

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

ROBERTA VALVASSORI FRASSON

**A REGRESSÃO DE REGIME EM DECORRÊNCIA DE NOTÍCIA DE
FATO NOVO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: UM ESTUDO DAS
DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOB A
PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010

ROBERTA VALVASSORI FRASSON

A REGRESSÃO DE REGIME EM DECORRÊNCIA DE NOTÍCIA DE FATO NOVO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: UM ESTUDO DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Alfredo Engelmann Filho

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010.

ROBERTA VALVASSORI FRASSON

A REGRESSÃO DE REGIME EM DECORRÊNCIA DE NOTÍCIA DE FATO NOVO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO: UM ESTUDO DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, 01 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alfredo Engelmann Filho – UNESC – Orientador

Prof. João de Mello – UNESC

Prof. Marconi Borges Caldeira - UNESC

Dedico o presente trabalho aos meus pais, José Roberto Frasson e Maria Eugênia Valvassori Frasson, por terem cumprido brilhantemente sua função educadora, bem como a todos que contribuíram, das mais diversas formas, para minha formação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente, a toda energia positiva que vem guiando meus caminhos ao longo dessa jornada, pelas experiências que me foram proporcionadas, pelas pessoas maravilhosas que permitiu entrar e fazerem parte da minha vida. Essa energia positiva, acredito, que seja Deus.

De forma especial, à minha família, meus pais José Roberto Frasson e Maria Eugênia Valvassori Frasson, e meu irmão Samuel Valvassori Frasson, por serem a base de toda a minha existência, pelos ensinamentos que me dispensaram ao longo da vida.

Ao meu namorado e companheiro, Marcos Martins Fabris, pela paciência que teve durante a execução deste trabalho, pela compreensão nos momentos difíceis, pela serenidade que me transmite, além da parceria, carinho e zelo de sempre.

Às minhas amigas Luhana Rodrigues Silveira e Julia Ghisi Kesting, pelos anos de verdadeira amizade, cumplicidade, amor e suporte, bem como à Paulo Felipe Bussolo e Felipe Alves Goulart, meus irmãos de coração, à quem dispenso toda minha amizade.

Às minhas amigas de todos os dias, essenciais ao longo da jornada acadêmica, Maria Carolina Costa, Marília Milioli, Natália Mendes Luciano e Gabriela Medeiros, por compartilharem momentos de cansaço, de noites mal/não dormidas, mas também muitas alegrias e momentos inesquecíveis.

Às minhas colegas de trabalho da Promotoria de Justiça, Dra. Vera Lúcia Coró Bedinoto, Beatriz Gamba Nunes, Priscila Duarte e Larissa Bortoloto, pela alegria que me trazem todas as tardes, sempre compartilhando de forma generosa seus conhecimentos e descobertas.

Ao meu orientador, Professor Alfredo Engelmann Filho, excelente docente, que cativou minha admiração já no início do curso, quando tive a oportunidade de ser sua aluna, e cuja postura admiro muito.

Agradeço, ainda, aos Professores Marconi Borges Caldeira e João de Mello, que apesar de todo desgaste rotineiro aceitaram fazer parte da banca examinadora do meu trabalho, bem como a todos docentes desta Universidade que, de algum modo, contribuíram para minha formação.

“Enquanto os homens exercem seus podres poderes, morrer e matar de fome, de raiva e de sede, são tantas vezes gestos naturais.”

Caetano Veloso

RESUMO

O presente trabalho visa abordar um tema que atualmente gera controvérsias na doutrina e jurisprudência pátria, a regressão de regime prisional em decorrência do cometimento de fato novo definido como doloso. A Lei de Execução Penal (nº 7.210/1984) traz um rol taxativo das hipóteses em que ocorrerá a regressão de regime, sendo sua primeira causa o cometimento de fato que se possa definir como doloso. A controvérsia consiste, basicamente, na necessidade ou não de que tal fato tenha sido alvo de sentença transitada em julgado. A Constituição Federal de 1988 positivou o princípio da presunção de inocência, que garante ao indivíduo o tratamento de inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Para devida compreensão do tema selecionado, estudou-se, primeiramente, os princípios constitucionais aplicáveis ao processo de execução penal, bem como o princípio da presunção de inocência. Fez-se, também, um estudo acerca da teoria da pena, dos sistemas penitenciários existentes, assim como do sistema progressivo de penas adotado pelo Brasil, e as hipóteses de regressão de regime prisional. Por fim, foram expostos os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais do tema, apontando as divergências encontradas, e os argumentos utilizados. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental, sendo a pesquisa jurisprudencial qualitativa.

Palavras-chave: Presunção de Inocência; Progressão e Regressão de Regime; Fato Novo; Divergências.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	10
2.1 Princípios e Regras	10
2.2 Princípios Basilares	12
2.2.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	12
2.2.2 Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório.....	13
2.2.3 Princípio da Legalidade	16
2.2.4 Princípio da Reserva Legal.....	19
2.3 Princípio da Presunção de Inocência	21
3 TEORIA DA PENA	26
3.1 Conceito	26
3.1.1 Funções da Pena	27
3.2 Os Sistemas Penitenciários.....	29
3.2.1 Sistema Penitenciário Pensilvânico.....	29
3.2.2 Sistema Penitenciário Auburniano	30
3.2.3 Sistema Penitenciário Progressivo.....	31
3.3 Os Três Regimes de Cumprimento de Pena	34
3.3.1 O Regime Fechado	34
3.3.2 O Regime Semiaberto	36
3.3.3 O Regime Aberto	37
3.4 A Regressão de Regime.....	38
3.4.1 Regressão pelo Cometimento de Falta Grave.....	39
3.4.2 Condenação por Crime Anterior	40
4 A REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM DECORRÊNCIA DE FATO NOVO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO	42
4.1 Divergências Doutrinárias	42
4.1.1 Posicionamentos Favoráveis à Regressão	42
4.1.2 Posicionamentos Desfavoráveis à Regressão	43
4.1.3 Divergências Jurisprudenciais.....	46
4.2 Casos Ocorridos na Comarca de Criciúma/SC.....	54
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	60
ANEXOS	66

1. INTRODUÇÃO

Com o cometimento de uma infração penal, surge para o Estado o direito de punir o indivíduo que, após o devido processo legal, foi considerado culpado, sendo-lhe aplicada uma determinada sanção. Inicia-se, assim, a fase da execução penal, que tem por objetivo proporcionar o cumprimento da sentença transitada em julgado, agora denominada pretensão executória.

A reforma penal instituída pela Lei de Execução Penal trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o sistema progressivo de penas, concretizado através da transferência do apenado para o regime mais benéfico dentre os três regimes de cumprimento de reprimendas, se cumpridos requisitos legais.

Na contramão, previu, também, a regressão de regime prisional, pelo qual o condenado é transferido a regime mais gravoso se ocorridas as hipóteses enumeradas em lei. A primeira delas é do condenado que comete, no curso de uma execução penal, um novo fato definido como crime doloso.

Nesta senda é que paira o problema que guia o presente estudo: se existe a necessidade de que este fato novo tenha sido alvo de sentença transitada em julgado, ou se a simples prática de novo fato é suficiente para motivar a regressão de regime.

O posicionamento majoritário dos tribunais e de parte da doutrina brasileira é no sentido de que a prática é suficiente para que o condenado seja regredido de regime, e que não há violação ao princípio da presunção de inocência.

Por outro lado, determinadas câmaras de direito penal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotam o posicionamento da não regressão de regime enquanto não sobrevier sentença condenatória transitada em julgado, amparado por doutrinadores. Ao darem uma interpretação constitucional à Lei de Execução Penal, são firmes no entendimento de que só após o trânsito em julgado é que se pode operar a regressão de regime.

Assim, o presente trabalho visa estudar a divergência exposta, analisando, para tanto, o sistema progressivo e regressivo de penas, bem como a previsão constitucional do princípio da presunção de inocência.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 PRINCÍPIOS E REGRAS

Segundo Luiz Flávio Gomes (2010), normas, princípios, regras e preceitos são conceitos distintos, porém interligados na medida em que norma, considerada a expressão do Direito, surge das regras e dos princípios.

Tratar-se princípios e regras como sinônimos “pode nos levar a grandes equívocos, uma vez que cada um tem significado próprio e diverso.” (LOPES, 2006, p. 25)

Aduz Ruy Samuel Espíndola (1998, p. 46) que “o termo *princípio* é utilizado, indistintamente, em vários campos do saber humano.”

Dessa forma, não só o Direito, mas todos os campos do saber valem-se do conceito de princípio para “estruturarem, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimento a respeito dos objetos cognoscíveis exploráveis na própria esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.” (ESPÍNDOLA, 1998, p. 46)

Assim, Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 122) afirma que a idéia relacionada a princípios pode ter diversos usos, mas:

Apesar da multiplicidade de concepções e da ambigüidade do tema, os princípios são muito utilizados pelo juiz para resolver o caso; pelo legislador para legislar, pelo jurista para pensar e fundamentar; e pelo operador jurídico para atuar.

Cabe, ainda, o esclarecimento de Ruy Samuel Espíndola (1998, p. 47) acerca da idéia de princípio constitucional:

Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Esse sistema de idéias, segundo Barroso e Barcellos (2010), teve que superar a idéia inicial de que sua dimensão seria puramente axiológica, ética e que não produziria eficácia jurídica, nem tão pouco seriam aplicados de forma direta e imediata. Assim, os princípios constitucionais tiveram que se encaminhar ao centro do sistema, e só dessa forma alcançaram o *status* de norma jurídica.

Segundo José Laurindo de Souza Netto (2003, p. 42), “por intermédio dos princípios processuais, a Constituição atua concretamente como um redutor do direito repressivo, vez que impede o surgimento de normas contrárias às garantias nela estabelecidas.”

Em contrapartida das regras, os princípios se apresentam como diretrizes do ordenamento jurídico, sendo possível a aplicação de diversos princípios à um mesmo caso concreto, pois um não exclui o outro, diferentemente das regras, que necessitam de uma situação fática, e a incidência de uma exclui a outra (a regra específica se sobressai à geral, por exemplo.) (GOMES, 2010)

Sobre as diferenças existentes entre regras e princípios, tem-se que as regras:

[...] são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. (BARROSO e BARCELLOS, 2010)

Continuando na linha de raciocínio dos citados autores, os princípios, por sua vez:

[...] contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (BARROSO e BARCELLOS, 2010)

Nos dizeres de Ricardo Luis Lorenzetti (2009, p. 125), os princípios são normas, e se distinguem das regras, pois:

Possuem uma estrutura deontológica, posto que caracterizam um dever ser, mas são distintos das regras porque estas podem ser cumpridas ou descumpridas de um modo claro. O princípio expressa a ordem de cumprir com um mandado na medida do possível.

Concluindo, o entendimento de Luiz Flávio Gomes (2010) sobre o assunto, é que a principal diferença existente entre princípios e regras é que os primeiros guiam diversas situações; enquanto as segundas somente são aplicadas em situações concretas. Como exemplo, cita que o inquérito policial tem determinadas funções expressas em lei, como para apurar a autoria e materialidade da infração penal e instruir futura ação penal. Exemplifica os princípios com o princípio da presunção de inocência, que cuida da forma de tratamento e de diversas regras probatórias.

2.2. PRINCÍPIOS BASILARES

2.2.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do devido processo legal no art. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 2010a).

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, “o princípio do devido processo legal insere-se na idéia de democracia, como veículo da justiça e dos direitos fundamentais [...]” (LIMA, 1999, p. 187)

Primeiramente, cabe a desintegração dos três elementos contidos no artigo supracitado, verificando-se o significado de cada conteúdo, individualmente. “Devido” assume a conotação de previsto, tipificado e justo. “Processo” permanece com o significado mais conhecido, acerca dos trâmites, caminhos a serem percorridos dentro do ordenamento jurídico. “Legal” pode ser entendido em seu significado mais amplo, abrangendo a Lei Maior e a legislação infraconstitucional. Unindo todos os termos novamente, pode-se chegar à “garantias previstas juridicamente.” (TAVARES, 2008, p. 676)

Dessa forma, Nagib Slaibi Filho (2006, p. 334) conceitua o devido processo legal:

[...] é o conjunto de garantias expressamente previstas na Constituição ou por ela reconhecidas como necessárias para integrar a pessoa interessada no processo de decisão, pública ou privada, que diga respeito à sua liberdade ou aos seus bens ou a qualquer interferência arbitrária nos seus direitos da personalidade.

Gilmar Ferreira Gomes (2008, p. 639) dá maior amplitude ao devido processo legal, afirmando que a sua previsão constitucional fez com que a obrigatoriedade da sua observância não recaísse mais tão somente aos magistrados, mas estendendo-se a todos aqueles que compõem o aparato jurisdicional, como os advogados e serventuários, por exemplo. Assim, todos os que exercem funções consideradas como essenciais à justiça tem o dever de fazer com que o devido processo legal seja aplicado.

Alguns doutrinadores o consideram de extrema importância na medida em que o devido processo legal engloba uma série de outros princípios constitucionais. (LOPES, 2006, p. 32)

Nesse sentido, pode-se citar Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 386):

[...] hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos pela Constituição.

A doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do “devido processo legal”: a) a princípio da publicidade dos atos processuais; b) a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito; d) contraditório; e) procedimento regular.

Acerca do alcance do devido processo legal, André Ramos Tavares (2008, p. 678) explica que ele deve ser observado tanto na esfera cível, quanto na criminal ou administrativa, incluindo também os procedimentos disciplinares e militares, bem como todos os processos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2.2 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

Atualmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão consagrados no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal: “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;” (BRASIL, 2010a)

O fato de um único dispositivo assegurar dois princípios reforça a proximidade da inter-relação entre ambos. É da manifestação do contraditório que surge o exercício da ampla defesa, e vice-versa, e assim pode ser notada a íntima relação existente eles. (ZILLI, 2003, p. 166)

Acerca do alcance da ampla defesa dentro do ordenamento jurídico:

as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, os processos judiciais ou administrativos. (MENDES, 2008, p. 546)

Na mesma esteira, José Laurindo de Souza Netto afirma que “a cláusula que outorga aos indivíduos o direito inviolável de se defender não se refere exclusivamente ao processo penal.” (2003, p. 122)

A ampla defesa dá ao acusado “a faculdade de ele intervir no processo, depois de citado, para levar a cabo todas as atividades necessárias para esvaziar a resposta penal ou atenuar a consequência jurídico-penal.” (NETTO, 2003, p. 122)

O seu conteúdo é revelado dentro do processo por meio da garantia que todo acusado tem de ser ouvido pelo Juiz, bem como na obrigação do magistrado de estar ciente da manifestação tanto da acusação quanto da defesa. (NETTO, 2003, p. 123)

E afirma também que “a presença do acusado e sua participação pessoal nos atos processuais constituem expressão concreta do direito de defesa.” (NETTO, 2003, p. 126)

Na mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 547) afirma que:

Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas.

A observância do princípio da ampla defesa é fundamental tendo em vista que o réu é considerado como a parte mais frágil da relação, uma vez que o Estado age por meio de órgãos preparados e constituídos, podendo valer-se de uma série de informações, dados e fontes para comprovar suas alegações. Por esse motivo é

que deve ser oportunizada ao réu uma ampla possibilidade de defesa, como uma compensação devida pelo Estado. (NUCCI, 2006, p. 79)

Na mesma linha, ressaltando o princípio do contraditório como forma de igualar as duas partes processuais, Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 387) explica:

Por ora, basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em uma luta desigual, em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à elucidação de sua versão.

Dessa forma, além de princípio fundamental, o contraditório serve essencialmente para que o processo caminhe de modo uniforme para ambas as partes processuais, tanto no que tange ao tratamento, como na regularidade de ação, ou mesmo para expor suas razões, pretensões e defesas, antes de qualquer decisão por parte do Juiz. (LOPES, 2006, p. 36)

Segundo José Laurindo de Souza Netto (2003, p. 123/124), o princípio do contraditório pode ser:

[...] entendido como o direito a ser ouvido (*audiatur et altera pars*), conseqüentemente de defender-se, compreende uma acusação de fato concreto, devidamente claro, preciso e delimitado (imputação), o conhecimento desse fato por meio de ato formal (citação), a presença do acusado a todos os atos do processo, em igualdade de posição com a acusação, exigindo correlação entre a acusação e a sentença (*sententia deber esse conformis libello, ne aet iudex extra et ultra petita partem*).

Fernando Capez (2004, p. 23) aduz que consagra o princípio do contraditório a condição de que “as partes envolvidas na relação jurídica processual devem ter ciência de todos os atos e decisões, e oportunidade de se manifestarem previamente a respeito.”

O processo que não obedeça ao princípio do contraditório “revela uma visão monocromática do plano real e, por consequência, distorcida, que o afasta dos objetivos fundamentais da atividade jurisdicional penal”. (ZILLI, 2003, p. 165)

Assim, “mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo judicial ou administrativo, é, portanto, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado.” (NETTO, 2003, p. 127)

Segundo João Lacerda Khun (1998, p. 24):

É, indubitavelmente, o mecanismo de maior segurança oferecido aos cidadãos de uma comunidade democrática, pois visa proteger o indivíduo, efetivamente, de práticas opressivas e de ditaduras das mais variadas espécies, sejam jurídicas, econômicas ou classistas. Enfim, protege os cidadãos de arbitrariedades que há muito vêm sendo condenadas e abominadas pela civilização moderna.

Portanto, a ampla defesa se desdobra em diversos atos processuais que propiciem ao réu trazer para o litígio, com total segurança, todos os elementos que julgue necessários para esclarecer a verdade dos fatos. A ampla defesa pode-se traduzir, assim, na inquirição de testemunhas ou na designação de defensor dativo, por exemplo.

Especificamente dentro do processo de execução penal, a ampla defesa não deixa de existir, e:

[...] compreende o direito à defesa técnica, efetuada por profissional habilitado, e o direito à autodefesa, que é o direito do acusado de presenciar a realização das provas produzidas contra si, o de oferecer as que tiver, e o de ser ouvido antes de qualquer decisão que altere a forma de execução da pena. [...] (CAPEZ, 2004, p. 23)

E continua a discorrer no sentido de que o condenado, dentro do processo de execução, possui o direito garantido pela Constituição Federal de ser ouvido previamente diante de qualquer novo fato que possa lhe conceder ou restringir direitos. Assim, o juiz da execução penal também fica vinculado a observância do devido processo legal, com o direito do apenado de ser ouvido previamente, à ampla defesa e ao contraditório, a produção de provas, à oitiva do Ministério Público. Finaliza enfatizando que a ampla defesa, por ser amparada pela Constituição Federal, não pode deixar de ser acatada nem restringida pelas leis inferiores. (CAPEZ, 2004, p. 23)

2.2.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Consagrado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 2010a), o qual afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”, o princípio da legalidade, segundo José Laurindo de Souza Netto (2003, p. 46), pode ser resumido no fato de que “o início, o desenvolvimento e o final do processo devem corresponder às normas estabelecidas pela lei processual que o disciplina.”

Cabe, portanto, o breve e objetivo esclarecimento de Luiz Alberto David Araujo (2007, p. 134) acerca de lei: “Lei, numa definição trivial, é todo comando genérico e abstrato que, aprovado pelo Poder Legislativo, inova o ordenamento jurídico, disciplinando, em nível imediatamente infraconstitucional, relações entre particulares e atividades públicas.”

Ainda segundo o autor supracitado, a lei assume somente três formas: proibitiva, permissiva ou obrigatória. (ARAUJO, 2007, p. 134)

Historicamente, o princípio da legalidade foi previsto na Magna Carta, em 1215 e tinha como objetivo impedir a prisão do indivíduo ou privação de seus bens pela simples vontade do soberano, obrigando os magistrados que aplicassem “as leis consuetudinárias à época consagradas pela comunidade.” (NUCCI, 2006, p. 83-84)

No ponto de vista de Nelson Nery Costa (2005, p. 08), tal princípio é fundamental para o Estado de direito uma vez que contrapõe duas premissas: a primeira, de que o Estado possui o direito reconhecido de sua competência para executar suas decisões; e, a segunda, localiza-se no direito dos cidadãos de irem de encontro ao arbítrio estatal por meio das garantias constitucionais que lhe são conferidas.

Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 158) entende que se trata de:

[...] um preceito multifuncional, cujo núcleo essencial se espraia e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico, dando origem à múltiplas expressões - *processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, retroatividade e ultra-atividade da lei, repristinação da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária*, entre outras – as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem um só e mesma idéia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações sociais.

Segundo José Laurindo de Souza Netto (2003, p. 45):

A atuação da autoridade pública de acordo com a lei, segundo as formas prescritas pela lei e dentro dos limites por ela postos, tendo como significado maior impedir o arbítrio daqueles que exercem o poder, é um dos postulados do Estado de Direito.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2008, p. 422), o princípio da legalidade “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.”

Nas palavras de André Ramos Tavares (2008, p. 606), “significa a garantia da legalidade que apenas nos termos das leis, editadas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que se pode validamente conceder direito ou impor obrigação ao indivíduo.”

Segundo prescreve Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2002, p. 70):

A atuação do Estado deve necessariamente se circunscrever à competências delimitadas pela lei, de modo a impedir a vontade momentânea e caprichosa de seus agentes, como prelecionou Montesquieu no seu célebre e fundamental *Do espírito das leis*.

Assim, a positivação de referido princípio, no entendimento de André Ramos Tavares (2008, p. 607), “representa um conquista histórica no combate à vontade individual e caprichosa do déspota ou eventual detentor de poder.”

Há certa unanimidade da doutrina na afirmação de que o princípio da legalidade é uma das características do próprio Estado de Direito, como forma de limitar a atuação dos poderes públicos, mantendo-se o respeito aos direitos dos indivíduos. (NETTO, 2003, p. 44)

Acerca das violações ao princípio da legalidade, André Ramos Tavares (2008, p. 607) firma o entendimento de que tanto a inobservância da lei existente quanto a inexistência de lei que dê fundamento ao que é exigido, ofendem o princípio da legalidade.

Afirma, também, que muito embora o dispositivo de que trata o princípio da legalidade afirme que “ninguém será obrigado”, e dê a entender que somente as imposições de obrigações é que ficam restritas à legalidade, a concessão de direitos também se submete ao referido princípio, e também necessitam de previsão legal. (TAVARES, 2008, p. 607)

Arrematando de forma objetiva, Nagib Slaibi Filho (2006, p. 329) entende que em um Estado Democrático de Direito, nem o juiz decreta, determina ou manda, nem tão pouco a autoridade policial prende, busca ou investiga. Ambos são instrumentos de concretização, individualização e especificação de normas abstratas

previamente constituídas e, sem elas, ficam impossibilitados de impor ou concretizar qualquer comportamento.

2.2.4 PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Na Constituição Federal, o princípio da reserva legal encontra amparo no art. 5º, inciso XXXIX, 1ª parte: “não há crime sem lei anterior que o defina, [...]”. (BRASIL, 2010a). É, também, o artigo inaugural do Código Penal, e estabelece a reserva de lei em matéria penal, consagrando a máxima *nullum crimen sine lege*. (MENDES, 2008, p. 588).

Tal repetição, no entendimento de Nagib Slaibi Filho (2006, p. 336), deve ser louvada na medida em que “[...] a repetição de dispositivos pela prudência do legislador em se precaver do espírito autoritário que tantas vezes se manifesta na sociedade.”

Cabe, logo de início, esclarecer a distinção entre a reserva legal e o princípio da legalidade acima citado. Tem-se no princípio da legalidade um gênero, ou seja, dentro do ordenamento jurídico ele rege um conjunto de áreas. O princípio da reserva legal é uma vertente, dentro de âmbitos específicos, do princípio da legalidade. (GOMES, 2006, p. 120)

Alexandre de Moraes (2008, p. 42), na mesma esteira, aduz que a legalidade opera de forma mais ampla, na medida em que toda e qualquer atuação jurídica deve ser emanada de normas legalmente produzidas. Por outro lado, a reserva legal atua de forma mais concreta, eis que a sua incidência depende de autorização constitucional.

De forma objetiva, conclui:

Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão sujeitos ao princípio de reserva de lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo.

Na mesma linha de raciocínio, e ainda acerca da diferenciação entre os dois princípios, Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 83) afirma que, sob o ponto de vista jurídico, o princípio da legalidade contido no item 3.2 do presente estudo seria

o seu sentido amplo; enquanto que no sentido estrito, ele se manifesta por meio do princípio da reserva legal.

De outra banda, Uadi Lâmmego Bulos (2008, p. 255) afirma que não há distinção entre os citados princípios:

[...] São sinônimos. Deveras, a distinção entre ambos só procede do ponto de vista estritamente formal, no âmbito penalístico, não há porque fazermos a distinção: a uma, porque tem sido utilizada largamente a terminologia *reserva legal* no mesmo sentido de *legalidade*. Inexiste, assim, justificativa para segregar expressões maturadas e desenvolvidas pela doutrina e pelos tribunais; a duas, porquanto a própria Constituição aproxima os termos nesse inciso XXXIX, que já contém em sua essência a idéia de *reserva legal*; a três, pois só no estudo genérico do pórtico da legalidade é possível fazer distinções, e, mesmo assim, como muito esforço, afinal o princípio da legalidade atinge todos os setores do fenômeno jurídico, não sendo peculiar a nenhum deles, porém comum a todos. Devido a motivos didáticos, menciona-se, por exemplo, a legalidade penal e a legalidade tributária. Isso, todavia, não basta para personificar o princípio, a ponto de admiti-lo, como propriedade exclusiva desses setores jurídicos.

Dito isso, Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 83) define a reserva legal dizendo que “os tipos penais incriminadores somente podem ser criados por lei em sentido estrito, emanada do poder legislativo, de acordo com processo previsto na Constituição Federal.”

No dispositivo contido no art. 5º, inciso XXXIX, encontra-se a reserva legal uma vez que há limite ao poder daqueles que podem estabelecer a lei, cabendo ao legislador, e somente a ele, definir quais condutas podem ser consideradas como crime. Ademais, tais condutas devem estar previstas antes do suposto fato delituoso, uma vez que sem previsão anterior não há crime, nem pena. (SILVA, 2008, p. 429)

A reserva de lei não deixa de ser, também, uma forma de defesa do indivíduo contra o poder arbitrário do Estado. Isso porque não será processado e punido o indivíduo que mantiver uma conduta imoral ou anti-social; há necessidade de que a conduta imputada a ele esteja expressamente prevista em lei. (LEAL, 2004, p. 98)

É também o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 589): “a prática de um ato, ainda que reprovável de todos os pontos de vista, somente poderá ser reprimida penalmente se houver lei prévia que considere a conduta crime.”

Por esse motivo, João José Leal (2004, p. 98) afirma: “[...] fora da lei positiva escrita, não há direito penal incriminador.”

Corroborando do mesmo entendimento, Luiz Regis Prado (2005, p. 26) entende que os dispositivos penais que ditam condutas incriminadoras e suas respectivas penas devem ter sido submetidas ao procedimento constitucional adequado para terem eficácia. É vedado, assim, o uso de qualquer ato normativo, costume ou razão análoga, em virtude da exigência de lei escrita.

2.3. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No ordenamento jurídico brasileiro, a presunção de inocência adquiriu força de princípio constitucional positivado tão somente a partir da Constituição Federal de 1988. (CAMARGO, 2005, p. 1).

Contudo, segundo a professora Mônica Ovinski de Camargo (2005, p. 1), não foi a primeira vez que o preceito foi mencionado. Isso porque o Brasil já havia aderido à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, período em que no País vigorava a Constituição de 1946, e que o Código de Processo Penal estava em fase de formação, em 1942. O princípio continuou presente no ordenamento jurídico pátrio e “sobreviveu à Constituição de 1967, à Emenda Constitucional 01/69 e toda a repressão política do Governo Militar, instaurado em 1964. [...]”

Foi após toda essa trajetória que a sua previsão foi finalmente inserida dentro do Título III da Carta Magna, denominado “Dos Direitos e Garantias Individuais”, expressa no art. 5º, inciso LVII, que afirma, de forma literal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2010a).

Ao ser inserido na Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência adquire o posto de direito fundamental e passa a gozar, dentro do ordenamento jurídico, de supremacia incontestável, assim como, por exemplo, os princípios da ampla defesa e do contraditório. (GOMES, 2010)

Isso porque “uma vez consagrada constitucionalmente, a presunção de inocência converte-se em um direito fundamental que, no direito brasileiro, é de aplicação imediata.” (NETTO, 2003, p. 156)

Em um contexto histórico mundial, Carlos Henrique Pereira Gimael afirma que sua primeira aparição foi no Direito Inglês Medieval, mais precisamente na

Magna Charta de 1.215, cuja redação de seu art. 39, ainda que de forma implícita, dizia que:

Nenhum homem será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.

Posteriormente foi previsto também em 28.08.1789, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dizia: “todo acusado se presume inocente até ser declarado culpado” (MORAES, 2007, p. 339)

Previsão legal há também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em seu artigo XI 1:

1.Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Acerca de seu surgimento, a professora Mônica Ovinski de Camargo (2005, p. 1) entende que a presunção de inocência “surge do conflito entre o Estado e o indivíduo, o qual se reflete no interior do Processo Penal entre o *jus puniendi* do Estado e *jus libertatis* do indivíduo.”

Acerca dos limites do *jus puniendi* do Estado, Luiz Flávio Gomes (2010) explica que:

Dois fatores conferem especial relevância ao estudo dos limites do *ius puniendi*. Em primeiro lugar, os drásticos efeitos da intervenção penal: seu impacto destrutivo e irreversível e os elevadíssimos custos sociais da "cirurgia penal". Em segundo lugar, a vocação intervencionista do Estado (sobretudo o "social"), que potencializa a sua presença assim como o emprego de toda sorte de meios eficazes para resolver os conflitos e dirigir a convivência social. Em outras palavras: a atuação punitiva do Estado é qualitativamente drástica e quantitativamente intensa.

É por esse motivo que a presunção de inocência mostra-se como uma linha tênue existente na relação entre o Estado e o indivíduo, do conflito entre punir e libertar, como o “resultado da nítida opção política de proteger a liberdade do indivíduo diante do poder punitivo do Estado.” (CAMARGO, 2005, p. 24)

O princípio da presunção de inocência é considerado por Alexandre de Moraes (2008, p. 117) como “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.”

Segundo Junior (2007, p. 73), “até que seja definitivamente condenado, ninguém poderá sofrer as consequências de uma condenação.”

Dando maior enfoque, ainda, ao assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1997, p. 68), prescreve que:

[...] explicita a Constituição um princípio fundamental do direito penal moderno. Ele impede que, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, se aplique em relação ao acusado qualquer das consequências que a lei somente atribui como sanção punitiva.

Também denominado por alguns doutrinadores, inclusive Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 632), de princípio da não culpabilidade, pode ser: “entendido como princípio que impede a outorga de consequências jurídicas sobre o investigado ou denunciado antes do trânsito em julgado da sentença criminal.”

Acerca da diferença terminológica supracitada, entre a presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, a discussão a seu respeito girava em torno da seguinte questão: se a segunda exprimia um grau menor de proteção do que a primeira. Na doutrina nacional prevaleceu o entendimento de que não há distinção de conteúdo entre os dois termos e, portanto, eles são equivalentes. Procurar uma distinção entre ambos é inútil do ponto de vista processual. (BADARÓ, 2003, p. 282)

Superada a questão terminológica, o princípio da presunção de inocência possui duas principais aplicações reconhecidas pela doutrina. A primeira diz respeito à condição social do réu e o tratamento que lhe é dispensado dentro do processo, que para todos os efeitos, deve ser considerado inocente é que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A segunda diz respeito ao ônus da prova, que cabe à acusação o dever de demonstrar que existem elementos que levem à condenação do réu, e não ao réu a obrigação de provar que é inocente. (ZILLI, 2003, p. 147)

Alexandre de Moraes (2007, p. 339) enumera quatro funções advindas do direito de o indivíduo ser presumido inocente:

[...] limitação à atividade legislativa, critério condicionador das interpretações das normas vigentes, critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente) e obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso se sempre do acusador.

Ainda no que tange à presunção de inocência, vale o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 277), que se manifesta no seguinte sentido:

A presunção de inocência é constante no Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstrar sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tido por inocentes até prova em contrário.

Já Alexandre de Moraes (2007, p. 340), insere o princípio da presunção de inocência dentro do contexto do Processo Penal, e marca o momento em que ele deixa de existir:

A existência de interligação entre os princípios da presunção de inocência, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório é, portanto, ínsita ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma seqüência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-ão obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa processual e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

Na mesma esteira, José Laurindo de Souza Netto (2003, p. 158) afirma que “a certeza da inocência pode ser alterada, porém, só dentro do processo, por meio de uma atividade probatória, podendo a presunção ser afastada por provas em contrário.”

Portanto, o princípio da presunção de inocência veda que sejam adotadas durante o processo penal quaisquer medidas que encaminhem para uma presunção de culpa, como por exemplo a inversão do ônus da prova. (ARAUJO, 2006, p. 185)

Sobre o alcance do estudado princípio, tem-se que:

O âmbito da presunção não se limita à disciplina probatória. O princípio da presunção da inocência parte do devido processo legal, mas se irradia por todo o sistema da intervenção estatal de natureza penal sobre uma pessoa. Daí alcançar, também, a investigação do cidadão e o tratamento a ele dispensado em toda a trajetória que visa, no final, à aplicação ou não de uma pena. (NETTO, 2003, p. 158)

Comungando do mesmo entendimento, André Ramos Tavares (2008, p. 659), afirma que a dimensão do princípio da presunção de inocência vai além do âmbito exclusivamente processual. Ou seja, não se trata somente de uma formalidade dentro do processo, mas garante ao indivíduo, enquanto portador de direitos e de garantias, o direito de não ser apontado tanto pelas autoridades judiciárias, ou pelos próprios cidadãos, como culpado de algum fato que ainda não tenha sido totalmente submetido à atuação jurisdicional. Não deverá ser tratado como criminoso àquele que não for reconhecido pelo sistema jurídico como tal.

3. TEORIA DA PENA

3.1. CONCEITO

Em um sentido amplo, a pena é a sanção imposta pelo Estado, detentor do direito de punir, a todo indivíduo que se insubordinar contra o seu ordenamento jurídico, realizando o tipo penal de forma antijurídica e culpável. (COSTA JUNIOR, 2002, p. 138)

Esta sanção será prevista legalmente, e consiste, basicamente, “na perda ou restrição de bens jurídicos do responsável pela infração, em retribuição à sua conduta e para prevenir novos ilícitos.” (DOTTI, 2010, p. 517)

A partir do momento em que o Estado toma conhecimento do cometimento de um delito, é seu dever aplicar a sanção respectiva, ou seja, o *jus puniendi* não é uma faculdade. É uma obrigação que deriva da própria organização do Estado, e dos fins estabelecidos. (CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 125)

É por esse motivo que não se pode falar acerca da pena além do tempo e espaço. Isso porque os fins e limites da pena se adequam a cada modelo de Estado, eis que cada sociedade possui suas próprias razões para punir determinadas condutas, e descriminalizar outras. Entre as teorias político-criminais que explicam a pena, podem-se citar as teorias legitimadoras e as deslegitimadoras. (QUEIROZ, 2008, p. 84)

As primeiras, que podem ser consideradas como tradicionais, reconhecem como legítimo o poder Estatal de interferir na liberdade dos cidadãos, utilizando-se do direito penal, seja para prevenir ou para retribuir. (QUEIROZ, 2008, p. 84)

São as teorias absolutas, as relativas e as mistas. As absolutas têm como fundamento a premissa de que se deve punir porque houve o cometimento de um delito, negando qualquer fim utilitário da pena. A pena é simplesmente o mal justo que se contrapõe ao mal injusto do crime. Por outro lado, as teorias relativas, buscam dar a pena o fim utilitário da prevenção. A pena não deve apenas ser dirigida a quem cometeu o delito, mas advertir todos os delinquentes em potencial. O delito é somente a ocasião em que a pena foi aplicada, e não a sua causa. Por fim, as teorias mistas unificam as duas idéias anteriores em uma só: na de que a

pena tem caráter retributivo, reeducação do criminoso e de prevenção geral. (NORONHA, 2004, p. 225)

Já as deslegitimadoras, por outro lado, consideram a intervenção penal promovida pelo Estado como desnecessária. Se dividem entre o abolicionismo penal e minimalismo radical, mas possuem argumentação semelhante. São baseadas, essencialmente, na afirmativa de que há disparidade entre os discursos e as práticas penais, afirmando que o direito penal cria mais problemas do que efetivamente os resolve. Adotam, ainda, a opinião de que a criminalidade não é natural, mas sim o resultado do sistema penal, bem como que os indivíduos que serão perseguidos pelo direito penal são os mais vulneráveis. (QUEIROZ, 2008, p. 96-97)

3.1.1. FUNÇÕES DA PENA

Atualmente, pode-se dizer que a pena possui caráter preventivo e retributivo. Ambas estão devidamente positivadas no Código Penal: no art. 59 encontra-se, na parte final, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação do crime.”¹, bem como no artigo inaugural da Lei de Execução Penal², que preconiza como um dos fundamentos do cumprimento da pena, a reintegração social do condenado. (DOTTI, 2010, p. 517-518)

Há, ainda, subdivisões dentro da finalidade preventiva. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 379):

O caráter *preventivo* da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) *geral negativo*, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) *geral positivo*, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) *especial negativo*, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) *especial positivo*, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.

¹ 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. (BRASIL, 2010b)

² Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (BRASIL, 2010c)

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 379) ressalta, ainda, outros dispositivos penais que evidenciam o binômio prevenção/reprovação do delito. Dentre eles, o contido no art. 121, §5º do Código Penal³, que possibilita ao magistrado a aplicação do perdão judicial, caso perceba que as consequências do crime já foram graves o suficiente para o agente, tornando a pena desnecessária. Na mesma esteira, o art. 10 da Lei de Execução Penal⁴, salientando o caráter reeducativo da pena, estabelece que todo condenado deve ser orientado para retornar a conviver em sociedade, no objetivo de prevenir-se que ele cometa outros delitos. Vale destacar, também, o art. 5º, 6º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tem como elemento principal a ressocialização dos condenados.

Vale destacar que a idéia de retribuição nada tem a ver com “vingança”, mas sim com uma reação proporcional ao fato cometido, que fundamenta a aplicação da pena, na medida em que é reconhecida a existência da culpabilidade. Esta culpabilidade deve ser medida e graduada, de modo a aplicar-se uma sanção merecida pelo indivíduo, e que seja suficiente na perspectiva da sociedade. (GOMES, 2009, p. 462)

Já a prevenção parte do princípio da periculosidade do sujeito, e de uma pré-disposição criminal comum a todos os seres humanos, e tem na pena seu principal instrumento para coibir o cometimento de futuros delitos. O delito é a ocasião em que será aplicada a pena. O princípio da prevenção possui, ainda, três pressupostos fundamentais: “o da possibilidade de enunciar um juízo de prognóstico minimamente seguro em relação à conduta futura do sujeito; o de que a pena pode incidir de tal maneira na periculosidade diagnosticada que certamente produz um efeito preventivo; por último, que mediante a pena seja possível lutar eficazmente contra as inclinações e tendências criminais,” (GOMES, 2009, p. 462)

³ Art. 121, §5º. § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (BRASIL, 2010b)

⁴ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. (BRASIL, 2010c)

⁵ 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (BRASIL, 2010d)

3.2. OS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

O penitenciarismo surge diante da necessidade de mudança de uma realidade punitiva, onde as penas corporais eram executadas em praças públicas, mediante castigos físicos aos condenados, que “passaram a ser considerados como demasiadamente cruéis, desumanos e desnecessários.” (LEAL, 2004, p. 392)

É nesse contexto que surgem as prisões. Acerca de suas condições, leciona João José Leal (2004, p. 392):

Por sua vez, as prisões, calabouços e masmorras da época absolutista eram locais sombrios, lúgubres, sem iluminação e insalubres, onde se amontoavam, desesperados e famintos, restos de homens abandonados de toda justiça e piedade. Não havia qualquer preocupação com o aspecto humano do condenado, mesmo porque não se tratava de uma pena em si mesma. Em regra, as internações em masmorras ou nos cárceres não eram consideradas como pena autônoma ou principal.

Essa realidade punitiva passou a ser severamente criticada pelo movimento humanitário que surge em meados do século XVIII, notadamente as condições desumanas com que eram tratados os condenados. (LEAL, 2004, p. 392)

Surgem, então, os sistemas penitenciários. No que tange à execução das penas privativas de liberdade, pode-se dizer que são três os sistemas penitenciários existentes: o Sistema da Filadélfia (também chamado de pensilvânico, belga ou celular), o de Auburn e o Sistema Progressivo (ou inglês/irlandês). (MIRABETE, 2009, p. 236)

3.2.1. SISTEMA PENITENCIÁRIO PENSILVÂNICO

O sistema também denominado filadélfico, pois foi utilizado inicialmente na prisão de *Walnut Street*, no ano de 1770, na Filadélfia, difundiu-se após a construção, em 1829, da *Eastern Penitentiary*, na mesma cidade. (LEAL, 2004, p. 392-393)

Sua característica principal era o isolamento celular absoluto, pois aos detentos era oportunizado somente um passeio em um pátio circular. Não era exercida nenhuma atividade laborativa. Por esse motivo, foi alvo de grandes críticas, pois não havia nenhum compromisso com a ressocialização do indivíduo. (MIRABETE, 2009, p. 236)

Toda assistência que fosse necessária ao detento era feita dentro da própria cela. Em meio a esse regime de reclusão silenciosa, era incentivada a leitura da Bíblia, como forma de penitência e meditação, só conseguidas através de uma purificação espiritual proporcionada pelo silêncio, que objetivava recuperar o infrator, por meio do arrependimento. (LEAL, 2004, p. 393)

Contudo, “na prática, os resultados foram desastrosos. Os poucos diretores que o seguiram à risca, em vez da ressocialização desejada, levaram muitos dos presos à loucura.” (LEAL, 2004, p. 393)

Por seu caráter rigorosamente celular, ficou conhecida pela expressão: *A cela é o túmulo do vivo*. (NORONHA, 2004, p. 236)

Segundo Marisya Souza e Silva (2007, p. 99), resquícios desse sistema foram novamente introduzidos dentro do sistema progressivo adotado pelo Brasil, por meio da inserção do regime disciplinar diferenciado (Lei 10.792/2003), que admite o isolamento celular do preso (provisórios ou condenados) durante até um ano, oportunidade em que ele receberá visita de duas pessoas por semana, por até duas horas, terá saída limitada para banho de sol. Tais regras significam um retrocesso ao modelo adotado, um tipo de tortura refinada.

3.2.2 SISTEMA PENITENCIÁRIO AUBURNIANO

Esse sistema foi inicialmente aplicado, em 1818, na cidade de Auburn, no Estado de New York. Sua principal característica era o absoluto silêncio exigido dos detentos, motivo pelo qual também é conhecido por *silent system*. Apesar de mantido o isolamento noturno, foi esse sistema o propulsor do trabalho executado pelo detento, primeiramente nas celas, individualmente, e posteriormente em comum. (MIRABETE, 2009, p. 236)

Ao manter a regra de silêncio absoluto, o sistema em comento também não obteve êxito, uma vez que “além de desumano, embrutecedor e psicologicamente cruel, era absolutamente impraticável.” (LEAL, 2004, p. 393)

Em decorrência da exigência de privação da fala, mesmo quando os condenados estavam em grupos, é que surgiu o costume entre os detentos de falarem entre si por meio de gestos com as mãos, costume este ainda utilizado nas prisões se segurança máxima, que possuem uma disciplina mais severa. (MIRABETE, 2009, p. 236)

3.2.3. SISTEMA PENITENCIÁRIO PROGRESSIVO

Sobre a origem do sistema progressivo de cumprimento de penas, sabe-se que ele foi criado e desenvolvido pelo capitão Alexander Maconochie, no ano de 1840, e aplicado na Ilha *Norfolk*, na Austrália. Ficou conhecido como o sistema de “vales” ou “marcas”, e dois eram os requisitos para se determinar a duração da pena: o trabalho e a boa conduta do condenado. (YAROCHEWSKY, 2004)

O “Mark Sistem” (sistema de marcas) foi aplicado em presos de alta periculosidade que vinham, principalmente, da Inglaterra. Possuía três fases no seu cumprimento: a fase de prova, do isolamento e do livramento condicional. (BAZAN, 2008, p. 42-43)

A principal característica desse sistema foi a substituição da severidade pela benignidade, uma vez que levava em consideração, primeiramente, o comportamento do condenado, somado ao trabalho por ele executado. No ordenamento jurídico brasileiro, o trabalho do condenado é computado como tempo cumprido de pena, pelo chamado instituto da remição. (SOUZA, 2004. p. 38)

Portanto, a ascensão progressiva de regime era obtida por meio do trabalho e do bom comportamento do preso. Assim, “a progressividade dependia do binômio conduta/trabalho do preso, o qual recebia marcas ou vales que o autorizavam a passar de uma subfase a outra, menos rigorosa.” (LEAL, 2001, p.36).

Posteriormente, o sistema em estudo foi aperfeiçoado pelo diretor das prisões Irlandesas, Walter Crofton, motivo pelo qual também é conhecido como sistema Irlandês. Ao inserir uma fase intermediária no antigo sistema, consistia em quatro etapas no cumprimento da pena:

- 1) reclusão celular diurna e noturna; 2) reclusão celular noturna e trabalho diurno; 3) período, denominado por Crofton, como “intermediário” (entre a prisão em local fechado e a liberdade condicional), no qual o preso trabalhava ao ar livre, no exterior do estabelecimento penal; 4) liberdade condicional, onde o preso era libertado sob determinadas condições, até atingir a liberdade definitiva. (YAROCHEWSKY, 2004)

Pode-se afirmar que a maior inovação trazida pelo sistema progressivo foi a possibilidade de o condenado resgatar parte de sua pena em liberdade, por meio da concessão de livramento condicional. Tornou-se o sistema adotado

universalmente, inclusive pelo Brasil, sendo que desde 1984 o período inicial de isolamento celular absoluto foi abolido, eis que já era facultativo desde 1977. (LEAL, 2004, p. 394)

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema progressivo, no Código Penal instituído em 1942, mas não de forma rigorosa, uma vez que se trata de um sistema próprio e cheio de peculiaridades. (NORONHA, 2004, p. 237)

Assim, é no art. 33, §2º, do Código Penal, bem como no art. 112 da Lei 7.210/84, que podem ser encontradas as regras estabelecidas para o sistema progressivo de penas:

Art. 33, §2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvados as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

[...]. (BRASIL, 2010b).

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.

§1 – A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§2 – Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes. (BRASIL, 2010c).

Dos dispositivos acima colacionados, pode-se concluir que, uma vez aplicada uma determinada sanção ao indivíduo, ele poderá progredir ou regredir dentro dos regimes de cumprimento de pena, ampliando ou restringindo o seu *status libertatis*. Como se percebe, o ponto crucial dessa transferência é o mérito ou demérito do próprio indivíduo. (BITENCOURT, 2004, p. 147)

Acerca desse requisito, Paulo José da Costa Junior (2002, p. 147) afirma que “os conceitos de mérito e demérito são fluidos e profundamente impregnados de subjetivismo.”

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 392) explica, de forma objetiva, que o mérito do condenado deverá ser observado a partir de um juízo de valor feito com base em sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico). Se o prontuário do condenado registrar que ele cumpriu de forma satisfatória sua pena no regime mais rigoroso, sem o registro de faltas, além de demonstrar “[...] disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto

ao seu futuro e ausência de periculosidade”, ele estará apto a progredir para um regime mais abrangente.

Não se pode esquecer, ainda, que a lei exige o cumprimento de 1/6 da reprimenda no regime anterior, sendo que, após a primeira progressão, esta parcela deve ser calculada sobre o restante da pena. Ainda que o condenado tenha cumprido tempo suficiente para passar do regime fechado, para o aberto, tal progressão é vedada. (MIRABETE, 2005, p. 341)

Na mesma esteira, no que tange ao requisito objetivo, vale salientar que, com o advento da Lei 11.464/07, que alterou a redação do art. 2º, §2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), o legislador passou a permitir a concessão da progressão de regime aos condenados por crime de natureza hedionda, anteriormente vedada. Portanto, se o apenado primário cumprir dois quintos da pena imposta e, se reincidente, cumprir três quintos dela, terá direito à progressão de regime, sem óbice à análise do requisito subjetivo.

Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais, o condenado “[...] será transferido do regime fechado para o semi-aberto ou desde para o aberto, operando-se o que se denomina *progressão*.” (MIRABETE, 2007, p. 206)

O sistema progressivo tem como base o princípio da premiação progressiva, visando propiciar ao condenado uma retribuição de gradual atenuação de sua reprimenda, bem como lhe concedendo direitos (trabalho externo e saída temporária, por exemplo) na medida em que ele demonstre aptidão para retornar ao convívio social, por meio de seus atos. (COSTA JUNIOR, 2002, p. 148)

Sua idéia central é diminuir a intensidade da pena aplicada como consequência da boa conduta carcerária apresentada pelo condenado, para que ele possa enxergar ideais de liberdade que lhe despertem o desejo de estar novamente comprometido com a sociedade. (SCAPINI, 2009, p. 105)

Segundo Marco Antonio Bandeira Scapini (2009, p. 105):

O princípio da progressividade articula-se, também, com o compromisso humanitário da execução das penas, uma vez que seria especialmente cruel exigir de todos os condenados que expiassem suas culpas em um único regime de sujeição absoluta, não lhe oferecendo qualquer incentivo ao desenvolvimento de condutas colaborativas, produtivas e respeitadas.

Pode-se concluir, portanto, que no sistema progressivo adotado pelo Brasil, “o direito à progressão ainda repousa no binômio *tempo e mérito*. [...] Não basta à progressão a satisfação de apenas um deles.” (MARCÃO, 2009, p. 120-121)

No que tange à progressão por saltos, consistente na passagem do condenado do regime fechado, para o aberto, sem o cumprimento da pena em fase intermediária, via de regra ela não será permitida. Isso porque assim será demonstrado desprezo pelo sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, suprimindo-se o regime semiaberto, essencial para certificar-se acerca das condições de aptidão e merecimento de retorno do condenado à sociedade. (COIMBRA, 2009, p. 87)

3.3. OS TRÊS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

O ordenamento jurídico vigente estipulou três regimes de cumprimento de reprimendas. Consoante estabelece o art. 33, §1º, alíneas “a”, “b” e “c” do Código Penal, considera-se como regime fechado “a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média”, como regime semiaberto “a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”, e regime aberto “a execução da pena em casa do albergado ou estabelecimento adequado.”

Passa-se, assim, a análise de cada um deles separadamente.

3.3.1. O REGIME FECHADO

No artigo 34 do Código Penal⁶, estão as regras do regime de cumprimento de pena em estudo. Os estabelecimentos prisionais destinados ao cumprimento de reprimendas nesse regime devem ser dotados de sistemas de vigilância, dispositivos de segurança, mormente para evitar as fugas, bem como rígida fiscalização por parte dos agentes penitenciários. (LEAL, 2004, p. 399)

⁶ Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução.

§1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

§3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (BRASIL, 2010b)

Portanto, “devem cumprir pena nesse regime os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de cumprimento, presos reincidentes etc.” (MIRABETE, 2007, p. 268)

Continuando nessa linha de raciocínio, será imposto o regime fechado a todo condenado cuja pena de reclusão seja superior à oito anos, bem como aos reincidentes, independente da pena de reclusão aplicada. (MIRABETE, 2007, p. 269)

Da redação do dispositivo, se extrai, ainda, que o condenado deverá cumprir a reprimenda em penitenciária, local onde poderá desenvolver atividades laborais conforme sua ocupação anterior, desde que compatível, é claro, com a execução da pena. (BITENCOURT, 2004, p. 142)

O trabalho executado no estabelecimento prisional é obrigatório para os presos condenados, uma vez que é considerado como importante instrumento para recuperar-se social e moralmente o condenado, aproveitando, inclusive, sempre que possível, a sua aptidão profissional anterior. (LEAL, 2004, p. 402)

A lei de execução penal retira essa obrigatoriedade dos presos provisórios, aos quais o trabalho só poderá ocorrer dentro do estabelecimento prisional, sendo-lhe uma faculdade, consoante art. 31 da LEP. (MARCÃO, 2009, p. 28)

O condenado não possui o direito de frequentar cursos de instrução ou profissionalizantes, bem como o trabalho externo só é permitido em obras públicas, desde que cumprido 1/6 da reprimenda, e atendidas as condições de segurança necessárias. O isolamento noturno é requisito essencial, sendo que o art. 88 da LEP estabelece que tal condição deverá ser cumprida em cela individual.⁷ (BITENCOURT, 2004, p. 142)

Acerca da obrigatoriedade do isolamento durante a noite, Paulo José da Costa Junior (2002, p. 152) afirma que o legislador “acatou desse modo a lição dos doutos de que o isolamento noturno é o meio de atenuar os efeitos de vícios, de imoralidade, de contágio criminal.”

⁷ Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados). (BRASIL, 2010c)

3.3.2. O REGIME SEMIABERTO

As regras do regime semiaberto são estabelecidas pelo art. 35, do Código Penal⁸. Nesse regime, não há previsão de isolamento noturno, e o condenado adquire o direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou ensino superior. (BITENCOURT, 2004, p. 144)

É considerado como uma fase de transição, e foi instituído, principalmente, objetivando analisar o comportamento dos condenados que cumpriram um período mais longo no regime fechado, e que não estão aptos a progredirem, desde logo, para o regime aberto. É um modo de observar se o condenado absorveu todo o processo de reinserção social. (MIRABETE, 2007, p. 273)

No regime semiaberto, diminui-se significativamente as imposições do regime anterior, pois “não são utilizados mecanismos ou dispositivos ostensivos de segurança contra a fuga do condenado. Este não encontrará obstáculo material para se evadir do local de cumprimento de pena [...]” (LEAL, 2004, p. 403)

É compatível com o regime semiaberto (ou seja, após o cumprimento de 1/6 da pena) a concessão de saídas temporárias, consoante art. 122 da LEP, oportunidades para que o condenado visite, periodicamente, sua família, livre de qualquer vigilância. Acerca dos objetivos da benesse, afirma João José Leal (2004, p. 405):

O benefício tem por finalidade preservar o elo de união entre o preso e seus parentes próximos, pois é evidente que a família ainda representa um importante fator de condicionamento às regras de conduta estabelecida pelo Estado e, principalmente, pelo grupo social.

O benefício pode ser concedido por até cinco vezes durante o ano, por um prazo de até sete dias, e a cada nova autorização, deverá ser analisado o requisito subjetivo, qual seja o comportamento adequado durante a execução da pena. (MARCÃO, 2009, p. 166)

⁸ Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (BRASIL, 2010b)

Além da visita a família, é permitida saída temporária para que o condenado frequente curso supletivo profissionalizante, ensino de 2º grau ou superior, ou para participar de atividades que incentivem sua reinserção social. (MARCÃO, 2009, p. 162)

Acerca do trabalho realizado em tal regime, durante o dia é permitido o trabalho em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento do gênero, havendo, ainda, a possibilidade do condenado exercer trabalho externo de iniciativa privada, vedado no regime fechado. (BITENCOURT, 2004, p. 144)

O trabalho externo exercido pelo condenado por ser executado tanto no setor público, quanto no privado. Não há, também, obrigatoriedade de adoção de nenhuma medida de segurança contra fuga. (LEAL, 2004, p. 405)

3.3.3 O REGIME ABERTO

Por fim, é o art. 36 do Código Penal que dita as regras do regime aberto⁹.

É o regime que menos restringe a liberdade do condenado e, por isso, tem como bases a responsabilidade e a autodisciplina do apenado. Não há vigilância enquanto o condenado exerce suas atividades fora do estabelecimento prisional, devendo retornar no período noturno e nos dias de folga. (BITENCOURT, 2004, p. 146)

Segundo Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 275), é o regime para cumprimento de pena dos condenados “[...] cujo tipo de personalidade e cuja atitude consciente de aceitação da sentença condenatória e da pena aplicada fazem com que se submetam à disciplina do estabelecimento penal sem conflitos e sem intentar a fuga.”

O apenado que iniciar o cumprimento de sua reprimenda no regime aberto poderá continuar exercendo normalmente seu trabalho, sendo esta, portanto, uma característica benéfica ao indivíduo. Caso venha transferido de outro regime, só

⁹ Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (BRASIL, 2010b)

poderá ingressar no regime em estudo caso comprove promessa de trabalho. Contudo, o regime aberto não poderá ser negado se implementados os requisitos legais, durante a procura por novo emprego (LEAL, 2004, p. 406)

Segundo Marco Antônio Scapini (2009, p. 116):

É exatamente dessa forma que deve ser encarado o cumprimento da pena em regime aberto: não há contenção; há obrigações a serem cumpridas. A permanência no estabelecimento nos horários fixados e o cumprimento das regras dependerão, exclusivamente, da vontade do apenado.

Vale salientar os dizeres de João José Leal (2004, p. 409), ao afirmar que o legislador, em uma ideologia democrática e buscando o respeito pelos direitos humanos, estabeleceu no art. 38 do Código Penal que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.” (BRASIL, 2010q)

3.4. A REGRESSÃO DE REGIME

É pressuposto do sistema progressivo de penas a passagem do condenado por todos os regimes de cumprimento subsequentes ao seu regime inicial, de um estabelecimento prisional mais severo para um menos rigoroso, até que atinja a liberdade. Assim, se por um lado o mérito do condenado é requisito para que ele passe de um regime de cumprimento de pena para outro, a ausência de mérito é motivo para ensejar a regressão do regime prisional (MARCÃO, 2009, p. 150)

A previsão é do artigo 118 da Lei de Execução Penal:

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). (BRASIL, 2010c)

Nos dizeres de Julio Fabbrini Mirabete *apud* Miguel Reale Junior (2007, p. 485), “se de um lado é imprescindível dotar a pena privativa de liberdade de progressão, que viabiliza ao condenado vislumbrar a possibilidade futura de vida livre, por outro não se deve enfraquecer a repressão social.”

Trata-se, portanto, do instituto da regressão de regime, que pode ser definido como “[...] o inverso da progressão. Importa, assim, em gravame à situação do réu, desde que, é claro, ocorra alguma das situações delineadas.” (KUEHNE, 2004, p. 367)

Muito embora já haja certa unanimidade na doutrina e na jurisprudência no que tange à vedação da progressão por salto (ir do regime fechado para o aberto, por exemplo), como acima exposto, Fernando Capez (2004, p. 109) entende que, no caso de regressão, “[...] é perfeitamente possível regredir do aberto para o fechado, sem passar pelo semiaberto.”

Em contrapartida, Marco Antônio Bandeira Scapini (2009, p. 106) afirma que o condenado não poderá ser transferido para regime mais rigoroso do que àquele imposto na sentença penal condenatória, sob pena de implicar em “nova condenação criminal de natureza extrajudicial, ainda que com as formalidades e solenidades ritualísticas que circunscrevem as mais bem intencionadas decisões.”

Deixa-se a análise da regressão de regime gerada pelo cometimento de fato novo definido como crime doloso para o próximo capítulo desse trabalho. No presente capítulo, passa-se a analisar tão somente as hipóteses de cometimento de falta grave, e o caso de o apenado sofrer condenação por crime anterior.

3.4.1. REGRESSÃO PELO COMETIMENTO DE FALTA GRAVE

São consideradas faltas graves aquelas elencadas no artigo 50 da Lei de Execução Penal¹⁰.

As condutas manifestadas pelos condenados dentro dos estabelecimentos prisionais, que sejam contrários a algum dispositivo penal ou que representem infrações disciplinares, são consideradas como faltas. Elas podem ser

¹⁰ 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. (BRASIL, 2010c)

leves, médias e graves¹¹. A Lei de Execução Penal permitiu ao legislador estadual estabelecer as faltas leves e médias. Contudo, apenas as dispostas no rol taxativo constante no art. 50 da LEP é que podem ser consideradas faltas graves e, portanto, ensejar a regressão. Outras possibilidades de enquadramento estariam ferindo o princípio da legalidade. (MARANHÃO, 2009, p. 55)

Há, ainda, a previsão de que a tentativa de cometer a falta grave será punida da mesma forma que o ato consumado. No entendimento de Douglas Bonaldi Maranhão (2009, p. 52-53), tal posição deve ser analisada pela autoridade administrativa, tendo em vista a certeza de que as consequências de uma falta grave tentada são bem menores do que quando consumadas.

Todas as faltas imputadas aos condenados devem ser devidamente averiguadas por meio de procedimentos disciplinares, assegurando os direitos à ampla defesa e ao contraditório. É obrigatória a assistência de defensor (nomeado ou constituído), audiência para oitiva prévia do apenado, bem como manifestação final por parte do Ministério Público e do defensor. Inobservadas quaisquer das formalidades legais, a decisão que aplicar ao condenado alguma espécie de punição será nula. (SCAPINI, 2009, p. 109)

Dessa forma, Mário Coimbra (2009, p. 88) afirma que “em obediência aos princípios do contraditório e ampla defesa, determina o legislador que o condenado seja ouvido, previamente, na hipótese de imputação de crime doloso, de falta grave [...]”. Tal premissa é consagrada pelo art. 118, §2º da LEP.

3.4.1. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR

Tal dispositivo da Lei de Execução Penal harmoniza-se com outro, qual seja o art. 111¹², aplicável aos casos em que o indivíduo contar com diversas condenações e, na ocasião em que elas forem somadas, aplicar-se-á um novo regime de cumprimento para a reprimenda, sem prevalecer o regime de cumprimento de cada uma delas. Assim, é possível a regressão quando a nova

¹¹ Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções. Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada. (BRASIL, 2010c)

¹² 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. (BRASIL, 2010c)

condenação a ser somada tornar inaplicável o regime da pena em execução. (MARCÃO, 2009, p. 153)

Dessa forma, ainda que o apenado conte com duas penas, cujos regimes de cumprimento estabelecidos na sentença sejam o aberto, se a soma das condenações ultrapassar 6 (seis) anos e não exceder à 8 (oito), será o semiaberto, e caso ultrapasse 8 (oito) anos, será o fechado, consoante estabelece o art. 33, §2º, alíneas “a”, “b” e “c” do Código Penal¹³. (KUEHNE, 2004, p. 300)

É a única hipótese de regressão que dispensa a oitiva do apenado para efetuar-se a regressão. (MIRABETE, 2009, p. 247)

¹³ 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; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (BRASIL, 2010b)

4. A REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM DECORRÊNCIA DE FATO NOVO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO

4.1. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

4.1.1 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS À REGRESSÃO

Atualmente, no Brasil, há grande discussão acerca do tema na doutrina.

Esta divergência se deve, essencialmente, ao fato do artigo possuir uma redação absolutamente simplista, deixando dúvida acerca da necessidade ou não do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que o Juiz da execução determine a regressão do regime prisional. (BESTER, 2010)

Renato Marcão (2009, p. 151) é um dos autores que defendem a tese de que não há necessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bastando a prática em si. Acrescenta, ainda, de forma breve, que não há violação à presunção ou estado de inocência do condenado.

Concorda com esse entendimento Giselda Maria Bester *apud* Haroldo Caetano da Silva (BESTER, 2010), afirmando que o condenado, ao cometer novo crime em regime mais brando, quando beneficiado pela progressão, ou mesmo quando inicia o cumprimento da pena em regime não-severo, demonstra total falta de adaptação ao regime em que encontra. Assim, desnecessária a *condenação*, bastando, tão somente, a *prática*.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 398), por sua vez, afirma que na hipótese cometimento de crime doloso, os benefícios do regime em que o apenado se encontra serão sustados, com a sua transferência cautelar para o regime mais severo do cumprimento de penas, no caso, o fechado. É nessa condição que o condenado aguardará o trânsito em julgado da nova condenação. Sendo o réu absolvido, restabelece-se o regime anteriormente sustado e, se condenado, regride-se definitivamente a regime mais severo.

Mário Coimbra (2009, p. 87) também ressalva que o legislador dispensou o reconhecimento por parte do juízo criminal de que a conduta descrita pelo apenado se reveste ou não de natureza criminosa. Dessa forma, desnecessária a sentença condenatória, bastando, portanto, que o fato praticado se amolde a um dos tipos penais dolosos descritos em lei.

No mesmo sentido, a doutrina de Julio Fabrini Mirabete manifesta-se no sentido de que, se houvesse a necessidade de trânsito em julgado da sentença, a lei deixaria tal condição expressa. Dessa forma, o autor demonstra o seguinte entendimento:

Não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença penal condenatória transitada em julgado. Quando a lei exige a condenação ou o trânsito em julgado da sentença é ela expressa a respeito dessa circunstância, como aliás o faz no inciso II do art. 118. Ademais, a prática de crime doloso é também falta grave (art. 52 da LEP) e, se no inciso I desse artigo, se menciona também a infração disciplinar como causa da regressão, entendimento diverso levaria a conclusão final de que essa menção é superabundante, o que não se coaduna com as regras de interpretação da lei. Deve-se entender, portanto, que, em se tratando de prática de crime doloso, a revogação independe da condenação ou aplicação da sanção disciplinar. (2007, p. 486)

Marisya Souza e Silva (2007, p. 132) também é da opinião de que, para operar-se a regressão, desnecessária a prolação de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou mesmo a aplicação de pena disciplinar, “pois o mero envolvimento do indivíduo já caracteriza sua falta de mérito para o retorno ao convívio social”.

4.1.2 POSICIONAMENTOS DESFAVORÁVEIS À REGRESSÃO

Em contrapartida aos entendimentos acima expostos, alguns doutrinadores defendem, de forma fundamentada, que a regressão de regime prisional deve efetivamente ocorrer somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ricardo Luiz da Costa Tjader (1993, p. 1.738) afirma que:

A prática de nova infração criminosa somente gera regressão de regime (bem como revogação do serviço externo ou saídas externas) após a existência da respectiva sentença condenatória transitada em julgado, por respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e da igualdade de todos perante a lei (CR/88, art. 5º, caput, e inc. LIV).

Na mesma esteira, João José Leal (2004, p. 408), ao discorrer acerca das circunstâncias capazes de transferir o condenado para um regime mais rigoroso de cumprimento de pena, afirma que não há exigência expressa no dispositivo a necessidade de nova condenação, bastando a prática de fato típico. Tal condição é

considerada pelo autor como condenável, e deve ser afastada tanto por contrariar o princípio da presunção de inocência, quanto pelo possível cometimento deste novo fato delituoso sob a égide de uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Rodrigo Duque Estrada Roig comunga do mesmo entendimento, e discorre no seguinte sentido:

Em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CRFB) deveriam as autoridades administrativas sobrestar a prolação da decisão disciplinar até a ocorrência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (haja vista inclusive a prevalência, no âmbito judicial, de efetivo contraditório e de maior amplitude probatória), evitando-se, então, decisões contraditórias. (2005, p. 153)

Referido autor continua sua análise no sentido de que não existem fundadas razões para se afastar o princípio da presunção de inocência do processo de execução penal, sob o argumento de que sua utilização se dá na instrução criminal. Isso porque a Lei de Execução Penal, promulgada em 1984, jurisdicinalizou o processo de execução, e sendo a presunção de inocência um preceito de conteúdo constitucional, ele pode ser invocado sempre que a liberdade do indivíduo esteja envolvida, desconsiderando, para tanto, a natureza do processo. (ROIG, 2005, p. 153)

E ainda afirma que essa troca do momento de concreção do *ius puniendi* estatal, do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o exato momento em que a ação delituosa supostamente ocorreu, faz com que seja destruída toda a segurança jurídica proporcionada pelo processo de cognição, para um mero juízo de probabilidade. (ROIG, 2005, p. 154)

E continua:

Com isso, propicia uma autêntica precocidade dos efeitos da tutela jurisdicional penal, já que a punição por falta grave, consectário lógico da sentença penal condenatória definitiva, seria implementada antecipadamente, com a simples conduta. Por outro lado, este verdadeiro prejulgamento também viola os princípios do devido processo legal, (art. 5, LIV, da CRFB) e da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário (art. 5, XXXV), na medida em que se aplica uma medida constritiva à liberdade do apenado por via transversa (administrativa), à revelia de qualquer provimento jurisdicional acerca da procedência das acusações formuladas. (ROIG, 2005, p. 154)

Andrei Zenkner Schmidt (2007, p. 257) afirma que, apenas com uma leitura rápida do artigo da Constituição Federal que versa sobre o princípio da

presunção de inocência, pode-se concluir que “só a mais profunda teimosia pode autorizar que uma *notitia criminis* ou um processo penal instaurado sejam capazes de ensejar a restrição da liberdade do preso.”

E continua fazendo uma crítica aos magistrados, promotores de justiça e administradores de estabelecimentos prisionais, que mesmo conhecendo a garantia constitucional da presunção de inocência, optam por silenciar em relação a tal questão, mesmo havendo um explícito confronto entre uma lei federal (LEP) e a Constituição Federal, em que a primeira acaba se sobressaindo à segunda. (SCHMIDT, 2007, p. 257)

Aury Lopes Junior (2007, p. 383) afirma que, antes de mais nada, não se constitui nenhum absurdo falar-se em presunção de inocência no processo de execução penal, em se tratando de fatos supervenientes ao início do cumprimento da pena. No que tange à tais fatos, “o apenado continua protegido pelo manto constitucional da presunção de inocência, vista como garantia constitucional de estado jurídico e de tratamento.”

Observa, também, que a qualidade de um sistema processual pode ser medida de acordo com o nível de observância do princípio da presunção de inocência. Dessa forma, ainda que seja uma opção garantista, e que muitas vezes esconda a impunidade de muitos culpados, basta que os inocentes, sem exceção, estejam amplamente protegidos, como uma garantia de segurança oferecida pelo próprio Estado de Direito. Finaliza afirmando que, ao trazer essa realidade para o processo de execução penal, “o apenado continua merecendo tratamento de inocente no que se refere a novos delitos cometidos e, também, em relação as faltas disciplinares.” (LOPES JUNIOR, 2007, p. 384)

Vale, por fim, ressaltar uma questão cronológica. A Lei de Execução Penal (LEP) é de 1984, e foi promulgada, portanto, sob o amparo da Constituição Federal de 1969. Como já afirmado no primeiro capítulo deste trabalho, o princípio da presunção de inocência foi recepcionado constitucionalmente somente pela Constituição Cidadã, de 1988, portanto, posterior à criação da LEP. Sob este ponto de vista, há que se fazer uma “filtragem constitucional” dos seus dispositivos, visando a adequação da lei ordinária à nova ordem constitucional em vigor. Em que pese a LEP ser completamente eficaz quando amparada pela CF de 1969, algumas de suas disposições podem não ser válidas quando colocadas à luz da Carta Magna

atual, em especial, o art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal, no que se refere ao cometimento de fato novo definido como crime doloso. (BESTER, 2010)

4.1.3. DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Por outro lado, a jurisprudência se mostra mais uníssona em relação ao assunto ora debatido.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina posiciona-se no sentido da desnecessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. INTERPOSIÇÃO CONTRA A DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DE REGIME, DO ABERTO PARA SEMI-ABERTO, E A PERDA DOS DIAS REMIDOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA A PRECEITO CONSTITUCIONAL POR INEXISTIR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO PARA O NOVO DELITO, EM TESE, PRATICADO PELO AGRAVANTE. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. DESNECESSIDADE DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 118, INCISO I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

Para a determinação da regressão de regime prisional, não se faz necessária a existência de sentença, com trânsito em julgado da condenação, da nova infração ou crime doloso praticado pelo apenado. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL, 2010e)¹⁴

O Superior Tribunal de Justiça comunga do mesmo entendimento:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEI Nº 7.210/84. CONDENADO QUE PRÁTICA CRIME DOLOSO OU FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PROVIMENTO.

1. Ao que se extrai da letra mesma da lei, ao condenado que incide nas disposições dos incisos I e II do artigo 118 da Lei nº 7.210/84, é imposta a regressão ao regime de cumprimento de pena mais gravoso, não havendo falar em violação do princípio da presunção de inocência, uma vez que a permanência do apenado em regime menos rigoroso implica, à evidência, o cumprimento das condições impostas, dentre as quais, as restrições de não praticar fato definido como crime doloso ou mesmo falta grave.

2. Não há exigir, em casos tais, trânsito em julgado da condenação pela nova infração, na exata razão de que reduziria a um nada a efetividade do processo de execução, exigindo-se, por isso mesmo, um quanto de certeza suficiente quanto ao crime e sua autoria, bem certificada pelo recebimento da denúncia.

3. A levar-se ao pé da letra o decisum impugnado, as faltas disciplinares culminariam por reclamar, para que tivessem função na execução, reexame obrigatório judicial e aperfeiçoamento na coisa julgada.

¹⁴ Nesse mesmo sentido, cita-se, ainda, as seguintes decisões proferida pelo TJSC: 1988.040521-0, 1998.018387-1, 1999.009093-0, 1999.009039-6, 2001.010340-0, 2002.008580-0, 2003.025390-4, 2004.008610-5 2009.029168-4, 2010.019314-8 e 2010.015076-0, dentre outras.

4. Recurso especial provido. (BRASIL. 2010f)¹⁵

Pelo Supremo Tribunal Federal também é demonstrado o entendimento de que não é necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FALTA GRAVE. FATO DEFINIDO COMO CRIME. SOMA OU UNIFICAÇÃO DE PENAS. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. ARTS. 111 E 118 DA LEI 7.210/84. REMIÇÃO. SÚMULA VINCULANTE 9 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. VETOR ESTRUTURAL. ORDEM DENEGADA NA PARTE CONHECIDA.

I - A prática de falta grave pode resultar, observado o contraditório e a ampla defesa, em regressão de regime.

II - A prática de "fato definido como crime doloso", para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende de trânsito em julgado da ação penal respectiva.

III - A natureza jurídica da regressão de regime lastreada nas hipóteses do art. 118, I, da Lei de Execuções Penais é sancionatória, enquanto aquela baseada no inciso II tem por escopo a correta individualização da pena.

IV - A regressão aplicada sob o fundamento do art. 118, I, segunda parte, não ofende ao princípio da presunção de inocência ou ao vetor estrutural da dignidade da pessoa humana.

V - Incidência do teor da Súmula vinculante nº 9 do Supremo Tribunal Federal quando à perda dos dias remidos. VI - Ordem denegada. (BRASIL, 2010g)¹⁶

Para fundamentar as decisões pela regressão de regime dos condenados que cometem crimes dolosos no curso da execução penal, a jurisprudência vale-se de alguns argumentos, em parte já expressos nas ementas acima expostas. Passar-se-á a expor, de forma mais detalhada, os principais pontos colocados em determinados acórdãos que tratam do assunto em questão, coletados de forma aleatória, nas páginas virtuais do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro deles é, por óbvio, que o entendimento majoritário demonstrado pelos Tribunais Superiores, opta pela regressão de regime prisional tendo, tão somente, a notícia do novo delito cometido pelo condenado. Nesse sentido, colacionam-se diversos julgados com a mesma posição adotada.

Alega-se, ainda, que a letra da lei não deixa dúvida de que a regressão deve se operar quando há certeza suficiente do cometimento do novo delito, bem

¹⁵ Nesse mesmo sentido, cita-se, ainda, as seguintes decisões proferidas pelo STJ: 610394, 86747, 81079, 984570, 1056892 e 117904.

¹⁶ Nesse mesmo sentido, cita-se, ainda, as seguintes decisões proferidas pelo STF: 96559, 97611, 97218, 96366 e 67096.

como da autoria, situação que se encontra certificada pelo recebimento da denúncia ofertada. Acerca da inexigência do trânsito em julgado, tem-se que tal aguardo levaria a uma inefetividade completa do processo de execução penal.

Ademais, não há violação ao princípio da presunção de inocência “uma vez que a permanência do apenado em regime menos rigoroso implica, à evidência, o cumprimento das condições impostas, dentre as quais, as restrições de não praticar fato novo definido como crime doloso ou mesmo falta grave.” (BRASIL, 2010g)

No HC nº 96.366-8 supracitado, cujo relatório e voto vencedor foi da Ministra Cármen Lúcia, vale salientar o voto do Ministro Marco Aurélio, *data vênia* ao entendimento da relatora:

[...] não posso considerar as imputações reveladas em processos ainda em curso, envolvendo o paciente, porque, se assim proceder, estarei não só desconhecendo a letra do inciso I do artigo 118 da Lei de Execução Penal, a prever que só há regressão, se vier o condenado a “I – praticar fato definido como crime doloso”, como também o princípio da não-culpabilidade.

Resta a questão alusiva aos processos administrativos disciplinares, mas não se tem notícia da prática de falta grave. A exigência do preceito é de que haja o cometimento de falta grave.

Peço vênia à relatora para conceder a ordem.

Outro ponto merecedor de destaque seria acerca da natureza jurídica do instituto da regressão de regime. Para os defensores da regressão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o inciso I do art. 118 da LEP possui natureza jurídica de sanção, de cunho administrativo. Isso porque é decorrência do controle exercido pelo Estado sobre o indivíduo que já possui uma execução em andamento, e visa puni-lo ante a notícia de um novo fato desabonador de sua conduta.

Diferentemente do inciso II do mesmo artigo, em que pese a soma das penas possa resultar um regressão de regime, o seu objetivo é a individualização da reprimenda imposta.

Novamente, o Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto no HC nº 937829, cujo relatório e voto vencedor pertencem ao Ministro Ricardo Lewandowski, divergiu do posicionamento adotado, e seu voto merece transcrição:

O princípio do terceiro excluído revela que uma coisa é ou não é. Ou bem se tem de forma alargada a princípio da não-culpabilidade, princípio

constitucional, e, evidentemente, para haver a regressão no regime de cumprimento da pena, é preciso que haja condenação criminal – é o caso – mas transitada em julgado, por crime posterior ao cometido e que ensejara o cumprimento da pena e a progressão de regime. Não posso temperar o princípio para dar de barato a culpa do envolvido no novo episódio. Prevalece o princípio da não-culpabilidade.

Quando o art. 118 da Lei de Execuções Penal faz referência, para a regressão ao regime mais gravoso, à prática de fato definido como crime doloso ou falta grave – e se está no campo do crime doloso -, evidentemente remete à Constituição Federal. Em última análise, interpreto o citado inciso I do art. 118 à luz do Diploma Maior, e não o preceito que encerra a garantia constitucional à luz da Lei de Execuções. (BRASIL, 2010g)

Também é argumento constante a supressão, no art. 118, inciso I da LEP, da expressa vontade do legislador de esperar-se o trânsito em julgado da sentença do novo crime atribuído ao condenado. Assim, caso fosse necessário o aguardo da condenação, tal exigência seria expressa, utilizando-se de vocábulos como “sofrer condenação transitada em julgado por crime doloso” e não “praticar fato novo definido como crime doloso.”

Enfatiza-se, também, que a distinção entre a mera prática de crime doloso, e a necessidade de condenação pelo delito é trazida já no inciso II do art. 118. Nele, sim, há necessidade da condenação, para proceder-se a soma de penas.

Tornar-se-ia sem sentido, também, a obrigação de prévia oitiva do apenado (art. 118, §2º, da LEP), mediante audiência de justificação, eis que nada mais há para justificar quando já há proclamação de sentença condenatória.

Nessa esteira, vale a transcrição de parte do voto no Ministro Felix Fischer, no Recurso Especial nº 610.394, do STJ: “é notório que a lei não contém palavras ou termos ociosos. Evidente, portanto, que a distinção formulada pelo legislador tem clara e precisa destinação: a mera prática de fato definido como crime autoriza a regressão ao regime prisional mais severo.” (BRASIL, 2010f)

Pondera-se, ainda, acerca da mitigação do conteúdo do princípio da presunção de inocência, em determinadas circunstâncias. Utiliza-se, para fins de comparação, o instituto da prisão preventiva, que nada mais é do que a permissão de recolher-se o réu à prisão por medida cautelar, durante a instrução criminal, ou seja, antes do decreto condenatório, se preenchidos os requisitos legais (art. 312 do CPP).¹⁷

¹⁷ Nesse sentido, vale salientar que há discussão acerca da violação ao princípio da presunção de inocência também nas prisões cautelares. Cita-se, como exemplo: CAMARGO, Mônica Ovinski de.

Ante tal liberdade concedida ao juiz da fase cognitiva, é que se autoriza o juiz da execução penal, a também tomar providências de cunho cautelar, a fim de assegurar a efetividade do processo de execução. No que tange à tal assertiva, relevante registrar novamente parte do voto do Ministro Felix Fischer, no recurso especial nº 610.394, do STJ:

Dada a situação de esgotamento estrutural dos tribunais brasileiros, é desarrazoado requerer que o juízo de execução espere a prolação da sentença condenatória transitada em julgado para, então, determinar a regressão de regime. O apenado poderá permanecer, ou até mesmo cumprir toda a pena, usufruindo do benefício, sem ser merecedor, em razão da possível demora para o julgamento do feito. Bastam, portanto, fundados indícios de autoria e materialidade para que o Juiz de Execução decrete a regressão.

Se assim o fizer, o juiz não estará maculando a aplicação do princípio da presunção de inocência, eis que cabe ao condenado demonstrar responsabilidade e aptidão para permanecer em regime menos gravoso de cumprimento de pena.

Em contrapartida, algumas das câmaras criminais¹⁸ do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul são firmes no entendimento de que, em caso da notícia da prática de novo delito no curso da execução, há que prevalecer o princípio da presunção de inocência:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRÁTICA DE NOVO DELITO. REGRESSÃO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL.

1. O reconhecimento de falta grave, antes do trânsito em julgado da sentença, além de ir de encontro ao sistema acusatório, também ofende a presunção de inocência.
2. Na execução da pena há, evidentemente, algumas restrições a direitos fundamentais, tais como a perda da liberdade, ao voto, entre outros; porém, o apenado não perde os direitos constitucionais de natureza processual, tais como o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e à presunção da inocência (art. 5º, LVII, CF), mesmo já tendo sido condenado.
3. Assim, embora haja sentença condenatória referente ao delito de roubo, estando presente, portanto, um suporte para que se tenha presente à prática de falta grave, o reconhecimento desta, antes do trânsito em julgado, além de ferir o sistema acusatório, fere também o princípio da presunção de inocência. A certeza das alegações somente será obtida após o devido processo legal, com trânsito em julgado, razão pela qual não deve ser

Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

¹⁸ Os acórdãos coletados para este trabalho pertencem à quinta e sexta câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e foram autuados com a seguinte numeração: 70021845409, 70028755379, 70028547743, 70035560101, 70032402026, 70036488054, 70024556359, 70022372676 e 70023129885.

reconhecida a falta grave e ter o regime de cumprimento da pena regredido. (BRASIL, 2010h)

Passar-se-á a fazer um apanhado geral dos argumentos constantes nos acórdãos coletados de forma aleatória junto à página virtual do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de modo a expor quais os motivos que os levam a decidir pela não regressão do regime de cumprimento de pena, quando há notícia de fato novo definido como crime doloso.

Primeiramente, pode-se considerar como louvável a opção do TJRS de apostar em uma moderna política criminal, e adotar uma posição absolutamente minoritária dentro da realidade dos outros Tribunais Superiores, em um viés totalmente inovador.

O princípio da presunção de inocência constitui direito basilar dentro do ordenamento jurídico brasileiro, um de seus pilares de sustentação. Uma vez recepcionado constitucionalmente, deve ser emanado à todas as áreas do direito, por permear as garantias individuais e, dessa forma, alcançar também o processo de execução penal.

Não há óbice em impor medidas corretivas para o condenado que comete um novo delito durante a execução da reprimenda. Entretanto, devem elas ser mais brandas do que a regressão de regime, haja vista que do processo que deu motivo à regressão de regime pode advir uma sentença absolutória. Ademais, havendo manifesta necessidade de segregação cautelar do condenado, é dever do Juiz da fase de conhecimento decretar a sua prisão cautelar.

Há, também, uma severa crítica ao sistema penitenciário brasileiro, bem como suas poucas condições de cumprir seu dever ressocializador:

Ademais, o regime carcerário fechado, tendo em vista as penosas condições da realidade carcerária, comprovadamente não contribui em nada para a progressiva ressocialização do apenado, haja vista que o mantém segregado do convívio social, impossibilitando a reinserção através de atividades produtivas, imprestáveis, contudo, para evitar o risco da reincidência. (BRASIL, 2010h)

Além da violação ao princípio da presunção de inocência, alega-se, ainda, que a regressão de regime prisional ante somente a notícia de novo delito vai de encontro, também, ao direito inalienável ao devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Acerca de uma possível alegação de demasiada benevolência por parte dos operadores do direito, vale transcrever novamente o posicionamento do Desembargador Aramis Nassif, em voto proferido no agravo nº 70024556359:

Cabe ressaltar ainda, que o apenado cumpre pena em regime semi-aberto, ou seja, não se trata de colocá-lo em liberdade, nem mesmo, de se omitir de aplicar-lhe punição disciplinar, ante a falta cometida, mas simplesmente de adotar postura condizente ao direito penal mínimo e subsidiário, que busca incansavelmente reduzir os efeitos danosos da realidade penitenciária, reintegrando progressivamente o apenado socialmente. (BRASIL, 2010h)

Outro ponto defendido diz respeito à questão cronológica, já exposta neste mesmo capítulo do trabalho. Assim, sendo a Lei de Execuções Penais anterior à entrada em vigor da Constituição Federal, deve a primeira ser interpretada em sintonia com a segunda, haja vista a disposição expressa do princípio da presunção de inocência no art. 5º, inciso LVII. Não há como simplesmente dispensar-se tal garantia constitucional em sede de execução penal, considerando que a CF exige o aguardo da sentença penal condenatória. Primeiramente, é necessário que haja uma definição do fato novo tido como crime doloso, definição esta que cabe à fase de conhecimento, que se dará no juízo criminal, inclusive à luz do princípio do juiz natural.

Os acórdãos proferidos pelo TJRS trazem, ainda, a conclusão nº 21 do Encontro de Execução Penal, ocorrido nos dias 27 e 28 de junho de 2002, que contou com a participação de cerca de 160 (cento e sessenta) magistrados e assim enunciou: “Impera o princípio da presunção de inocência frente ao art. 118, I, da LEP, no tocante à regressão de regime pela prática de crime doloso no curso da execução.”

Salienta-se, também, que, para que o juízo de execuções penais tivesse condições de declarar a prática de crime doloso, teria que colher todas as provas necessárias à elucidação dos fatos, em observância ao princípio da ampla defesa. Assim, considerando o volume de trabalho das Varas de Execuções Penais e a celeridade que lhe é exigida, seria impossível conciliar todo o trabalho referente às execuções de pena, com audiências de instrução e julgamento, visando a definição da prática de crime definido como crime doloso.

Uma indagação feita pelo Des. Nereu José Giacomolli, no agravo de execução nº 70028547743, do TJRS, merece transcrição literal:

Terceiro porque, suponha-se que, no juízo executório, após colhidas todas as provas (eventualmente até periciais, caso necessárias), fosse reconhecida a prática de crime doloso e regredido o regime prisional, ao passo que, no juízo de conhecimento, também após colhidas todas as provas (!), o apenado, lá réu, restasse absolvido, inclusive em 2º Grau (com o notório tempo para isso, inclusive se se tratasse de réu solto). Obviamente que, em face da decisão do juízo de conhecimento (juízo natural que é), a decisão de regressão de regime anteriormente proferida pelo juízo executório ficaria invalidada. E mais, suponha-se que, pela desnecessidade da custódia cautelar, o juízo de conhecimento, por onde definida a absolvição, não tenha decretado a prisão provisória. Como realizar detração em tal hipótese, quando é sabido que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, somente é possível seu reconhecimento pelo processo em que restou condenado, não constituindo um “crédito” em favor de apenado para outras condenações? (BRASIL, 2010h)

A título de curiosidade, no agravo em execução acima citado, já havia a prolação de sentença penal condenatória, pendendo, apenas, de julgamento de recurso de apelação. Não havia, portanto, o trânsito em julgado e a postura pela não regressão é que foi adotada.¹⁹

Se a regressão de regime contida na LEP serve para fins “educativos”, cabe, então, ao juiz de cognição determinar a prisão cautelar do condenado, considerando seus antecedentes judiciais e em atenção ao princípio da necessidade. Tal determinação teria, como consequência, uma tramitação mais veloz do processo de conhecimento (haja vista a preferência de andamento dos réus presos), e surtiria um efeito de “punição”, por suspender os benefícios que o condenado possui em liberdade.

Resumindo, a certeza acerca da alegação de fato novo definido como crime doloso só será obtida quando do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Retirar do condenado qualquer benefício não fere só os princípios já mencionados, como também o próprio sistema acusatório em si.

¹⁹ Porém, houve voto divergente do Desembargador Aymoré Roque Pottes de Mello, o qual discorreu acerca do entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o fato de o apenado ter praticado fato novo que pode ser enquadrado como crime doloso é suficiente para ensejar o cometimento de falta grave e de regressão de regime. Assim, em sendo demonstrada inaptidão por parte do apenado para cumprimento de pena em regime menos rigoroso, deve operar-se a regressão e todas as consequências advindas dela (como perda dos dias remidos, por exemplo.)

4.2 CASOS OCORRIDOS NA COMARCA DE CRICIÚMA

A título de demonstração de que é possível a ocorrência da regressão de regime prisional por notícia de fato novo definido como crime doloso, sendo o condenado posteriormente absolvido do processo criminal que deu motivo à regressão, bem como que existem casos de regressão por novo fato que culminam com a condenação, tem-se como exemplo dois casos ocorridos na Comarca de Criciúma, com dados obtidos junto à página virtual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

a) PATRÍCIA SIGLITZ MONTEIRO

A apenada Patrícia Siglitz Monteiro, que possui processo de execução penal em andamento na Comarca de Criciúma, autuado sob o nº 020.06.010663-8, e alcançou a progressão ao regime aberto em 02.05.2007, devendo cumprir as seguintes condições:

[...] obter ocupação lícita em até 60 dias, comprovando tal labor em juízo; comparecer mensalmente ao Juízo para provar residência fixa e ocupação lícita; recolher-se à sua habitação das 22:00 às 06:00 horas, salvo se exercer trabalho lícito no período noturno; não freqüentar bares, boates, casas de jogos, prostíbulos e locais de reputação duvidosa; não mudar de endereço sem prévia comunicação oficial ao Juízo; não portar armas de quaisquer espécies; (SANTA CATARINA, 2007)

Em data de 07.07.2008 sobreveio aos autos a notícia de que a apenada havia sido presa em flagrante, sendo a Ação Penal tombada sob o nº 020.08.014866-2, motivo pelo qual foi instaurado o competente incidente de regressão de regime, com designação de audiência de justificação e nomeação de defensor. Paralelamente, a ação penal continuou em trâmite.

Em 05.09.2008 houve a prolação da sentença absolutória em favor da apenada, nos seguintes termos:

Aberta a audiência, interrogada a acusada e ouvidas duas testemunhas, conforme termos em anexo. Justifique o cartório, atento ao despacho de fls. 56, as razões de não terem sido intimadas as testemunhas arroladas as fls. 34. Pela d. Patrona da acusada foi dito que desiste das testemunhas que arrolou, o que foi deferido. Dada a palavra ao Dr. Promotor de Justiça, em alegações finais, assim se manifestou: MM Juiz: Ainda que de reconhecido valor probatório, conforme já pacificado pela jurisprudência pátria, as

declarações de agentes policiais não se constituem, por si sós, em expressão absoluta da verdade, em detrimento das demais provas colhidas e evidências do caso. Na situação presente, nenhum dos usuários identificados e ouvidos mencionou a acusada como vendedora de tóxicos, todos mencionando, ao contrário, possivelmente tratar-se de simples usuária (fls. 08/11). Chama a atenção o fato de a pessoa que supostamente apontou a acusada como traficante não ter sido devidamente identificada e conduzida à delegacia de polícia para inquirição, o que veio a em prejuízo do necessário esclarecimento dos fatos. Diga-se, por fim, que nem sequer o proprietário da casa onde se deram os fatos foi identificado, não se sabendo, portanto, a quem pertenciam os materiais lá encontrados. Pelo exposto, na forma do artigo 386, VI do CPP, requer-se seja a presente ação penal seja julgada improcedente, com a conseqüente absolvição da acusada. Dada a palavra a douta defensora, em alegações finais assim se manifestou: MM Juiz, acompanho o Dr. Promotor de Justiça em suas razões finais. Pelo MM Juiz foi dito: vistos etc. Acolho a manifestação ministerial supra como razões de decidir e, na forma do artigo 386, VI do CPP, julgo improcedente a presente ação penal movida em face de Patrícia Siglitz Monteiro, com a conseqüente absolvição. Sem custas. Publicada em audiência, intimados os presentes, registre-se. Transitado em julgado, leve-se ao arquivo com as baixas e anotações devidas. Expeça-se alvará de soltura se por al não estiver presa. (SANTA CATARINA, 2008)

No processo de execução penal, o MM. Juiz restabeleceu o regime aberto em decisão proferida em 09.04.2010, oportunidade em que a apenada deixou o regime semiaberto, retornando ao regime aberto:

Vistos, etc. Tendo em vista absolvição da apenada no PEC 020.08.014866-2, e sabendo-se que esta havia sido regredida para o regime semi-aberto em virtude do suposto cometimento do novo crime, REESTABELEÇO como regime de cumprimento da pena o ABERTO período em que deverá observar as seguintes condições, sob pena de regressão: obter ocupação lícita em até 60 dias, comprovando tal labor em juízo; comparecer bimestralmente ao Juízo para provar residência fixa e ocupação lícita; recolher-se à sua habitação das 22:00 às 06:00 horas, salvo se exercer trabalho lícito no período noturno; não freqüentar bares, boates, casas de jogos, prostíbulos e locais de reputação duvidosa; não mudar de endereço sem prévia comunicação oficial ao Juízo; não portar armas de quaisquer espécies; Realize-se audiência admonitória. Ademais, CUMpra-se o que requer o Parquet às fls. 241, itens 2, 3, 4 e 5. Publique-se. Registre-se. Intime-se. (SANTA CATARINA, 2010)

Note-se, portanto, que entre a data da sentença absolutória e o restabelecimento do regime aberto, transcorreram exatos 1 ano, 7 meses e 5 dias.

b) ALEX FERNANDES CARVALHO

O apenado Alex Fernandes Carvalho, que possui processo de execução penal em andamento na Comarca de Criciúma, autuado sob o nº 020.07.016031-7, e alcançou a progressão ao regime aberto em 08.06.2009, da seguinte forma:

Trata-se de pedido formulado por Alex Fernandes Carvalho, postulando a progressão para o regime aberto. A representante do Ministério Público manifestou-se pelo deferimento, vindo-me os autos conclusos. É o breve relato. DECIDO: Segundo consta nos autos, após a homologação da soma das penas, restou, o apenado, condenado à reprimenda de 4 anos de reclusão em regime fechado, sendo posteriormente comutada em 6 meses e 25 dias, tornando-a definitiva em 3 anos, 5 meses e 5 dias. Nessa mesma ocasião, foi determinada a progressão para o regime semi-aberto, tudo conforme a decisão de fl. 72. Cumpriu até 12.02.2009 (progressão ao semi-aberto), 1 ano, 6 meses e 28 dias da pena imposta, restando para o cumprimento, a partir daquela data, 1 ano, 10 meses e 7 dias. De 13.02.2009 até a presente data, considerando 21 dias remidos (fl. 75), cumpriu 4 meses e 14 dias da pena remanescente. Segundo o art. 112 da LEP, o beneplácito da progressão de regime deve ser estendido ao apenado que tenha cumprido 1/6 da pena em regime anterior, fração que, neste caso, equivale a 3 meses e 21 dias, e ostente bom comportamento carcerário. Portanto, logo se vê preenchido o requisito temporal. O requisito subjetivo também restou implementado, eis que o relatório de vida carcerária (fl. 88/89) classificou como BOM o comportamento do reeducando. Isto posto, por atender todas as exigências legais, DEFIRO o pedido de progressão para o regime ABERTO a Alex Fernandes Carvalho, período em que deverá observar as seguintes condições, sob pena de regressão: 1. obter ocupação lícita em até 60 dias, comprovando tal labor em juízo; 2. comparecer bimestralmente ao Juízo para provar residência fixa e ocupação lícita; 3. recolher-se à sua habitação das 22:00 às 06:00 horas, salvo se exercer trabalho lícito no período noturno; 4. não freqüentar bares, boates, casas de jogos, prostíbulos e locais de reputação duvidosa; 5. não mudar de endereço sem prévia comunicação oficial ao Juízo; 6. não portar armas de quaisquer espécies; Realize-se a audiência admonitória para ciência das condições determinadas. Publique-se. Registre-se e Intimem-se. (SANTA CATARINA, 2009)

Em data de 21.09.2009 sobreveio aos autos a notícia de que o apenado havia sido preso em flagrante, sendo a Ação Penal tombada sob o nº 020.09.017093-8, motivo pelo qual foi instaurado o competente incidente de regressão de regime, com designação de audiência de justificação e nomeação de defensor. Paralelamente, a ação penal continuou em trâmite.

Em 01.12.2009 houve a prolação da sentença condenatória em face do apenado, nos seguintes termos:

PELO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na DENÚNCIA oferecida contra ALEX FERNANDES DE CARVALHO, já qualificado, condenando-o a pena de 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 09 (nove) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, por infração ao art. 157, caput c/c o art. 14, II, 61, I, e 65, I e III, 'd', todos do CP. Condeno o acusado ao pagamento das custas processuais. Nego ao acusado o direito de recorrer em liberdade, uma vez que respondeu segregado à toda a instrução criminal, ressaltando que diante da multi-reincidência do acusado, a segregação provisória demonstra-se necessária para a garantia da ordem pública, uma vez ser o mesmo useiro e vezeiro na prática de crimes contra o patrimônio. Deixo de fixar o valor do prejuízo

mínimo da vítima (art. 387, IV, CPP), haja vista o ressarcimento da res furtiva. Fixo em 15 URH's os honorários do Dr. Defensor Dativo. Expeça-se certidão. Publicada e intimados em audiência. Registre-se. Transitada em julgado, proceda-se as comunicações de estilo e expeça-se o PEC. Após, archive-se. Nada mais. (SANTA CATARINA, 2009)

O novo processo de execução foi autuado sob o nº 020.09.022723-9. Dessa forma, de acordo com o art. 118, da LEP, coube ao Juiz da Execução Penal proceder a soma das reprimendas, ocorrido em 23.04.2010, oportunidade em que restou ao condenado o cumprimento de 4 anos, 5 meses e 26 dias de reclusão, em regime fechado.

5. CONCLUSÃO

No capítulo inaugural, fez-se uma distinção entre princípios e regras. Viu-se que a mais notória diferença entre eles é que os princípios são capazes de nortear diversas situações, concretas ou hipotéticas, enquanto que as regras necessitam de uma situação pré-existente a exigir sua aplicação.

O processo de execução penal, assim como outros ramos do direito, é guiado por inúmeros princípios, que se procurou expor inicialmente. Estudou-se, de igual forma, o princípio da presunção de inocência. Constatou-se que o também chamado princípio da não-culpabilidade foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988, sendo elevado à posição de direito fundamental. Verificou-se que, muito embora haja uma aplicação mais efetiva dentro do processo de conhecimento, trata-se de uma garantia que vai além do âmbito meramente processual, sendo a inocência a forma que o indivíduo deve ser tratado.

Vencida a fase preliminar, passou-se a expor, já no segundo capítulo, a teoria da pena. Viu-se que a pena tem essencialmente duas funções, preventiva e retributiva sendo, a primeira, uma tentativa de coibir o cometimento de novos delitos, considerando uma pré-disposição ao crime comum a todos os seres humanos e, a segunda, consiste em uma reação proporcional do Estado ante o cometimento de um delito.

Estudou-se, ainda no segundo capítulo, os sistemas penitenciários e suas peculiaridades, bem como os três regimes de cumprimento de reprimendas adotados pelo sistema progressivo pátrio. Viu-se que, se por um lado o cumprimento de determinada parcela da pena, somado ao bom comportamento carcerário, são suficientes à progressão a regime mais brando, o demérito do apenado enseja a regressão. Acerca do instituto da regressão, estudou-se as hipóteses legais que acarretam sua aplicação.

No terceiro capítulo aprofundou-se a questão da regressão de regime prisional em decorrência de fato novo definido como crime doloso, trazido pela Lei de Execução Penal como primeira causa de regressão de regime. A redação do artigo deixa margem para o questionamento acerca da necessidade ou não de que esse novo fato já possua sentença transitada em julgado e, assim, dois posicionamentos diversos tornam a questão controvertida.

Para os defensores da regressão ocorrida com a notícia de crime cometido pelo condenado, quando o legislador exige determinada circunstância, ele é expresso quanto a isso. Alegam que a regressão tem cunho administrativo, e que a simples notícia de envolvimento do condenado em fato que desabone sua conduta já é suficiente para puni-lo, operando-se a regressão a regime mais gravoso. Ademais, o aguardo do trânsito em julgado levaria o processo de execução à inefetividade.

Opondo-se a tais argumentos, os que defendem que a regressão de regime deve ocorrer somente após o trânsito em julgado do fato definido como delituoso acreditam que a Lei de Execução Penal deve, primeiramente, ser interpretada de acordo com a Constituição Federal de 1988. Assim, tendo o princípio da presunção de inocência *status* de princípio fundamental, nada impede que ele seja aplicado dentro do processo de execução penal. Ademais, caso exista a necessidade de segregação do condenado pelo novo delito que lhe é imputado, cabe ao juiz da fase de conhecimento decretar-lhe a prisão preventiva, que terá como consequência o trâmite preferencial.

Há, portanto, a evidente colisão entre uma lei federal, que regula o cumprimento de reprimendas de inúmeros condenados, e um princípio constitucional elevado à condição de direito fundamental, sendo prevalecente o entendimento de que se deve impor a regressão de regime prisional com a notícia de fato novo.

Por fim, a título de exemplificação, foram expostos dois casos ocorridos na Comarca de Criciúma. No primeiro, a condenada cometeu, no curso da execução, um novo delito, sendo seu regime prisional regredido do fechado para o semiaberto. Posteriormente, restou absolvida do processo que ensejou a regressão, oportunidade em que foi restabelecido o regime aberto. Já no segundo, houve o cometimento de novo delito, restando o apenado condenado pelo novo fato delituoso.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO NETO, Raimundo. **Princípio da reserva legal & direito criminal**. Curitiba: Juruá, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Inahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf> Acesso em 10. abr. 2010.

BAZAN, T. M. **Do Sistema Penitenciário Brasileiro e da Eficácia da Pena Privativa de Liberdade**. 2008. 84 f. Monografia de Conclusão de Curso. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Presidente Prudente, 2008.

BESTER, Giselda Maria e WESCHER, Vivian Hey. **A inconstitucional regressão de regime decorrente da acusação pela prática de crime doloso diante do princípio da presunção de inocência? Quo vadis hermeneuta brasileiro**. Disponível em <http://www.vestibulardombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%204.pdf> Acesso em 22.ago.2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.298.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 13 de set.2010a.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848/40. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 13.set. 2010b.

_____. **Lei nº 7.210/84. Lei de Execução Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>> Acesso em: 13.set. 2010c.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Penal. Lei nº 7.210/84. (...).** Recurso Especial nº 564971. Ministério Público do Rio Grande do Sul e Anderson Rafael Fortuna dos Santos. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. DJ: 12.dez.2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=505228&sReg=200301313945&sData=20041217&formato=PDF> Acesso em 09.out.2010f.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Processual Penal. Recurso Especial. Execução Penal. (...).** Recurso Especial nº 610.394. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Marcelo Luiz Aguiar. Relator Ministro Felix Fischer. DJ: 14.jun.2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=472871&sReg=200301751992&sData=20040614&formato=PDF> Acesso em 20.out.2010f.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus. Penal Processual Penal. Falta Grave. (...).** Habeas Corpus nº 963668. Superior Tribunal de Justiça e Ubiraci Tobias Santos da Silva. Relatora Ministra Carmem Lúcia. DJ: 27.fev.2009. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578264>> Acesso em 09.out.2010g.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Processual Penal. Habeas Corpus. Regressão de Regime Prisional. (...).** Habeas Corpus nº 937829. Superior Tribunal de Justiça e Aldomar Birajara de Quevedo Bitencourt. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 16.out.2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555557>> Acesso em 09.out.2010g.

_____, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso de Agravo. Execução Penal. (...).** Recurso de Agravo nº 2009.051172-0. Relator Des. Roberto Lucas Pacheco. DJ: 15.dez.2009. Disponível em <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acnaintegra!html.action?parametros.frase=¶metros.todas=¶metros.orgaoJulgador=¶metros.pageCount=10¶metros.dataFim=¶metros.dataIni=¶metros.uma=¶metros.ementa=¶metros.juiz1GrauKey=¶metros.cor=FF0000¶metros.tipoOrdem=relevancia¶metros.juiz1Grau=¶metros.foro=¶metros.relator=¶metros.processo=2009.0511720¶metros.nao=¶metros.classe=¶metros.rowid=AAARykAAJAAABMTAAF>> Acesso em 09.out.2010e.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo em execução. Prática de novo delito. Regressão. (...).** Recurso de Agravo nº 70028547743. Relator Des. Nereu Jose Giacomolli. DJ: 02.abr.2009. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em 09.out.2010h.

_____, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo em Execução. A Suposta Prática de Novo Fato Definido como Crime, (...).** Recurso de Agravo nº 70024556359. Relator Des. Aramis Nassif. DJ: 02.jul.2008. Disponível em <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>> Acesso em 09.out.2010h.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 10ª Edição. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

COIMBRA, Mário. HAMMERSCHMIDT, Denise. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 156.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 476.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1221.

COSTA, Nelson Nery. ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DELGADO, José Augusto. **A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão**. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (Coord.). Estado de Direito e Direito Fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 319-338. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/3232>> Acesso em 21.mai.2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 552.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 864

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 68.

GIMAEEL, Cláudio Henrique Pereira. **Presunção de inocência no processo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 44, p. 509-531, set./dez. 2005. Disponível em <http://www.ite.edu.br/ripe/ripe_arquivos/ripe44.pdf> Acesso em 21.abr.2010

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral, volume 1: introdução**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral: volume 2.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 665.

_____, Luiz Flávio. **Limites do “Jus Puniendi” e bases principiológicas do garantismo penal.** Disponível em: <<http://www.wiki.iuspedia.com.br/article.php?story=20070410101353547>> Acesso em 09.mai.2010.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada.** 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 799.

KUHN, João Lacerda. **O princípio do contraditório no processo de execução.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral.** 3ª Ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004. p. 622.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era,** 2ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2001.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e princípio dispositivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES FELICIO, Guilherme. GOMES, Luís Roberto. **Princípio da Proporcionalidade.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1713/1632>> Acesso em 14.jun.2010.

LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 629.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009. p. 464.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 2.699.

_____, **Execução Penal: comentários à Lei 7.210/1984**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007. p. 874.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: volume 1: introdução e parte geral**. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 388.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral e parte especial**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1120.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal – Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4ª edição rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 451

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 364.

SÁ, Benedito de Pedreiras Maranhão Gomes de. **A Defensoria Pública e as Garantias do Contraditório e da Ampla Defesa na Execução Penal**: Benedito de P. M. G. de Sá – 2006. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/16705>> Acesso em 21.mai.2010.

SANTA CATARINA, 1ª Vara Criminal. Decisão proferida nos autos de Processo 020.09.017093-8, em 01.dez.2009. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 06.nov.2010.

_____, 2ª Vara Criminal. Decisão proferida nos autos de Processo nº 020.06.010663-8/00009, em 02.mai.2007. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/show.do>>. Acesso em: 25.out.2010.

_____, 2ª Vara Criminal. Decisão proferida nos autos de Processo nº 020.08.014866-2, em 05.set.2008. Disponível em:

<<http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/show.do>>. Acesso em: 25.out.2010.

_____, 2ª Vara Criminal. Decisão proferida nos autos de Processo nº 020.06.010663-8, em 09.abr.2010. Disponível em:
<<http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 25.out.2010.

_____, 2ª Vara Criminal. Decisão proferida nos autos de Processo nº 020.07.016031-7, em 08.jun.2009. Disponível em:
<<http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/show.do>> Acesso em: 06.nov.2010.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. **Prática de execução das penas privativas de liberdade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 159.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina da execução penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 629

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Marisya Souza e. **Crimes Hediondos e progressão de regime prisional**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 239

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Breves comentários à Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, B. M. **Da aplicação da pena frente ao atual sistema prisional brasileiro**. 2004. 108 f. Monografia de Conclusão de Curso. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Presidente Prudente, 2004.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

TJADER, Ricardo Luiz da Costa. **As garantias individuais e a regressão de regime de pena**. In: Boletim Informativo nº 159. 30.05.1993. Ano V. Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, 1993.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. **Progressão de regime no cumprimento da pena: uma longa história**. Disponível em
<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/11809/11374>> Acesso em 22.out.2009.

ANEXOS

ANEXO A – Acórdão TJSC

ANEXO B – Acórdão STJ

ANEXO C – Acórdão STF

ANEXO D – Acórdão TJRS