei 11.464/2007, exigem do apenado o cumprimento de 2/5 da pena, na hipótese de ser primário e de 3/5 da pena, se reincidente.

Ocorre que, em virtude da declaração da inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos, que previa o cumprimento da pena integralmente em regime fechado (o que justamente motivou a edição da Lei 11.464/2007), consolidou-se o entendimento de que para os crimes considerados hediondos ou equiparados cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007, ou seja, antes de 29 de março de 2007, exige-se o cumprimento de 1/6 da pena para a progressão de regime, tendo em vista que, justamente por ter sido previsto o cumprimento da pena integralmente em regime fechado, a redação antiga da lei não especificava fração alguma para progressão nos crimes hediondos e equiparados, devendo ser aplicada a mesma fração atribuída aos crimes comuns.

Cabe registrar que a fração deve incidir sobre a pena restante, não sobre a pena total. É o entendimento visto nas varas de execução penal e adotado pela doutrina, apesar de já se ter decidido de outro modo. Tal entendimento, segundo Marcão⁵⁰, é decorrência da máxima “Pena cumprida, pena extinta”, desdobramento de interpretação extraída do art. 113 do Código Penal⁵¹. Assim, se o apenado (condenado por um crime comum) cumpriu 1/6 de sua pena no regime fechado, ao progredir para o regime semiaberto, precisa cumprir 1/6 sobre a pena remanescente, a fim de adimplir o requisito objetivo para progredir para o regime aberto.

Quanta a essa questão, Mirabete defende que referido entendimento é decorrência do que preceitua a LEP em seu artigo 111 (que trata da soma ou unificação de penas)⁵²:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Haja vista que o artigo dispõe que se o reeducando já remiu certo tempo de pena quando houve a superveniência de outra condenação, o tempo remido é descontado da soma, tornando-se necessário o cumprimento de fração apenas sobre o que resta das penas. Assim, se isso acontece com a remição (que se trata de desconto da pena pelo trabalho ou estudo), com mais razão deve acontecer com o tempo de pena efetivamente cumprida.

⁵⁰ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. Editora Saraiva 10ª Edição. 2012. P.

⁵¹ Art. 113 do CP: No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

⁵² MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.P. 161.

2.2.3.3 PARTICULARIDADES

2.2.3.3.1 *Data-base*

O apenado, para implementar o requisito objetivo para progressão, deve cumprir parcelas da pena determinadas em lei, contadas a partir da chamada data-base.

Data-base, portanto, nada mais é que o dia a partir do qual deve o reeducando cumprir certa fração de pena para a obtenção de determinado benefício, que, nesse caso, se trata da progressão de regime. Desse modo, mesmo que o apenado apresente ótimo comportamento no resgate de sua reprimenda (implementando, assim, o requisito subjetivo), se não tiver cumprido as frações de pena necessárias para progressão a partir da data-base, não adimplirá o critério objetivo e, conseqüentemente, não usufruirá o benefício.

Normalmente, a data-base para a primeira progressão é o dia da primeira prisão, mesmo que essa primeira prisão seja provisória (prisão em flagrante, temporária e preventiva). Ainda que não exista execução provisória “propriamente dita” (já que, obviamente, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória não há culpado e, conseqüentemente, inviável a execução da sentença penal), para benefício do próprio reeducando, contabiliza-se o cumprimento da reprimenda desde o período em que o apenado se encontra recluso provisoriamente (a respeito da detração, o próprio Código Penal dispõe em seu artigo 42⁵³); desse modo, para fins de progressão de regime, considera-se como data-base a referida prisão, como se condenado fosse.

Para a segunda progressão de regime, no caso de condenado em regime fechado recém progredido para o regime semiaberto, a data-base é justamente a data da referida progressão; interpretação do próprio artigo 112 da LEP, que exige do apenado o cumprimento mínimo de fração de pena “no regime anterior”.

No entanto, a data-base pode ser alterada ao longo da execução, mais comumente, pela prática de falta grave do apenado. Nesse sentido, a LEP dispõe em seu artigo 50 sobre as faltas disciplinares consideradas graves e, desse modo, aptas a justificar uma regressão de regime, bem como redefinir a data-base para os benefícios.

⁵³ Art. 52 do CP: Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

Além das faltas disciplinares de natureza grave elencadas no artigo 50, o artigo 52 da mesma carta normativa dispõe que constitui falta grave, também, a prática de fato previsto como crime doloso.⁵⁴

Importante salientar que nem sempre os diferentes benefícios que ocorrem na execução da pena possuem a mesma data-base. Conforme sumulado pelo STJ,⁵⁵ o cometimento de uma falta grave não interrompe o prazo para a obtenção do livramento condicional. Tal fato não se aplica à progressão de regime, que tem sua data-base alterada pela falta disciplinar caracterizada como grave.

2.2.3.3.2 *Remição*

Instaurado procedimento para o benefício de progressão de regime do apenado (normalmente de ofício, a pedido do setor jurídico do estabelecimento penal ou do advogado), há instrução por parte do ergástulo com boletim penal informativo ou relatório de vida carcerária, além de documentação referente a eventuais dias remidos.

De fato, para o cômputo da pena cumprida, é fundamental compreender o instituto da remição. Define Nucci a remição como “o desconto do tempo de pena privativa de liberdade pelo trabalho ou estudo, na proporção de três dias trabalhados ou de estudo por um dia de pena”.⁵⁶ Encontra fundamento no artigo 126 e seguintes da LEP, dispondo o primeiro parágrafo do artigo 126 da seguinte forma, *in verbis*:

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.

⁵⁴ Art. 52. Da LEP: A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...)

⁵⁵ Súmula 441 do STJ: A falta grave não interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional.

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. 2012. Editora Revista dos Tribunais. 9ª Edição. p. 1.036

Já em seu artigo 128, a LEP dispõe que, para todos os efeitos, o tempo remido será computado como pena cumprida. Registra-se que, por meio da inserção desse dispositivo, a edição da Lei nº 12.433/2011 pôs fim a um imbróglio: a interpretação sobre o modo como os dias remidos se relacionam com a pena propriamente cumprida. Havia dois entendimentos: a primeira corrente afirmava que o tempo remido deveria ser somado ao tempo de pena cumprida; enquanto que a segunda, que o tempo remido deveria ser abatido do total da pena.⁵⁷ Há bastante diferença entre esses dois entendimentos. O primeiro entendimento é consideravelmente mais benéfico ao reeducando no que diz respeito à progressão de regime, pois o apenado alcança o requisito objetivo antes que se fosse aplicada a segunda corrente.

Para exemplificar, supomos que um apenado possui uma condenação de 6 anos por crime comum no regime semiaberto. Está preso há 10 meses e possui 60 dias remidos. Pela primeira corrente, devendo cumprir 1 ano para progredir (1/6 de 6 anos), o reeducando já possui o requisito objetivo, pois cumpriu 1 ano (10 meses de cumprimento propriamente dito + 2 meses de remição). No entanto, pelo segundo entendimento (a remição é descontada da pena total), ele necessita cumprir 1/6 de 5 anos e 10 meses (6 anos do total na pena menos o tempo remido), que corresponde a 11 meses e 20 dias, não possuindo, assim, o requisito objetivo.

Tal problema, com a chegada da Lei nº 12.433/2011, chegou ao fim, haja vista que agora os magistrados da execução penal interpretam o instituto na remição uniformemente, do mesmo modo que a segunda corrente entendia, em virtude da nova redação do artigo 128 da LEP.

2.2.3.3.3 *Soma de penas*

Para a progressão, deve-se levar em consideração, também, a questão da soma ou unificação de penas. O regime será fixado pelo total da pena após soma ou unificação, nos termos do artigo 111 da Lei de Execução Penal. Portanto, tramitando procedimento de soma ou unificação de penas, o benefício de progressão encontrar-se-á obstado até que se defina o quantum de pena e o regime de cumprimento.

Com relação à fixação da data-base na soma de penas, tem-se fixado o dia do último trânsito em julgado de sentença condenatória. A exemplo da jurisprudência catarinense:

⁵⁷ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. Editora Saraiva 10ª Edição. 2012. P. 205

EXECUÇÃO PENAL. VÁRIAS CONDENAÇÕES. SOMA DAS PENAS. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE EM RAZÃO DA NOVA QUANTIDADE DE PENA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 111 DA LEP. DATA-BASE PARA CONTAGEM DO REQUISITO OBJETIVO PARA EVENTUAIS BENEFÍCIOS. REEDUCANDO QUE SE ENCONTRAVA EM REGIME ABERTO. DATA DO TRANSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO. - Esta Corte pacificou o entendimento de que sobrevindo nova condenação no curso da execução, seja por fato anterior ou posterior, o prazo para concessão de benefícios fica interrompido, devendo o novo cálculo ter por base a unificação das penas, sendo que o termo a quo para a contagem do período aquisitivo é o trânsito em julgado da nova condenação. - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1265659/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 14/12/2012). (TJSC, Recurso de Agravo n. 2013.034638-4, de Itajaí, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 10-10-2013). (**grifo nosso**).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE CONCEDEU PROGRESSÃO DE REGIME CONSIDERADA COMO DATA-BASE A DA ÚLTIMA PRISÃO. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APENADO QUE CUMPRIA PENA EM REGIME SEMIABERTO QUANDO EFETUADA SOMA DE PENAS QUE FIXOU O REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DO RESTANTE DA REPRIMENDA DE RECLUSÃO. ALTERAÇÃO DE REGIME DECORRENTE DA DECISÃO DE SOMA. DATA-BASE QUE DEVE SER A DO ÚLTIMO TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2012.056711-2, de Joinville, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 04-09-2012). (**grifo nosso**).

2.2.3.3.4 *Concurso Material*

Havendo concurso material entre crimes comuns e hediondos ou equiparados, as frações incidirão separadamente. Para exemplificar, se um apenado (primário) foi condenado a 5 anos de reclusão pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n° 11.343/2006) e 3 anos pela prática de associação ao tráfico de drogas (art. 35 da mesma lei), deve cumprir 2/5 de 5 anos mais 1/6 de 3 anos, a partir da data-base, para fazer jus à progressão de regime.

Desse modo, também entende o TJ/SC:

AGRAVO - EXECUÇÃO PENAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO (LEI N. 11.343/2006, ARTS. 33 E 35, CAPUT) - PROGRESSÃO DE REGIME (SEMIABERTO) - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL QUANTO AO CÔMPUTO UTILIZADO PARA O RESGATE DA PENA - DECISÃO DEFERITÓRIA QUE OBSERVOU APENAS A FRAÇÃO ATINENTE AO CRIME HEDIONDO (2/5) - AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DO PATAMAR RELACIONADO AO DELITO COMUM (1/6) - ILÍCITOS

PENAS PRATICADAS EM CONCURSO MATERIAL (CP, ART. 69) - OBSERVÂNCIA DO ART. 111 DA LEP - EXIGIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DOS FRACIONAMENTOS, DE FORMA INDIVIDUAL - CRITÉRIO OBJETIVO NÃO ALCANÇADO - DELIBERAÇÃO CASSADA. Conquanto o agravado tenha sido agraciado com um regime de cumprimento de pena menos gravoso no que tange à condenação pelo delito de associação para o tráfico ilícito de entorpecentes (Lei n. 11.343/2006, art. 35, caput), não há razão para proceder a uma cisão da sanção irrogada (resgatando-se uma em regime fechado e outra em regime aberto), mormente pelo fato de que na sentença restou determinada a soma das penas em face do concurso material de crimes (CP, art. 69), penas privativas de liberdade da mesma espécie, havendo a necessidade de serem cumpridas inicialmente em regime fechado, nos termos do art. 111 da LEP. Com efeito, para a obtenção da almejada progressão de regime, imperiosa a exigência do resgate da fração de 2/5 (dois quintos) atinente à porção referente ao delito hediondo, e mais 1/6 (um sexto) da parcela concernente ao crime comum, implicando, no caso em comento, o não preenchimento do critério objetivo para a concessão do benefício. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2010.084396-8, de Criciúma, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 29-03-2011). (grifo nosso).

2.3 A REGRESSÃO DE REGIME

O modelo progressivo de cumprimento da pena permite que o apenado que adimpla determinados requisitos possa cumprir sua pena em regime cada vez menos gravoso.

No entanto, o inverso também ocorre quando, presentes determinadas situações, passa o reeducando a cumprir sua reprimenda em regime mais gravoso. Trata-se da regressão de regime.

Assim dispõe o §2º do artigo 33 do Código Penal:

§2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:(...) (grifo nosso).

As hipóteses de transferência para regime mais rigoroso, a que o artigo faz referência, encontram-se expostas na Lei de Execução Penal, mais precisamente em seu artigo 118, o qual dispõe exatamente:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

2.3.1 REGRESSÃO “POR SALTO”

Para Bitencourt, a reforma penal, “ao adotar a progressão como instituto democrático e recomendável na recuperação do condenado”, não podia deixar sem solução a hipótese de apenado que demonstrasse incompatibilidade com regime mais brando, trazendo prejuízos aos fins da pena. Assim, previu-se, também, o instituto da regressão. Por meio dela, o apenado que cumpre sua pena em regime semiaberto pode passar a cumprir sua reprimenda em regime fechado, e aquele que está em regime aberto pode ser transferido para regime semiaberto, ou até mesmo diretamente para o regime fechado (o que é chamado de regressão de regime por salto ou *per saltum*).⁵⁸

Já para Marcão, a regressão não pode operar *per saltum*, fazendo-se necessária a transferência regime a regime, assim como na progressão, passando-se necessariamente pelo regime de cumprimento imediatamente anterior. Para o autor, embora o artigo da LEP que trata da regressão exponha que a transferência do condenado ocorre para *qualquer* dos regimes mais gravosos, tal disposição não permite regressão de regime por salto, além de demandar que para cada regressão deve haver uma causa que a justifique, sob pena de *bis in idem*, nos seguintes termos:

Para cada regressão deve haver uma causa justificadora, e não se pode, por um único motivo ou ainda que por vários, apuráveis de uma só vez, determinar a regressão do aberto para o semiaberto e logo em seguida, com o mesmo fundamento e pelas mesmas razões, impor nova regressão, agora para o regime fechado. Embora aqui não se possa falar em regressão por salto, haveria flagrante injustiça decorrente de *bis in idem* danoso ao condenado: uma única causa, ou mesmo mais de uma, aferível num único instante, estaria a ensejar dupla e subsequente punição.⁵⁹

Assim também entende Queiroz, ao afirmar que a interpretação que permite a regressão por salto afronta a liberdade do apenado e os princípios da proporcionalidade e legalidade das penas; de modo que, para se preservarem princípios constitucionais, a única

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Volume 1. 2012. Editora Saraiva. P. 700

⁵⁹ MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. Editora Saraiva 10ª Edição. 2012 p. 178

possibilidade de regressão do regime aberto para o fechado seria nos casos em que sobrevém nova condenação em regime fechado. Fora isso, a regressão do regime aberto deveria se operar para o semiaberto necessariamente.⁶⁰

Apesar de haver entendimento doutrinário nesse sentido, a jurisprudência se alinha para o cabimento das regressões *per saltum*, justamente baseando-se no contido no artigo 118 da LEP, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO PER SALTUM DE REGIME PRISIONAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. A execução da pena sujeita-se à forma regressiva, podendo o condenado ser transferido para qualquer dos regimes previstos no art. 33 do Código Penal, consoante a redação do art. 118 da Lei de Execução Penal. Assim, não é necessária a observância da forma progressiva descrita no art. 112 da Lei n.º 7.210/1984, competindo ao julgador analisar as circunstâncias do caso e decidir o regime adequado à espécie. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1281950 RO 2011/0221387-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013) (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO POR CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. PRÁTICA DE NOVO CRIME DOLOSO. REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO. TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Nos termos do art. 118 da Lei de Execução Penal, a transferência do condenado, a título de regressão, pode ocorrer para qualquer dos regimes mais rigorosos. Precedentes. 2. Na hipótese, tendo obtido a progressão ao regime aberto, o Paciente foi preso em flagrante delito pela suposta prática dos crimes tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, e no art. 244-B da Lei n.º 8.069/90. Após denunciado e ouvido pelo Juízo das Execuções, foi corretamente decretada a sua regressão do regime aberto ao fechado, não se constatando, pois, o apontado constrangimento ilegal. 3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é uníssona ao afirmar ser prescindível o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para a aplicação das sanções disciplinares cabíveis em função do cometimento de crime doloso no decorrer da execução penal. Precedentes. 4. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ - HC: 220607 MG 2011/0236956-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 17/09/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2013) (grifo nosso).

No âmbito da Corte Catarinense, observa-se que a regressão de regime pode operar por salto, porém devem ser analisados critérios de razoabilidade e proporcionalidade

⁶⁰ QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 2011. 7ª Edição. Lumen Juris Editora. P. 359

na individualização da pena, de modo a não constituir medida excessiva a regressão do regime aberto diretamente ao regime fechado, conforme julgado:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - REGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - REEDUCANDO BENEFICIADO COM A PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO QUE DEIXA DE COMPARECER, POR QUATRO DIAS, À CASA DO ALBERGADO PARA O PERNOITE - JUSTIFICATIVAS INIDÔNEAS - FALTA GRAVE CONFIGURADA QUE AUTORIZA A REGRESSÃO DO REGIME - EXEGESE DO ART. 50, INC. V, C/C ART. 118, INC. I DA LEP - REGRESSÃO PER SALTUM AO REGIME FECHADO, TODAVIA, QUE SE MOSTRA EXCESSIVA À ESPÉCIE - REGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO COMO MEDIDA MAIS CONSENTÂNEA COM O PROPÓSITO RESSOCIALIZADOR DA PENA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Recurso de Agravo n. 2013.045573-1, de Concórdia, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 12-09-2013). (grifo nosso).

E nos termos do voto do relator:

No entanto, em que pese a autorização contida no art. 118 da Lei de Execução Penal para que a regressão se dê para qualquer dos regimes mais rigorosos (inclusive *per saltum*), no presente caso a regressão para o regime fechado constitui medida excessiva. A final, não obstante tenha o reeducando deixado de se recolher ao albergue em tais dias, deu cumprimento ao resgate da pena nos demais, lá comparecendo, além de não haver notícia nos autos de que por conta de tais ausências tenha vindo novamente a delinquir. De tal sorte, em atenção aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade na individualização da pena, norteadores de seu princípio ressocializador, para que a providência em comento não vá de encontro aos objetivos da reprimenda, prudente que a regressão se dê para o regime semiaberto. (grifo nosso).

2.3.2 REGRESSÃO POR FALTA GRAVE: EFEITOS

De acordo com o inciso I no artigo 118 da LEP, o cometimento de crime doloso ou falta grave pode ensejar a regressão de regime, ao passo que o §2º do mesmo artigo adverte que, nesse caso, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Tal dispositivo é redundante, tendo em vista que, nos termos do artigo 52 da mesma lei, a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave; bastaria, portanto, que a lei se referisse às faltas graves genericamente.

No que diz respeito às faltas disciplinares consideradas graves, dispõe expressamente a LEP:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

(...)

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (...)

Assim, após notícia de possível cometimento de alguma das faltas disciplinares mencionadas, o juiz da execução, após audiência de justificação, ouvidos o ministério público e o defensor do reeducando, proferirá decisão determinando ou não a regressão de regime.

Verificada a prática de falta grave e determinada a regressão de regime (se o apenado já não se encontrar em regime fechado), um dos principais efeitos será a alteração da data-base para a obtenção dos benefícios. A data para a futura progressão de regime passará a ser o dia do cometimento da falta grave.

Outro efeito de grande importância é a revogação dos dias remidos. Antes da Lei nº 12.433/2011, o apenado poderia perder todos os dias remidos e homologados até o dia da falta grave; porém, com a edição da nova lei, limitou-se a revogação dos dias remidos a 1/3 do total.

Assim, todos os reeducandos que, anteriormente à edição da nova lei, tiveram revogados a integralidade dos seus dias remidos possuem (em virtude da retroatividade da lei penal mais benéfica) direito ao restabelecimento de 2/3 dos dias remidos anteriormente à falta grave, quantia bastante significativa para o cumprimento da pena.

2.3.3 REGRESSÃO CAUTELAR

Embora não haja previsão legal para que ocorra a regressão cautelar do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, grande parte da doutrina bem como a maior parte dos julgados referenda a possibilidade de sua ocorrência.

Para Marcão, tal possibilidade se sustenta no poder geral de cautela de que o magistrado dispõe, explicando o autor:

É inerente à função jurisdicional o poder geral de cautela, que tem sede de aplicação tanto no processo de conhecimento quanto no de execução, sempre que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos indispensáveis à cautelaridade.

Dentro de tal órbita, tem o juiz da execução o poder-dever, diante do caso concreto, de determinar medidas que entender emergenciais visando assegurar os fins e a efetividade do processo executivo, inibindo qualquer ato atentatório aos destinos da execução.

No tema sob análise se insere a regressão cautelar ou sustação provisória de regime, cabível e aconselhável nos casos em que o executado cometeu falta grave, onde “o Juiz, dentro do poder cautelar que lhe é inerente, não só pode como deve, determinar de imediato o retorno do sentenciado ao regime mais severo, não constituindo tal providência constrangimento ilegal”.⁶¹

Para Marcão, assim como para os demais doutrinadores que defendem a viabilidade da regressão cautelar de regime, a prévia oitiva do condenado (como determina o § 2º do art. 118 da Lei de Execução Penal) somente se impõe para a regressão definitiva, conforme seu Curso de Execução Penal:

A regressão de regime prisional é medida judicial de intensa gravidade que afeta os destinos da execução e revela-se extremamente danosa aos interesses do condenado. De tal sorte, antes de sua efetivação é imperioso proceder à oitiva deste, permitindo-lhe o exercício pleno de sua defesa, observando, ainda, o contraditório constitucional, salvo hipótese de regressão cautelar (...) (grifo nosso).⁶²

Partilhando do mesmo entendimento, Nucci defende que apesar do silêncio da lei no que diz respeito a essa possibilidade, é perfeitamente possível que o magistrado da execução penal determine a regressão cautelar de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade (ou seja, suspensão do regime semiaberto ou aberto) até que o apenado seja ouvido e, assim, possa fornecer as suas explicações para a notícia de descumprimento das condições dele exigidas.⁶³

⁶¹ MARCÃO, Renato. 2012 Curso de Execução Penal 2012. P. 184.

⁶² MARCÃO, Renato. 2012 Curso de Execução Penal 2012. P. 183.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. 2012. Editora Revista dos Tribunais. 9ª Edição. P. 1032/1033.

Na mesma esteira, encaminham-se as decisões judiciais, conforme julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. PLEITO DA DEFESA. POSSIBILIDADE DE REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME SEM PRÉVIA OITIVA DO CONDENADO. FALTA GRAVE. USO DE TELEFONE CELULAR DENTRO DA UNIDADE PRISIONAL. CASO QUE SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES EXCEPCIONAIS QUE ADMITEM A MEDIDA CAUTELAR. DECISÃO MANTIDA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. Caracterizando o uso de aparelho de telefone celular dentro de unidade prisional falta grave, é permitida a regressão cautelar do regime de cumprimento de pena, sem a oitiva do apenado, porquanto não definitiva. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2013.035272-7, de São José, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 13-08-2013). (grifo nosso).

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. REEDUCANDO QUE DEIXOU DE CUMPRIR AS CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO. PRÁTICA, EM TESE, DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRÉVIA OITIVA DO APENADO SOMENTE PARA A REGRESSÃO DEFINITIVA. RECORRENTE CONDENADO AO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME INICIALMENTE ABERTO. REGRESSÃO PARA REGIME MAIS GRAVOSO. VIABILIDADE. ART. 118 DA LEP. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Recurso de Agravo n. 2013.034733-1, de Concórdia, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 25-07-2013). (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. IRRESIGNAÇÃO DO REEDUCANDO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME, COM A PRISÃO DO PACIENTE, PARA POSTERIOR REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO VISLUMBRADA. VIA IMPRÓPRIA. MATÉRIA QUE DEMANDA RECURSO DE AGRAVO. ORDEM NÃO CONHECIDA. (TJSC, Habeas Corpus n. 2013.021025-4, de Itá, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 07-05-2013). (grifo nosso).

De fato, a doutrina e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que a prévia oitiva do apenado (conforme prescrita em lei) é necessária apenas para a regressão definitiva de regime. Desse modo, também tem decidido o STJ:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REGIME FECHADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) SUPOSTA PRÁTICA DE FALTA GRAVE (FUGA). REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. DESNECESSIDADE DE OITIVA PRÉVIA DO REEDUCANDO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego

do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Não há constrangimento ilegal em acórdão de prévio writ, uma vez que este Superior Tribunal já firmou entendimento no sentido de que, cometida falta grave pelo condenado, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional, sem a oitiva prévia do condenado, que somente é exigida na regressão definitiva. Precedentes do STJ. 3. Ordem não conhecida. (STJ - HC: 184988 RJ 2010/0169385-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2013). (grifo nosso).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES IMPOSTAS. REGRESSÃO CAUTELAR PARA REGIME SEMIABERTO. OITIVA PRÉVIA DO APENADO. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012). 2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, "no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício." 3. É possível a regressão cautelar do regime prisional sem a oitiva prévia do Apenado, exigível somente na regressão definitiva ao regime mais rígido. Precedentes. 4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício. 5. Ordem de habeas corpus não conhecida. (STJ, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/11/2012, T5 - QUINTA TURMA). (grifo nosso).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EVASÃO DO SENTENCIADO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. OITIVA PRÉVIA DO REEDUCANDO. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o Apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave. 2. Evidenciando-se a prática de falta grave, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional pelo Juiz das Execuções, sem a exigência da oitiva prévia do condenado, necessária apenas na regressão definitiva. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ, Relator: Ministra

LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/06/2012, T5 - QUINTA TURMA). (grifo nosso).

Fato indiscutível é que a jurisprudência atual se inclina, quase que uniformemente, para a possibilidade da regressão cautelar; dispensável, então, para esses julgadores, a necessidade de prévia manifestação do acusado de cometer uma falta para a sua transferência a regime mais gravoso.

3 O CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

Há muito tempo discute-se o conteúdo do devido processo legal. Certo é que não se pode reduzir seu significado a mero “procedimento estatal para restrição de direitos”, sob pena de ser desconsiderada toda uma discussão histórica, por meio da qual se poderia encontrar uma chave de interpretação para o processo penal pátrio.

Na verdade, essa redução do significado do devido processo legal ignora o entendimento mais importante e discutido de que a materialização do devido processo legal funciona como garantia da vida, propriedade e liberdade contra as ingerências do poder público.⁶⁴

No âmbito da sua conceituação, o professor Alexandre Morais da Rosa pontua que “é preciso certa tolerância para que se perceba a dimensão da cláusula do devido processo legal, especialmente o qualificado como *substantivo*, construída em mais de 800 anos (substantive due process of law)”.⁶⁵

De qualquer modo, não há como se entender o devido processo legal, em estado democrático de direito, como se tratando apenas de formalidades procedimentais.

Nas palavras de Netto (2000, *apud* Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira), verifica-se que:

Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos).⁶⁶

Nessa linha, salienta Ferreira que o devido processo legal no sentido substantivo ou material “trata-se de princípio por meio do qual se controla o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público.”⁶⁷

⁶⁴ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Lumens Juris, 2013. P. 59/60.

⁶⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Lumens Juris, 2013. P. 60.

⁶⁶ NETTO, André L. Borges. A Razoabilidade Constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto Nº 12 - MAIO/2000. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. Extraído em 24/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm#10

⁶⁷ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. Extraído em 24/11/2013 de

Por sua vez, Barroso (2001, p. 214 *apud* Ferreira) explicita que é por intermédio do devido processo legal substancial “que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”.⁶⁸

Reforça o professor Alexandre que, ainda mais após a Constituição da República de 1988, não se pode ignorar o devido processo legal substancial, mesmo porque há disposições expressas para sua administração, a exemplo do artigo 282 Código de Processo Penal. Uma crítica a ser feita é que a própria doutrina e, muitas vezes, também a jurisprudência, ignoram a referida cláusula, como se fosse mero procedimento (apenas questão de forma).⁶⁹

Destaca Nucci que o processo de execução deve-se desenvolver nos mesmos moldes de garantias do processo penal de conhecimento. Desse modo, torna-se fundamental respeitar-se o devido processo legal – com todos os seus corolários, em especial o contraditório e a ampla defesa – na fase de execução da pena.⁷⁰

Quanto à aplicabilidade do devido processo legal na seara penal, o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de acórdão proferido no Habeas Corpus nº 94.016-SP, já se manifestou nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS" - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA - A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" COMO EXPRESSIVA LIMITAÇÃO À ATIVIDADE PERSECUTÓRIA DO ESTADO (INVESTIGAÇÃO PENAL E PROCESSO PENAL) - O CONTEÚDO MATERIAL DA CLÁUSULA DE GARANTIA DO "DUE PROCESS" - INTERROGATÓRIO JUDICIAL - NATUREZA JURÍDICA - MEIO DE DEFESA DO ACUSADO - POSSIBILIDADE DE QUALQUER DOS LITISCONSORTES PENAISS PASSIVOS FORMULAR REPERGUNTAS AOS DEMAIS CO-RÉUS, NOTADAMENTE SE AS DEFESAS DE TAIS ACUSADOS SE MOSTRAREM COLIDENTES - PRERROGATIVA JURÍDICA CUJA LEGITIMAÇÃO DECORRE DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA - PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - PEDIDO DEFERIDO. A ESSENCIALIDADE DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE SE QUALIFICA COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA PRÓPRIA "PERSECUTIO CRIMINIS". - O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm#10

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal. Extraído em 24/11/2013 de

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm#10

⁶⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Lumens Juris, 2013. P. 63.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. 2012. Editora Revista dos Tribunais. 9ª Edição. P. 1.051.

constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a auto-incriminação); (l) direito à prova; e (m) direito de presença e de "participação ativa" nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes . - O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao "due process of law", além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos. O INTERROGATÓRIO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DO RÉU . - Em sede de persecução penal, o interrogatório judicial - notadamente após o advento da Lei nº 10.792/2003 - qualifica-se como ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado processante, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa especial prerrogativa. Doutrina. Precedentes. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE UM DOS LITISCONSORTES PENAIS PASSIVOS, INVOCANDO A GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW", VER ASSEGURADO O SEU DIREITO DE FORMULAR REPERGUNTAS AOS CO-RÉUS, QUANDO DO RESPECTIVO INTERROGATÓRIO JUDICIAL . - Assiste, a cada um dos litisconsortes penais passivos, o direito - fundado em cláusulas constitucionais (CF, art. 5º, incisos LIV e LV)- de formular reperguntas aos demais co-réus, que, no entanto, não estão obrigados a respondê-las, em face da prerrogativa contra a auto-incriminação, de que também são titulares. O desrespeito a essa franquia individual do réu, resultante da arbitrária recusa em lhe permitir a formulação de reperguntas, qualifica-se como causa geradora de nulidade processual absoluta, por implicar grave transgressão ao estatuto constitucional do direito de defesa. Doutrina. Precedente do STF. (STF - HC: 94601 CE , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009 EMENT VOL-02373-02 PP-00240).

Por essa óptica, decorre também que uma compreensão autêntica do devido processo legal substancial pode levar apenas à ampliação de garantias do cidadão contra os desmandos do estado e à “ampliação da tutela da vida, propriedade e liberdade, moduladas a partir do garantismo, e vinculados à tradição democrática”.

Nessa toada, a fim de operacionalizar o devido processo legal substancial, recorre-se ao princípio da proporcionalidade, o qual deve sempre ser aperfeiçoado em face da majoração das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, não se podendo invocar a proporcionalidade contra o indivíduo em nome do coletivo (haja vista que assim se estaria

invertendo a lógica do estado democrático de direito) ou a proporcionalidade de intervenções que não sejam estritamente necessárias ou, então, que sejam excessivas.⁷¹

Assim, deve-se entender que, no processo penal, em decorrência do princípio da legalidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve ser sempre favorável ao acusado. Jamais referido princípio pode ser usado em nome do bem comum ou da coletividade, especialmente em matéria de prova e de limitação a direitos fundamentais.⁷²

Em outras palavras, pode-se entender que:

A prevalência dos Direitos Fundamentais, no campo do processo e direito penal, impede juízos em favor da coletividade, dado que invertem a lógica do Estado Democrático de Direito. Assim, não se pode, em nome da dita segurança coletiva, flexionar de forma excessiva e desproporcional os Direitos Fundamentais.

No entanto, não se pode cair na armadilha da ponderação de princípios (já que se trata de mero recurso retórico), abrindo espaço para um decisionismo desenfreado, em que os princípios constitucionais viram curingas nas mãos dos magistrados, por meio dos quais conseguem fazer quase tudo o que querem, dando vazão a seus particulares desejos em detrimento do prescrito constitucional e legalmente.

A utilização da proporcionalidade, na via do devido processo legal substancial, exige necessidade (entendendo-se como a intervenção mínima do estado na esfera privada do cidadão, vedando o excesso e privilegiando a opção menos gravosa ao indivíduo, aquela que menos violará os direitos fundamentais do afetado); adequação (compreendendo a relação positiva entre o meio e o fim da medida aplicada); e proporcionalidade em sentido estrito (ou seja, o custo-benefício dessa medida)⁷³.

3.1 A MUDANÇA DE PARADIGMA COM A INSERÇÃO DE GARANTIAS

Determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já em seu artigo primeiro:

⁷¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Lumens Juris, 2013. P. 64.

⁷² MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Lumens Juris, 2013. P. 64.

⁷³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Lumens Juris, 2013. P. 65.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Portanto, de imediato o constituinte de 1988 expressou que, dentro outros, a República tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, regendo-se em suas relações internacionais também pela prevalência dos direitos humanos, expressamente nos seguintes termos:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Para Salo de Carvalho, no entanto, a prevalência dos direitos humanos não se restringe apenas à política externa nacional, mas baliza o ordenamento jurídico nacional como um todo.⁷⁴

Para o referido autor, historicamente, as normas penais (tanto materiais como formais) nunca se coadunaram perfeitamente às constituições democráticas, podendo-se afirmar inclusive que os direitos humanos, em momento algum, simbolizaram ferramentas de referência à ciência penal. Apesar desse fato, dispõe em sua obra *Pena e Garantias* que

⁷⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias* 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P. 157.

“atualmente os pensadores das ciências penais, principalmente das políticas criminais, consolidaram o entendimento dos *direitos humanos como limite e objeto do direito penal*, propiciando ao jurídico uma fonte externa de legitimação”.⁷⁵

Evidente, porém, que a presente carta constitucional não esgotou a totalidade dos direitos humanos (inclusive pelo viés histórico desses direitos, que possibilita sempre sua renovação com o passar do tempo), apesar de terem os estatutos constitucionais, em geral, positivado muitos dos valores humanitários imprescindíveis a um “processo de construção do modelo jurídico de garantias”.⁷⁶

Para a construção desse modelo, ressalta-se o princípio da secularização. Salo, inclusive, caracteriza-o como princípio lapidar do modelo jurídico de garantias, sendo o modelador de toda a estrutura de princípios e normas (acima inclusive do princípio da legalidade, o qual está subordinado àquele), consistindo em condição indispensável à formação de um sistema constitucional garantista de direito penal e processual penal.⁷⁷

Tal sistema compreende hoje intervenções constitucionais no campo penalógico, dentre as quais, limitações quanto à espécie da sanção e o sujeito a ser sancionado (a exemplo dos incisos XLVII, XLV e XLVI, todos do artigo 5º, que, respectivamente, proíbe determinadas penas, delimita os destinatários da pena e taxa possibilidades de sanção).

Além dessa primeira ordem de garantias, ressaltam-se normas de garantias aos presos (independentemente se provisórios ou condenados), as quais protegem direitos inalienáveis e indisponíveis, tendo em vista que se relacionam à integridade física e moral do sujeito que se encontra recluso.⁷⁸

Aduz, ainda, o referido autor que, apesar da dificuldade na materialização dos princípios constitucionais em virtude de seu caráter, de certa maneira, abstrato, cabe ao operador jurídico a interpretação e filtragem dos institutos jurídicos-penais a partir da Constituição de maneira comissiva, concluindo:

Se é verdade que o sistema jurídico por si só não pode garantir nada, não se pode afirmar que o jurista nada pode fazer para otimizar o modelo de garantias. É da essência da atividade dos operadores críticos a utilização dos mecanismos fornecidos pela Constituição, e das lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior, para otimizar normas, gerando práticas de defesa dos direitos fundamentais.

⁷⁵ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P 158.

⁷⁶ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P 158.

⁷⁷ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P 159.

⁷⁸ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P 161.

Importante ressaltar, porém, que o modelo de certa forma garantidor da Constituição de 1988 contrasta com ideias punitivistas, que reforçam a incidência do “penal/carcerário”. Com relação a essa afirmativa, Salo de Carvalho ainda destaca que “a ‘ilusão penal’, ideia predominante no senso comum do ‘homem de rua’ que alcança atualmente os juristas, elevou como máxima constitucional normas de restrição de direitos fundamentais.” E que tal paradoxo (haja vista a “coexistência de normas garantidoras e normas autoritárias em estatutos com clara vocação humanista”) espelha a cena jurídica e política nacional desde o advento da Constituição Cidadã.⁷⁹

Complementa, ainda, o referido autor que a atual Carta Constitucional recepcionou também anseios punitivos, de forma a ameaçar seus próprios princípios liberais, obtendo-se, dessa forma, a formação de um núcleo constitucional-penal dirigente, realizado pelo legislador de maneira plena, cujo principal efeito é construir um Estado Penal como alternativa, ou solução, a um Estado Social inexistente.⁸⁰

Nesse mesmo caminho, parece assentar uma mentalidade inquisitorial (em que pesem os mandamentos do modelo acusatório), tornando praticamente inviável presumir a inocência no atual sistema processual penal⁸¹ e, em decorrência da mesma mentalidade, na execução da pena.

Por mais que já tenha havido condenação criminal transitada em julgado para a execução da pena (apesar de os números demonstrarem que pouco mais da metade dos reclusos são presos “definitivos”), a não-inocência é limitada, por óbvio, à questão-objeto da ação penal que originou a execução. O princípio da inocência, por sua vez, no que se refere a todas as demais condutas do apenado sobre as quais não tenha sido proferida decisão irreversível, continua a se fazer presente. Ou deveria, pelo menos.

Outro lapso punitivista contido na Constituição, mostrando novamente uma tendência autoritária permeando ditames garantistas, diz respeito aos direitos políticos, que são retirados dos condenados (enquanto durarem os efeitos da condenação). Com relação a esse efeito da condenação, Salo de Carvalho indaga qual seria a relação possível entre a condenação criminal e a suspensão dos direitos políticos, a não ser a exclusão do condenado da vida pública, da cidadania, solidificando estigma de apátrida, e de forma muito acertada comenta a questão:

⁷⁹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias* 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P 162.

⁸⁰ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias* 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P 163..

⁸¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Lumens Juris, 2013. P. 67.

A edificação, em sede constitucional, da destituição da cidadania do preso capacita diagnosticar o não-reconhecimento dos seus direitos pelo Poder Público. Se a própria constituição, norma fundante da ordem jurídica, do regime democrático e do modelo republicano, retira o *status civitas* do condenado no plano das relações e decisões políticas, inevitável que o Estado-administração e o Estado-jurisdição pulverizem esta máxima, legitimando o desrespeito cotidiano aos direitos fundamentais nas relações intra-muros. O resíduo autoritário da negativa de voto ao preso, aliado às cláusulas de criminalização, leva ao questionamento do imaginário que perfaz a condição do condenado, pois, ao mesmo tempo que a norma positiva fundamental preza a manutenção de sua dignidade, acaba negando sua posição de sujeito político, retirando-lhe instrumento de exercício da cidadania.⁸²

Dessa forma, assombram também a presente Constituição resquícios punitivistas, porém dividindo espaço com preceitos garantidores de direitos, os quais devem prevalecer por todo o contexto constitucional no novo universo de garantias.

3.2 A REGRESSÃO CAUTELAR COMO VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO

3.2.1 O CONTRADITÓRIO

A fim de definir o que de fato a regressão cautelar viola, é de primordial relevância analisar em que consiste o contraditório e, desse modo, entender sua relação com processo e procedimento.

Ocorre que, por procedimento, deve-se também atentar-se a um novo conceito, não mais sendo entendido o procedimento como mera exteriorização ou materialização do processo, mas como uma sequência de atos preparatórios de um provimento estatal, independentemente se administrativo, judicial ou legislativo. Nessa toada, o procedimento requer uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam (em conexão entre elas), regendo a sequência de seu desenvolvimento.⁸³

No entendimento de Leal, para Fazzalari, o processo deve ser compreendido como procedimento em contraditório. Desse modo, quando o procedimento (entendido como

⁸² CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias 2ª Edição. Lumens Juris, 2002. P 163/164.

⁸³ LEAL, André Cordeiro. O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático. Mandamentos, 2002. P. 83.

conexão normativa preparatória de um ato estatal) estrutura-se pelo contraditório, há o processo.⁸⁴

Assim, o contraditório torna-se o que diferencia o processo do procedimento, sendo este, gênero daquele. Em outras palavras, o processo para a ser uma espécie do gênero procedimento, cuja característica especificadora (ou como define Leal, autorizativa de uma classificação destacada) é a presença do contraditório.

Em decorrência desse entendimento, o contraditório (já definido como elemento diferenciador dos referidos institutos jurídicos) deve-se instaurar diretamente entre os interessados/destinatários do provimento.⁸⁵

O contraditório toma contorno, portanto, pela igualdade de oportunidade no processo ou igual oportunidade de igual tratamento. No pensamento de Gonçalves, essa igualdade de oportunidade compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.⁸⁶

Por esse viés, a regressão cautelar ofende o contraditório, na medida em que o apenado não tem oportunidade de manifestação. Passa o período em que se investiga se houve ou não o cometimento de falta grave, como se culpado fosse, a despeito do que pudesse argumentar em sua defesa, o que, por si só, afronta dispositivo constitucional, nos termos do inciso LV do artigo 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Salta aos olhos a reflexão de que, se durante o processo penal, já se costuma impor um véu de não-inocência ao processado criminalmente, resultando em, dentre ampla gama de arbitrariedades, banalização de prisões preventivas (quando, por expressa determinação legal, deveriam ocorrer em casos excepcionais), ainda mais ferrenha é a presunção de culpa daqueles que já se encontram cumprindo pena. Ainda mais dispensável parece figurar o contraditório para a solução de um incidente disciplinar, equivocadamente, por óbvio.

Fato esse que enseja debates de grande importância, haja vista as consequências do processo constitucionalizado.

⁸⁴ LEAL, André Cordeiro. O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático. Mandamentos, 2002. P. 83/84.

⁸⁵ LEAL, André Cordeiro. O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático. Mandamentos, 2002. P. 84.

⁸⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do Processo. Aide, 1992. P. 127.

Nas palavras de Leal, o “processo constitucionalizado traz em si princípios que não podem ser desconsiderados se se tem em mente a legitimação democrática das decisões judiciais.”

Nesse caminho, a Lei de Execução Penal expressamente determina que o condenado deverá ser ouvido previamente para a regressão de regime, nos seguintes termos:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado. (grifo nosso).⁸⁷

Além da referida ordem legal, a própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso LV, determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No entanto, Salo coloca que o direito penitenciário costumava apenas regulamentar a organização do cárcere, basicamente dispondo sobre regras disciplinares que ordenassem a vida do recluso durante sua pena; não passando, desse modo, de ramo autônomo cujo objetivo principal é o balizamento da atividade administrativa penitenciária, regulando “o ambiente da instituição sob o prisma da segurança e da disciplina”. Assim, a natureza do direito penitenciário seria essencialmente administrativa, atuando pelas vias do poder executivo e sem subordinação ao juízo da execução e ao Ministério Público.

Nesse ambiente de grande discricionariedade no tratamento das questões internas da administração prisional, geraram-se grandes problemas (típicos de *instituições totais*, segundo o referido autor) tais qual a constante lesão aos direitos dos presos, acarretando inclusive uma crise na execução penal.⁸⁸

Assim, sob a bandeira da disciplina e da ordem, justificou-se violação dos direitos dos apenados, que não haviam sido atingidos pela sentença penal condenatória e que, portanto, não estavam sob o arbítrio da administração prisional.

⁸⁷ Extraído em 18/11/2013 de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm

⁸⁸ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias 2ª Edição. Lumens Juris Editora. 2002. P.168.

A fim de limitar o que se tornaram arbitrariedades dos órgãos penitenciários, diminuindo as violações perpetradas, a Lei de Execução Penal regulamentou a jurisdicionalização da execução penal, fato que vem ao encontro da ideia de processo como garantia do cidadão contra o Estado⁸⁹, levando à execução da pena, assim como na interpretação garantidora constitucional de dispositivos legais, um pouco de *oxigenação democrática*.

Desse modo, jurisdicionalizada a execução da pena, e partindo do pressuposto de se estar numa ordem jurídica que reflete o paradigma do Estado Democrático de Direito, a execução penal demanda que as decisões judiciais a ela referentes sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.⁹⁰

Aqui, encontra-se uma das principais violações contidas na regressão cautelar de regime. Se o Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, importa-se com as razões pelas quais um magistrado decide, cobrando reflexão sobre os paradigmas que guiaram a decisão⁹¹, uma decisão judicial, sem previsão legal, jamais poderia colocar um apenado em regime mais gravoso que aquele em que se encontra cumprindo por mera notícia de falta disciplinar, ou seja, punir alguém por ter - talvez - cometido uma infração, cuja prova de autoria e materialidade costuma levar meses para ser apurada e o incidente chegar ao fim por meio de uma decisão judicial.

Se a execução da pena é judicializada, servindo, como tal, também para (em alguma escala) frear arbitrariedades da administração prisional, não há sentido na regressão de regime pelo magistrado sem a oitiva do acusado. Bastaria que a gerência do ergástulo punisse o apenado, sem o rigor do processo.

Assim, há casos, por exemplo, em que o reeducando encontra-se cumprindo sua reprimenda em regime semiaberto e o juízo da execução é informado de que houve instauração de incidente disciplinar administrativo para apurar responsabilidade de possível falta disciplinar considerada grave. Muitas vezes, um aparelho celular ou alguma quantidade de droga foi encontrado em uma cela com uma dezena de presos.

Ocorre que, não poucas vezes, no fim da investigação perpetrada pela administração prisional, não se pôde precisar qual recluso era o proprietário do material ilícito ou irregular encontrado. De modo que tais conclusões são encaminhadas ao juízo da execução penal, que, ao final, não tem outra opção a não ser julgar o incidente improcedente. E se o

⁸⁹ CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias 2ª Edição. Lumens Juris Editora. 2002. P.169.

⁹⁰ Cattoni, Marcelo. Direito Processual Constitucional. 2001. Editora Mandamentos. P. 141

⁹¹ ⁹¹ Cattoni, Marcelo. Direito Processual Constitucional. 2001. Editora Mandamentos. P. 141

reeducando já tivesse sido regredido cautelarmente para o regime fechado, somente com a decisão de improcedência do cometimento de falta disciplinar é que retornaria ao regime de onde nunca deveria ter saído. O apenado, sem possibilidade de manifestação, passou todo o tempo de trâmite da apuração que o Estado necessitou para verificar a autoria do fato para ao final julgar improcedente.

Ainda pior ocorre quando o reeducando encontra-se cumprindo sua pena em regime aberto, normalmente em casa, devendo apresentar-se regularmente em juízo ou outro local determinado.

Nesses casos, a notícia de que o apenado deixou de se apresentar, comumente, enseja a regressão cautelar de regime; o que faz com que, depois de preso (não necessariamente na comarca de cumprimento da reprimenda), permaneça o sujeito cumprindo pena recolhido em presídio ou penitenciária (na prática, em condições semelhantes [um pouco piores] ao regime fechado) até o fim da apuração da possível falta grave.

3.3 A COMPREENSÃO ADEQUADA DO PROCEDIMENTO DA REGRESSÃO

Deve-se entender por uma ‘compreensão adequada’ do regime procedimental da regressão de regime como a única constitucionalmente viável no âmbito do estado democrático de direito.

A Constituição da República, em seu inciso LIV do artigo 5º, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Já no artigo 5º, inciso LV, assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados de forma em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Dessa forma, o modo como ocorre a regressão de regime deve necessariamente proceder assim como prescrito em lei. Não há espaço para a construção doutrinária retirar garantia conferida expressamente pela Carta Constitucional.

Para Marcão, “os elevados princípios da ampla defesa e do contraditório têm lugar destacado no processo de execução, muito embora na prática a constatação seja outra bem diversa”, enfatizando ainda que:

Hoje é pacífico o entendimento no sentido de que “é inconcebível, no Estado de Direito minimamente democrático, a atuação jurisdicional ex officio, sendo obrigatória a manifestação da defesa, antecedente a qualquer decisão que altere materialmente a situação do cidadão condenado” Assim, “tratando-se de imposição final de regressão de regime prisional, exige-se a

audiência prévia do condenado a fim de propiciar eventual justificação da prática do fato caracterizado como falta grave, ou a demonstração da sua improcedência, se for o caso. ⁹²

A Lei de Execução Penal, por sua vez, impõe que deverá ser ouvido previamente o condenado para a transferência a qualquer dos regimes mais rigorosos, nas hipóteses em que o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave ou, ainda, quando no regime aberto, se, além das hipóteses referidas nos incisos I e II do artigo 118, o condenado frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. ⁹³

O contraditório, cuja presença na execução penal é que a caracteriza como processo, constitui elemento indispensável a toda manifestação judicial que se relacione com os direitos e deveres do apenado, não consistindo em exceção a definição do regime de cumprimento da pena.

Desse modo, não há outra forma de se entender a execução da pena sem a participação tanto do ministério público, quanto do reeducando, em todas as fases.

Essa visão encontra respaldo em parte da jurisprudência e em determinadas situações, a exemplo do seguinte julgado:

Execução penal. Art. 52 da LEP. O reconhecimento de falta grave pela prática de fato previsto como crime doloso durante a execução da pena, por força do princípio da presunção de inocência, reclama sentença condenatória definitiva. Agravo provido. Unânime. (Agravo Nº 70045616802, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Julgado em 07/12/2011). (TJ-RS, Relator: Luís Gonzaga da Silva Moura, Data de Julgamento: 07/12/2011, Quinta Câmara Criminal). (grifo nosso).

Nas palavras do relator desse acórdão, proferido em agravo em execução, “o reconhecimento da falta grave prevista no artigo 52 com conseqüente regressão de regime

⁹² MARCÃO, Renato. 2012 Curso de Execução Penal 2012. P. 183.

⁹³ LEP, Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

prisional, em face do princípio constitucional da presunção de inocência, só é possível após o trânsito em julgado da respectiva sentença condenatória.”

Outros julgados direcionam-se no mesmo sentido, como relativamente recente acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Acre:

HABEAS CORPUS. RÉU CONDENADO AO REGIME ABERTO. NÃO COMPARECIMENTO À AUDIÊNCIA ADMONITÓRIA. DECRETADA A REGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE. 1. A regressão é admissível, obediente ao devido processo legal, não podendo ser determinada, a título cautelar, caso não seja ouvido, previamente, o sentenciado, resta caracterizado o constrangimento ilegal. 2. Ordem concedida. (TJAC; HC 0000670-83.2013.8.01.0000; Ac. 14.347; Câmara Criminal; Rel. Des. Francisco Djalma; DJAC 06/05/2013; Pág. 19). (grifo nosso).

Bem como, alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

EXECUÇÃO PENAL. ART. 118. PAR. 2. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. EXERCÍCIO DO DIREITO. RECURSO PROVIDO. PENAL. EXECUÇÃO. AGRAVO. REGIME PRISIONAL. FALTA GRAVE. FUGA. REGRESSÃO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE SEM PREVIA OITIVA DO APENADO FORAGIDO. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONFINAMENTO. PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO DOS DIREITOS DO PRESO À SAÍDA "EXTRAMUROS SIT ET QUANTUM. 1. Correta a decisão do juiz das execuções penais do Estado do Rio de Janeiro que inadmite a regressão cautelar diante da norma insculpida no artigo 118, par. 2., da LEP ("art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I. Praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; ... Par. 2.. Nas hipóteses do inciso I..., deverá ser ouvido, primeiramente, o condenado"), aduzindo-se o que dispõe o artigo 5., inciso LV, da constituição federativa de 1988 ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerente" 2. A norma é impositiva"... Deverá ser ouvido, previamente, o condenado" não dando oportunidade de tergiversações, sob pena de serem subtraídas as garantias constitucionais do devido processo legal; 3. Inaplicável a analogia in malam partem"; 4. Se há fuga do encarcerado, considerada como falta disciplinar grave (art. 50, II da LEP), sendo capturado ou apresentando-se espontaneamente, será confinado e terá suspensos seus direitos de saída temporária e para o trabalho, até o julgamento da CTC, sendo vedada a regressão de regime sem que seja ouvido pelo juiz da execução (art. 118, par. 2. C/c 184 da LEP); se não capturado, aguarda-se o cumprimento do mandado de prisão com recolhimento à unidade de origem; 5. Recurso provido. (TJRJ; RCrAg 66/1999; Rio de Janeiro; Segunda Câmara Criminal; Relª Desª Elizabeth Gregory; Julg. 04/04/2000). (grifo nosso).

E ainda:

EXECUÇÃO PENAL. FUGA. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. FUGA. REGRESSÃO CAUTELARAO REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. A Lei nº 7.210/84 prevê, no artigo 118, inciso I, a possibilidade de transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado praticar falta grave, determinando, no par. 2., que, nesta hipótese, "...deverá ser ouvido, previamente, o condenado". As medidas restritivas à liberdade de locomoção (inc. XV, do art. 5., CRFB) deverão estar previstas em Lei, sendo vedada a interpretação extensiva de tais normas e, com maior razão, o emprego de analogia, salvo se in bonam partem". Para evitar nova fuga enquanto o condenado justifica a falta grave, pode ser imposta a sanção disciplinar de isolamento (inc. IV, do art. 53, LEP). Inadmissível é o estado, reconhecendo sua deficiência na vigilância do preso, afrontar ordenamento jurídico impondo medida cautelar de regressão de regime não prevista em Lei. Recurso provido, para cassar a decisão agravada. Vencido o des. Indio brasileiro da Rocha. (TJRJ; RCrAg 572/2002; Rio de Janeiro; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Leite Araujo; Julg. 02/10/2003). (grifo nosso).

Registra-se por fim que, regra geral, as decisões proferidas pelos magistrados da execução penal e dos tribunais admitem a regressão cautelar de regime. Algumas poucas decisões parecem nutrir-se de ares constitucionais, não aplicando o que a lei não permite.

4 CONCLUSÃO

A regressão cautelar de regime faz com que o direito do condenado de ser previamente ouvido quando da comunicação de cometimento de falta grave, conforme determinado pela Lei de Execução Penal, não seja respeitado.

Além da normatividade legal, o contraditório tem também seu status elevado a patamar constitucional, com já consagrado respaldo no artigo 5º da Constituição da República.

Desse modo, não há compreensão que possa, simultaneamente, acatar o devido processo legal como norte e entender cabível regressão de regime prisional que ignore a necessidade de contraditório, que é justamente o caso da regressão cautelar.

É preciso se ter em mente que a garantia que a sociedade deve ter é, justamente, a de que seus membros não serão presumivelmente culpados, podendo expressar amplamente seus argumentos de defesa, sob pena de voltar-se a modelo inquisitorial ou a estado totalitário. Não se pune primeiro, para depois viabilizar-se a defesa. Ao menos, não, em estado democrático de direito.

Assim, respeitadas opiniões em sentido diverso, a viabilidade da ausência de contraditório em processo judicial de execução da pena privativa de liberdade, não só, ofende diretamente ao prescrito em lei e na Constituição, como se constitui em evidente retrocesso ao sistema de garantias a duras batalhas conquistado.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – Volume 1. Editora Saraiva. (versão digital). 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 29 out. 2013.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias** 2ª Edição. Lumens Juris, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Mandamentos, 2001.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 out. 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm >. Acesso em 29 out. 2013.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **O Devido Processo Legal Substantivo e o Supremo Tribunal Federal nos 15 anos da Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_60/Artigos/Art_Olavo.htm#10>. Acesso em 24 nov. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Editora Vozes. 29ª Edição. 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Volume 1. Editora Impetus. 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do Processo**. Aide, 1992.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2010. **Direitos Humanos na Administração da Justiça: Um Manual de Direitos Humanos para Juízes, Procuradores e Advogados**.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Mandamentos, 2002.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em 9 nov. 2013.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. Editora Saraiva 10ª Edição. (versão digital).

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Lumens Juris, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 4ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal** – Parte Geral. 7ª Edição. Lumen Juris Editora. (versão digital). 2011.