



**Bettina Zuccarelli Mattos**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**A IMPOSSIBILIDADE DA REGRESSÃO DE REGIME PARA  
CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE FIXADO  
INICIALMENTE NA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

**PORTO ALEGRE  
2012**

**BETTINA ZUCCARELLI MATTOS**

**A IMPOSSIBILIDADE DA REGRESSÃO DE REGIME PARA  
CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE FIXADO  
INICIALMENTE NA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito  
no Curso de Direito do Centro  
Universitário Metodista - IPA.

Orientador: Prof. Me. Rodrigo Moretto

**PORTO ALEGRE  
2012**

**BETTINA ZUCCARELLI MATTOS**

**A IMPOSSIBILIDADE DA REGRESSÃO DE REGIME PARA  
CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE FIXADO  
INICIALMENTE NA SENTENÇA CONDENATÓRIA**

O presente **Trabalho de Conclusão de Curso** submetido à banca examinadora integrada pelos professores abaixo firmados, foi julgado e aprovado para obtenção do grau de Bacharel em Direito no **Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA**.

Porto Alegre, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012.

\_\_\_\_\_  
Prof. Me. Rodrigo Moretto  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Prof.

\_\_\_\_\_  
Prof.

Mas com licença, meus senhores, eu não me estou justificando com este todos. E, no que se refere a mim, apenas levei até o extremo, em minha vida, aquilo que não ousaste levar até a metade sequer, e ainda tomaste a vossa covardia por sensatez, e assim voz consolastes, enganando-vos vós mesmos. De modo que eu talvez esteja ainda mais “vivo” que vós. Olhai melhor! Nem mesmo sabemos onde habita o que é vivo, o que ele é, como se chama. (...) Somos natimortos, já não nascemos de pais vivos, e isto nos agrada cada vez mais. Em breve, inventaremos algum modo de nascer de uma ideia.

(Dostoiévski, Fiódor **Memórias do Subsolo**)

Dedico este trabalho aos meus pais, ao meu irmão, à minha família que, durante toda essa jornada, me apoiaram incondicionalmente. Aos meus amigos que, pacientemente, compreenderam minha ausência quando o momento era de dedicação. A todos aqueles que, com muito carinho, disseram que ia dar tudo certo, meu muito obrigado.

## AGRADECIMENTOS

Ricardo Gloeckner Jacobsen

Rodrigo Moretto

Professores orientadores, respectivamente do projeto e do trabalho de conclusão, não existem palavras para agradecer a dedicação de vocês. Agradeço por terem assumido comigo a responsabilidade de dissertar sobre um tema de poucos precedentes, tornando a complexidade desse processo a menor quanto fosse possível.

Agradeço imensamente ao meu orientador, que fez com que essa última etapa da graduação não fosse cumprida como um fardo, mas como um momento de crescimento e aprendizado.

São em momentos como esse que conhecemos os grandes Mestres.

A todos meus sinceros agradecimentos!

## RESUMO

A situação dos apenados condenados a cumprir pena em regime inicial semiaberto ou aberto e, em caso de cometimento de falta grave, são submetidos à regressão para regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença, não é questão pacificada, dividindo opiniões. A questão envolve princípios constitucionais, sua aplicação em razão da proteção da dignidade da pessoa humana, bem como se inserem na legislação infraconstitucional e na lei especial, qual seja, Direito Penal, Processual Penal e Lei de Execução Penal. Questiona-se, no caso específico, se há a possibilidade da regressão para regime mais severo e, se tal medida, encontra respaldo no que preconiza a política criminal do Brasil, que é a ressocialização do indivíduo e seu reingresso na sociedade. A questão social no âmbito carcerário no que se refere à formação de facções, exacerbação da marginalidade e, por que não referir, a possibilidade de se tornar um indivíduo pior intencionado do que quando ingressou no cárcere; tudo em razão do convívio com outros presos de maior periculosidade, cometedores de crimes mais graves leva à reflexão das consequências da regressão ao regime fechado. O Supremo Tribunal Federal, há quatro anos, proferiu decisão com 3 votos distintos que, até os dias de hoje são usados como referência, sem que se tenha chegado a uma conclusão concreta. Conclui-se que a regressão de regime para regime mais gravoso é objeto de decisões quase que aleatórias. Logo, a política criminal de ressocialização se é cumprida, não é cumprida para todos, uma vez que uns estão sujeitos às condições nefastas do cárcere e outros mantidos em seu regime original, sendo questionável o termo Justiça.

Palavras-chave: regressão de regime, falta grave, Lei de Execução Penal

## ABSTRACT

The situation of convicts sentenced to serve time under the initial and intermediate or final, in case of commission of serious misconduct, are subjected to regression scheme more onerous than that fixed by the judgment, no question pacified, sharing opinions. The issue involves constitutional principles, their application on the grounds of protection of human dignity, as well as fall in the legislation and the special law, namely, Criminal Law, Criminal Procedure Law and Criminal Sentencing. It is questionable, in case if there is the possibility of regression to the strictest rules and, if such a measure, finds support in advocating criminal policy in Brazil, which is the rehabilitation of the individual and their reentry into society. The social issue in prison in relation to the formation of factions, and exacerbation of marginality, why not mention the possibility of becoming a worse person than intended when he joined the prison, all because of contact with other prisoners most hazardous, executors the most serious crimes leads to reflection of the impact of regression to the closed regime. The Supreme Court four years ago, issued a decision with 3 separate votes (positions) that until this day are used as a reference, without having reached a concrete conclusion. It is concluded that the regression scheme to more onerous is the object of almost random decisions. Thus, the criminal policy of rehabilitation if it is enforced, not enforced for everyone, since some are subject to the conditions of the prison and other harmful kept in their original scheme, the term is questionable Justice.

Keywords: regression scheme, misconduct, Criminal Law Enforcement



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 EXECUÇÃO PENAL.....	13
1.1 LEI DE EXECUÇÃO PENAL: REGRANDO A EXECUÇÃO PENAL.....	13
1.2 NATUREZA JURÍDICA.....	14
1.3 CUMPRIMENTO DA PENA: PROGRESSÃO E FAMILIARIDADE REGRESSÃO.....	20
1.4 REQUISITOS DO SISTEMA PROGRESSIVO.....	23
1.5 CONDUTAS ENSEJADORAS DE REGRESSÃO DE REGIME.....	28
1.6 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD).....	30
2 APLICAÇÃO DO PROCESSO PENAL À EXECUÇÃO PENAL.....	33
2.1 PRINCÍPIOS DE PROCESSO PENAL APLICÁVEIS A EXECUÇÃO PENAL.....	33
2.1.1 Princípio da Legalidade.....	38
2.1.2 Princípio da Imparcialidade.....	39
2.1.3 Princípio da Inércia da Jurisdição.....	39
2.1.4 Princípio do Juiz Natural.....	40
2.1.5 Princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição.....	41
2.1.6 Correlação entre Acusação e Sentença.....	41
2.2 DA CORRELAÇÃO ENTRE SENTENÇA E EXECUÇÃO E A COISA JULGADA.....	45
2.3 RITO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL.....	46
3. A DECISÃO PARADIGMA DO STF E A LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROBLEMA: UMA CAIXA DE PANDORA.....	49
3.1 PROLEGÔMENOS DO CASO.....	49
3.2 EROS GRAU: A LEITURA SISTÊMICA DA EXECUÇÃO PENAL.....	50
3.3 ELLEN GRACIE: O DIREITO CIVIL MOSTRA SUA FACE.....	51
3.4 CEZAR PELUSO: A FACE OCULTA.....	52
3.5 RESSOCIALIZAÇÃO E LEI DE EXECUÇÃO PENAL: OBJETIVOS NOBRES E UTÓPICOS.....	53
CONCLUSÃO.....	55
BIBLIOGRAFIA.....	58

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar as questões relacionadas à Regressão de Regime, para condição mais gravosa do que fixada na sentença condenatória, pelo cometimento de falta grave e seu tratamento jurídico, que é objeto de debate e controvérsia devido ao seu complexo e desafiador foco, considerando que tal possibilidade pode ser interpretada como nova condenação criminal de natureza extrajudicial.

Diariamente os apenados condenados a cumprir suas penas em regimes menos severos cometem faltas graves, cujas quais incidem penalidades. Entretanto a questão se concentra quanto a possibilidade de conduzir o apenado a uma condição que a lei não prevê, uma vez que o *quantum* da pena determina o regime de cumprimento.

Uma vez que o poder punitivo está condicionado à atuação estatal, para o exercício do referido poder, existe a necessidade da criação de um sistema pré-estabelecido pelo Estado que, nada mais é, do que o sistema processual penal, adotado como estrutura institucional, única e legítima para a imposição da pena, motivo pelo qual, não existe a possibilidade de imposição de sanção por via que não a judicial.

Nesse sentido, criada a lei processual, naturalmente surge a necessidade da sua leitura sob o aspecto constitucional, garantindo respeito às regras e garantias fundamentais, trazendo para o ordenamento penal os princípios constitucionais do processo, cuja regra de correlação entre acusação e sentença está intimamente ligada, como meio de assegurá-los.

Inevitável o exame detalhado da lei penal e processual, no que envolve os sistemas acusatório e inquisitório, pois foi deles que se extraiu, diante das suas dinâmicas, a aplicação ou não de determinados princípios.<sup>1</sup>

Partir da premissa que sistema acusatório é um processo composto de partes, onde acusação e defesa, em igualdade de posições se contrapõem, diante

---

<sup>1</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. I. p. 63.

de um juiz sobreposto a ambas, agregando o princípio da presunção de inocência, sendo vedada a iniciativa probatória pelo juiz, ao contrário do sistema inquisitório<sup>2</sup>.

Dessa forma, significa que a jurisdição é função estatal de aplicar as normas do ordenamento jurídico em relação à determinada pretensão, pressupondo situação litigiosa concreta. Trata-se da função secundária do Estado, onde o órgão jurisdicional é desligado da relação de dependência com o litígio e, após o recebimento das alegações das partes, em situação de igualdade, de maneira imparcial, torna efetiva a vontade concreta da lei.

Entretanto, considerando que o presente trabalho tem como o foco a progressão de regime, de maneira lógica, avançou o estudo até a Lei de Execuções Penais (LEI DE EXECUÇÃO PENAL), a qual dispõe sobre a matéria de cumprimento de pena, direitos e deveres dos apenados, benefícios e sanções e seus respectivos requisitos. E como não poderia deixar de ser, fez sua leitura à luz da Constituição e seus princípios, passando por uma análise histórica, desde a exposição de motivos do Código Penal, passando pela LEI DE EXECUÇÃO PENAL e observando as orientações do CNJ.

Ao falamos da situação dos indivíduos privados de liberdade tivemos que nos aprofundar nas questões que envolvem a política criminal do país, inclusive de cunho social para poder entender do que se trata o objetivo ressocializador e a identidade da adoção de um sistema progressivo de penas, sempre inserindo no contexto da discussão os princípios constitucionais.

O fato do réu ser submetido à Lei Especial, que rege a Execução Penal (Lei de Execução Penal), traz novos conflitos de interpretação, desde a sua natureza jurídica, que é amplamente discutida doutrinariamente, passando pela competência e os princípios que a ela se aplicam, levando em consideração o prisma constitucional pelo qual deve ser vista a Lei de Execução Penal sendo tarefa do operador do direito, *in casu*, a verificação da *recepção material* dos dispositivos da Lei nº 7.210/84 pela Constituição Federal de 1988<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 123-5.

<sup>3</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

Poucos trabalhos foram desenvolvidos no sentido de examinar a possibilidade de regredir o regime do apenado que fosse condenado inicialmente em regime semiaberto ou aberto. O que existe são correntes conflitantes, inclusive, decisões controvertidas, que ora permitem, ora vedam a regressão para regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença.

Diante dessas colocações iniciais, e seus desdobramento, o presente estudo irá percorrer diversos fatores relevantes no tocante à regressão de regime, à Lei de Execuções Penais e aos princípios processuais penais correlacionados a relação entre acusação e sentença.

O primeiro capítulo examina a Lei de Execução Penal e as situações de que ela trata, permitindo a compreensão do processo de execução a que são submetidos os apenados.

O segundo capítulo versa sobre princípios constitucionais e sua aplicação desde o processo de conhecimento e, principalmente, após a condenação. Elemento fundamental de identificação do cumprimento das garantias fundamentais do preso, pois, se o objetivo é ressocializar o indivíduo, a premissa lógica é que seja tratado, acima de tudo, com dignidade.

Por fim, o terceiro capítulo tece breves comentários sobre um acórdão do Supremo Tribunal Federal, composto de 3 votos, com argumentações distintas e que, ainda sim, é usado como referência jurisprudencial, mesmo tendo sido proferido há 04 anos atrás.

## 1 EXECUÇÃO PENAL

### 1.1 LEI DE EXECUÇÃO PENAL: REGRANDO A EXECUÇÃO PENAL.

Em 11 de julho de 1984 foi instituída a Lei de Execução Penal (LEP), que traz no *caput* do artigo 1º o objetivo do ordenamento especial, qual seja, tornar a sentença efetiva, proporcionando condições ao condenado. Não resta dúvida que a primeira norma esta amparada em fundamentos constitucionais quando prevê que o cumprimento da pena, necessariamente, deve respeitar a pessoa do apenado, ainda que a Lei de Execução Penal seja que anterior a Constituição Federal.

Os condenados não podem ter seus direitos violados, basta que se observe a condição de um Estado Democrático de Direito, onde é vedada a submissão extrema ao poder estatal, motivo pelo qual existem os limites impostos pelos princípios da execução<sup>4</sup>. Segundo Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, a necessidade de proteção ao indivíduo cresce quando ele assume a condição de apenado pois, estando com a liberdade restrita e sob legislação menos clara, suas garantias individuais ficam mais vulneráveis à violações.<sup>5</sup>

A Lei de Execução Penal foi elaborada por juristas com crença na ressocialização do apenado, desde que no cárcere, fosse preservada sua dignidade. Uma das prerrogativas foi a presença de um juiz para o processo de execução, para que pudesse decidir sobre os incidentes próprios deste, tais como, progressão e regressão de regime, remissão e eventuais situações que envolvessem a pessoa do condenando. Da mesma forma que o magistrado do processo de conhecimento, sempre respeitando os princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> ANJOS, Fernando Vernice dos. **Princípio imitadores da execução penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

<sup>5</sup> **Legislação Penal Especial**. V. 1, 3ª ed., São Paulo: Premier Máxima, 2006, p. 27.

<sup>6</sup> DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **25 anos de lei de execução penal**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 201, p. 6-7, ago. 2009.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA

A execução penal enfrenta divergências doutrinárias no que se refere à natureza jurídica, pois não há um consenso que permita dizer, com absoluta convicção, se estamos diante de uma questão administrativa ou jurisdicional. Considerando que a execução trata do cumprimento da pena, está centrada na vigilância e proteção, matérias de direito penitenciário e estranhas ao processo, é que se a baseia a corrente que afirma ser de natureza jurídica administrativa. Adhemar Raymundo da Silva afirma: “cessada a atividade do Estado-jurisdição, com a sentença final, começa a do Estado-administração com a execução penal.”<sup>7</sup> Em contrapartida, autores como Frederico Marques, Salo de Carvalho, José Eduardo Goulart, Maria Juliana Moraes de Araújo defendem a corrente jurisdicional, por um pensamento simplista de que, ainda que fase de cumprimento de sentença, ainda existe o poder/dever de solucionar os litígios, aplicando o direito ao caso concreto.

Salo de Carvalho esclarece:

[...] o entendimento puramente administrativista acabava por se chocar com a imperiosa necessidade de intervenção judicial nos chamados incidentes da execução (basicamente no livramento condicional)” o que teria gerado “dogmaticamente, uma concepção híbrida, qual seja, de que a natureza da execução penal seria tanto administrativa como jurisdicional.”<sup>8</sup>

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover defende que a execução criminal é uma atividade complexa, que se desenvolve nos planos administrativo e jurisdicional<sup>9</sup>.

As discussões doutrinárias, que iniciaram divergindo entre as naturezas administrativa e jurisdicional, não demoraram a receber posicionamentos de cunho “eclético”, o que parece um tanto confortável, embora prejudique a construção sistêmica da execução penal.

Observando as posições doutrinárias, se extrai que, se a execução penal não era atividade jurisdicional, ao menos existe, majoritariamente, a opinião de que o ordenamento passa por um processo de jurisdicionalização, tendo em vista a

---

<sup>7</sup> SILVA, Adhemar Raymundo da. Execução Penal. In: SILVA, Adhemar Raymundo da. **Estudos de Direito Processual Penal**. Salvador: Progresso, 1957, p. 57-68.

<sup>8</sup> CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 53-58.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Defesa, Contraditório, Igualdade e Par Condicio na Ótica do Processo de Estrutura Cooperatária. Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 87-90

importância e a necessidade da apreciação dos incidentes da execução – concessão de livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação de pena, remição de pena, entre outros – é função jurisdicional que cabe ao juiz da execução. Cumpre referir que em tais procedimentos se exige a presença do contraditório e da ampla defesa, observando o devido processo legal. Uma vez que a execução se funda em título executivo judicial, oriundo de processo de conhecimento, decorrente de atividade jurisdicional, o que justifica a observância de tais princípios.

Desse raciocínio, infere-se que, se estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal é necessário o processo como instrumento a viabilizar a execução, conseqüentemente devem ser respeitadas todas as garantias constitucionais. Além dos princípios da jurisdicionalidade, contraditório e ampla defesa, anteriormente expostos, destacam-se o da legalidade, isonomia e individualização da pena, que consistem em evitar excessos ou desvios na execução, bem como tratamento diferenciado de apenado para apenado, individualizando o tratamento reeducativo de acordo com as particularidades antecedentes e de personalidade<sup>10</sup>.

Por esse motivo, merece destaque o princípio da personalidade ou intranscendência, onde a pena só se aplica à figura do acusado, que segundo nosso ponto de vista é uma falácia, pois a manutenção de uma pessoa presa, por ricochete impõe uma pena para toda a sua família, a qual irá pagar a mesma pena, se não mais grave, pois terá de sofrer as humilhações próprias daqueles que devem adentrar no sistema carcerário.

É situação pública e notória a precariedade dos presídios, que por absoluta falta de condições, além de não possuir critério de separação de presos, possuem instalações superlotadas, favorecendo a promiscuidade, a falta de higiene e a proliferação de doenças<sup>11</sup>. Novamente observamos recair sobre a família a responsabilidade de sustentar as necessidades do detento dentro do presídio, o que gera um contexto aterrador quando nos deparamos com a situação de muitos familiares que se desdobram entre seus empregos e atividades domésticas,

---

<sup>10</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34-5.

<sup>11</sup> GRECCO, Rejane Rosária dos Santos. COSTA, **Valesca Brasil. A Dignidade do Detento**. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias. Vol.1. Pelotas, 2002. p 224-227

precisando enfrentar filas e revistas íntimas e humilhantes, com outros tantos familiares para ingressar no presídio e poder ver seus filhos, netos, maridos e etc e não apenas para visitá-los, mas para prover a assistência que não lhes é oferecida, precisam estar lá periodicamente para fornecer desde medicamentos, roupas, material de higiene e todos os demais utensílios de primeira necessidade.

Segundo explica René Ariel Dotti “*sendo a pena o efeito de uma causa determinada e consistente no delito censurável na pessoa de seu autor, somente contra este deve recair a sanção*”. A ideia central fundamenta na responsabilidade pessoal do autor pela prática de determinado fato típico, ilícito e culpável. O que se observa explícito na Constituição Federal que, em seu art. 5º, XLV, dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.<sup>12</sup>

O Brasil, quando da execução da pena, adotou o modelo progressivo porque, segundo a doutrina da época, seria o sistema que melhor atende aos objetivos da política criminal brasileira que busca instituir um movimento humanista fundado na ideia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social.

A perspectiva sobre a finalidade da pena, não mais entendida como expiação ou retribuição de culpa, mas como instrumento de ressocialização do condenado, cumprindo que o mesmo seja submetido a tratamento após o estudo de sua personalidade.<sup>13</sup>

Entretanto, do ponto de vista prático, o exame de personalidade se mostra ineficiente, para não referi-lo como inútil, considerando que se busca no exame uma melhora do “*comportamento criminoso*”, o que atualmente sequer pode ser aventado quando vivemos sob o prisma de uma realidade penitenciária brutal e precária onde o apenado ingressa como um condenado comum, sem qualquer critério classificatório que determine com que outros tipos de apenados irá conviver, ou seja,

---

<sup>12</sup> DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 115-127.

<sup>13</sup> MIRABETI, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral**. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 245.



é muito provável que divida o espaço com detentos com penas mais severas, cometedores de crimes mais graves o que o fará que saia do presídio sem perspectiva de reingressar na sociedade, quiçá, recrutado como “soldado” à serviço de delitos de cunho mais grave do que aquele que justificou seu ingresso anteriormente, especialmente quando são encarcerados em locais desumanos, como os encontrados pelo CNJ no Presídio Central de Porto Alegre. Neste sentido vejamos o que diz o CNJ

O Presídio Central de Porto Alegre tem capacidade para cerca de 2 mil presos. No entanto, atualmente abriga 4.835. A superlotação foi um dos alvos das reclamações que os detentos fizeram à equipe do mutirão. Muitos reclamaram também do fato de continuarem cumprindo pena no regime fechado mesmo depois de a Justiça ter lhes concedido a progressão para o semiaberto.

[...]

“O que verificamos até agora é que o sistema penitenciário brasileiro está relegado ao segundo ou ao terceiro plano. **As unidades prisionais são verdadeiros depósitos de gente e em nada contribuem para a recuperação dos apenados**”, afirmou Luciano Losekan, juiz auxiliar da Presidência do CNJ e coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ).<sup>14</sup>(grifamos)

Eis alguns dos problemas mais comuns das unidades prisionais constatados durante as inspeções nas várias do Estado do Rio Grande do Sul:

- I. Estruturas precárias e inapropriadas em muitas unidades prisionais do Estado.
- II. Existência de facções do crime organizado que dominam quase todos os presídios da região metropolitana de Porto Alegre.
- III. Superlotação das casas prisionais.
- IV. Poucas vagas para estudo.
- V. Poucas vagas para trabalho.
- VI. Unidades com celas escuras, mal ventiladas e sujas, produzindo ambientes insalubres em muitas unidades prisionais;
- VII. Atendimento médico, odontológico e psicossocial restrito a poucas unidades, além da falta ou da insuficiência de medicamentos, profissionais e equipamentos;
- VIII. Número insuficiente de agentes penitenciários;
- IX. Trabalho externo ou interno restrito a poucas unidades prisionais;<sup>15</sup>

O quadro de precariedade já havia sido denunciado pelo relatório do Mutirão Carcerário do CNJ no Rio Grande do Sul, realizado há cerca de um

<sup>14</sup> **CNJ: Superlotação e más condições de higiene marcam inspeção no presídio Central de Porto Alegre** (RS). <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/13512:superlotacao-e-mas-condicoes-de-higiene-marcam-inspecao-no-presidio-central-de-porto-alegre-rs>. Acesso em 10/05/2012.

<sup>15</sup> **Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Sul**. Relatório. <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/riograndedosul.pdf>. Acesso em 10/05/2012.

ano. Entre as recomendações feitas ao governo estadual após concluir os trabalhos, o CNJ pediu a “retirada de todos os presos sentenciados do Presídio Central de Porto Alegre e limitação de sua capacidade a, no máximo, 2000 internos”.<sup>16</sup>

A estrutura do ordenamento penal reflete o interesse na recuperação social do apenado quando dá a ele a possibilidade de ter a pena reduzida se esse for capaz de manter o bom comportamento e demonstrar que tem condições de se reinserir na sociedade. Inclusive, cumpre referir que não se trata de um objetivo atual, uma vez que a própria Exposição de Motivos do Código Penal, já em 1940, se refere à individualização da pena, levando em consideração as características de cada réu no momento de definir o quantum.

O Código Penal, bem como a Lei de Execução Penal, foram tratados com base na ideologia da Defesa Social, a intervenção penal tem como ideia central a reinserção do apenado à sociedade, partindo das teorias preventivas e retributivas, como se verifica da simples leitura do artigo 59 do CP - conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção** do crime.

A defesa social chama para si o mérito de haver liberado a política criminal - e em particular a penal - das hipotecas de velhas interpretações transcendentais e mitológicas e de havê-la reconduzido a uma prática científica através da qual a sociedade se defende do crime. A defesa social é, portanto, uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo - vigente - com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade.<sup>17</sup>

Neste sentido cabe a crítica trazida por Andrei Zenkner Schmidt:

(...) a legitimação interna do caráter disciplinário da execução exige a contemplação de uma ética-social-universalizante que regula os princípios morais de todos os indivíduos de uma sociedade não-desviada. Só se poderia falar em reeducação após a aceitabilidade de valores morais que antecedem ao homem bom, e cujo desrespeito, pelo delinquente, há de sujeitá-lo à correção. Assim, para que possamos falar em ressocialização do preso é necessário admitirmos, também que a sociedade seja justa e, como tal, mereça ser defendida.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> **CNJ participa de inspeção a Presídio Central de Porto Alegre.** [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19299:cnj-participa-de-inspecao-a-presidio-central-de-porto-alegre&catid=223:cnj&Itemid=583](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19299:cnj-participa-de-inspecao-a-presidio-central-de-porto-alegre&catid=223:cnj&Itemid=583). Acesso em 10/05/2012

<sup>17</sup> PAVARINI, Massimo. Control y dominación. **Teorias criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Tradução de Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 49.

<sup>18</sup> SCHMIDT, Andrei Zemkner.. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 252.

Em 1984, mais específico no dia 11 de julho de 1984, sobrevieram a Nova Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execuções Penais, com o intuito, desta, de dar um regramento para a execução. A primeira com a Exposição de Motivos dispondo sobre a qualidade da pena em interação com a quantidade, direcionada no sentido de uma presumida adaptabilidade social e a segunda, como anteriormente dito, nos seus próprios artigos descreve seus objetivos e refere como prioridade a devida aplicação da pena, tanto em quantidade como em condições que respeitem a pessoa do apenado. Apesar de partir de uma ideia “humanitária”, pelo menos a legislação, cabe o alerta da falência, já trazido em tempo passado, do modelo adotado:

O direito penal, visando punir um fato passado, ou ainda, evitar que outros cometam o mesmo delito (prevenção especial e geral), utiliza-se do instrumento. Ocorre que tal instrumento atua diretamente na variável tempo, pois a sua escala de rigidez para retribuir o delito, assim considerado por uma determinada sociedade, dar-se-á na duração da pena.

No Estado Liberal a repressão empreendida contra o delinquente possuía finalidades retributivas e preventivas, pois atuava como forma de punir os que cometiam delitos e de dissuadir os futuros delinquentes. Cabe alertar que esse utilitarismo ainda via esperança no futuro, portanto, sua meta não estava dirigida somente para punir um fato passado, mas também para proteger o seu futuro.

Enquanto que a escola supra ainda tinha um tempo de pena limitado para a Defesa Social e sua forma de identificar os indivíduos perigosos e de submetê-los a um tratamento, esse possuía duração ilimitada. Por outro lado, especialmente no pós-guerra, surge a Nova Defesa Social, com seu discurso ressocializador, como forma de controle social.

Porém, o que vemos agora, com a derrocada do Estado Social e o resplandecer da sociedade do risco, é um sistema penal e processual penal, bem como uma política criminal, baseada na emergência, ou seja, a segurança imediata e não a redução da criminalidade a longo prazo.<sup>19</sup>

Seguindo, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, consolidou o princípio da individualização da pena, evidente nos ordenamentos anteriores e ainda deu força normativa para as garantias fundamentais direcionadas para pessoa do apenado com o fim de fazê-lo retornar ao contexto social, tal como preconiza a política criminal no país.

É muito provável que uma pessoa, ao ler o texto normativo, desconhecendo a situação real, não duvidará das nobres intenções legislativas, entretanto, não se

---

<sup>19</sup> MORETTO, Rodrigo. **Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: Controle do espaço na sociedade do tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 106.

pode agir em conformidade com a situação que se quer, mas sim com a situação que se tem. Individualizar a pena, na primeira fase, já se torna um obstáculo quando nos deparamos com magistrados que, por vezes desconhecem as vetoriais do artigo 59, do Código Penal, ou o que cada uma delas pretende aferir. A subjetividade que cerca a questão da dosimetria da pena permite exageros que, não raro, culminam em apenamentos de *quantum* exacerbados para crimes completamente distintos. O que, conseqüentemente culmina em condenados por crimes que envolvem violência convivendo com aqueles que praticaram delitos de menor gravidade. Logo, a não individualização da pena se alastra no processo de execução e produz conseqüências nefastas à medida que acarreta na idêntica ausência de individualização dos indivíduos que dividem o mesmo espaço no cárcere.

Mais grave é a situação do apenado que condenado a cumprir um baixo período de pena em regime brando seja inserido no mesmo contexto que aqueles com penas elevadas, por crimes e circunstâncias completamente diversas. Obviamente que não se quer minorar as conseqüências do cometimento das faltas graves previstas na Lei de Execução Penal ou deixar de puni-las, mas reprimi-las como se crime fosse não é razoável à medida que a lei não as prevê desse modo, nem a Constituição Federal autoriza.

### 1.3 CUMPRIMENTO DA PENA: PROGRESSÃO E FAMIGERADA REGRESSÃO

Apesar de não acreditarmos, o sistema progressivo foi adotado uma vez que se mostrou mais adequado a recolocar, de forma gradativa, o apenado no contexto social. Sua funcionalidade determina a mudança de regime, passando o condenado do regime severo para o menos severo, por isso o nome de “*progressão de regime*”. O início da execução da pena se dá com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nascendo a competência do Juízo das Execuções. Entretanto, ainda exige a prisão do condenado, pois essa é a data inicial e, nesse momento que se expede um documento chamado guia de recolhimento, onde constarão dados como a data do término do cumprimento da pena<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 67-69.

A progressão de regime é tida como uma conquista do condenado, pressupondo o cumprimento mínimo de tempo, conforme a lei e preenchidos determinados requisitos legais, subdivididos em requisitos objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos são aqueles que determinam a fração da pena a ser cumprida, ou seja; 1/6 nas generalidades; 2/5, se primário; 3/5, se reincidente, tratando-se de crimes hediondos ou assemelhados. Os critérios subjetivos se concentram na avaliação dos méritos do preso como boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor da casa prisional. Indispensável a presença de ambos os requisitos para a concessão do benefício<sup>21</sup>. Nunca devemos esquecer que, analisando o Rio Grande do Sul, não pouca as vezes o apenado simplesmente é esquecido dentro do sistema carcerário, como apresentado pelo Mutirão Carcerário:

O Mutirão Carcerário serviu para constatar que algumas decisões do Tribunal demoraram para ter cumprimento quando se tratava de concessão de benefício ou qualquer outra forma de situação mais benéfica para o preso que se constitua em função da decisão do TJRS.

A guisa de exemplo, se pode citar a situação de uma apenada primária e com circunstâncias judiciais favoráveis, beneficiada com a substituição de pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito em 16 de dezembro de 2010 que só foi posta em liberdade no dia 23 de março de 2011, no decorrer do Mutirão Carcerário, ou seja, 03 meses após aquela decisão.

[...]

Por outro lado, constatou-se a existência de divergência de informações entre a relação de presos fornecida pela SUSEPE e a existente nas varas criminais e de execuções penais.

Ademais, alguns poucos Magistrados deixaram de enviar as decisões de reavaliação das prisões cautelares; o que não veio a ser relevante para o andamento do Mutirão Carcerário.

Como resultado desse Pólo, 3.275 processos foram finalizados com diligências pendentes, sendo que 1.700 desses processos encontravam-se carentes de atestado de conduta carcerária e de Avaliações Psicossociais. Além disso, cerca de 50 processos aguardavam parecer do Conselho Penitenciário.

Importante referir que tal procedimento seja precedido da oitiva do Ministério Público, incumbido de fiscalizar a execução da pena e das medidas de segurança, sob pena de nulidade absoluta da decisão. Inclusive, a Lei 10.792/03, acrescentou

---

<sup>21</sup> MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Fundamentos Jurídicos. Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 172-173.

ao artigo 112, da Lei de Execução Penal orientação expressa em exigir a manifestação do órgão ministerial e do defensor.

A progressão se rege pelo tempo e pelo mérito, entretanto, a Lei de Execução Penal prevê determinadas condutas como mau comportamento, logo, ausência de mérito, o que, conseqüentemente, acarreta em penalidades, quais sejam, a) o apenado retorna ao regime anterior, b) tem a data-base alterada para contagem do requisito objetivo e c) perde os dias remidos nos caso daqueles condenados que possuam alguma ocupação.

O artigo 118, inciso I, da Lei de Execução Penal traz, taxativamente, as condutas autorizadas da aplicação da regressão de regime, dentre elas o cometimento de crime doloso, dentre outras condutas classificadas como falta grave, condenação por crime anterior na hipótese de que, somadas as penas, torne incabível o regime. Especificamente, as condutas classificadas como graves estão elencadas no rol do artigo 50 da referida lei.

Construir o raciocínio sobre a lógica do merecimento parece simples partindo do pressuposto que o apenado que fizer por merecer progredirá para regime mais brando e se, no regime em que estiver, cometer falta grave, retornará para o regime anterior, por óbvio mais severo.

Todavia, é preciso estar atento à circunstância de cometimento de falta grave quando preso tiver como regime de cumprimento de pena inicial, um daqueles previstos como mais brando, pois a regressão o colocará em situação não permitida pela lei. Primeiro porque os regimes se determinam pelo *quantum* da pena; segundo, porque a pena é matéria que se encerra na sentença.

Essa a lição do Desembargador Marco Antônio Bandeira Scapini:

O regime inicial para o cumprimento das penas privativas de liberdade emerge da natureza do crime praticado. O momento decisivo de sua definição é aquele onde se aplica o grau da medida de contenção mais rigorosa. Crimes cometidos com violência, onde o risco de reincidência ofende os bens jurídicos mais relevantes, costumam produzir contenção mais rigorosa; em contrário, crimes praticados sem violência ou grave ameaça oferecem riscos distintos e menos graves, de forma natural que ensejem outras medidas. Por isso, a hipótese de alguém condenado originalmente no regime aberto ou semiaberto ao regime fechado, implica em nova condenação criminal de natureza extrajudicial, ainda que com as

formalidades e as solenidades ritualísticas que circunscrevem as mais bem intencionadas decisões.<sup>22</sup>

Logo, é incoerente admitir que, após o processo de conhecimento, procedimento absolutamente judicial, o apenado seja submetido a situação não prevista em lei, contrária aos ditames constitucionais, em razão de infração de cunho administrativo.

#### 1.4 REQUISITOS DO SISTEMA PROGRESSIVO

Como anteriormente dito, o sistema progressivo de regime constitui, segundo parcela marcante da doutrina, importante estímulo à ressocialização, e foi instituído com o objetivo de reinserir gradativamente o condenado ao convívio social. Pelo caráter reeducativo possibilita ao condenado, de acordo com o mérito demonstrado durante a execução da pena, promoção a regime menos rigoroso, antes de atingir a liberdade, ou seja, o preso cumprirá a pena em etapas e em regime cada vez mais brando, até receber liberdade. Durante esse tempo, o preso será avaliado e só será merecedor da progressão caso a sua conduta assim recomende.

Para a obtenção da progressão de regime, o apenado tem que cumprir requisitos ditos objetivos e subjetivos. O fator objetivo, também chamado de requisito temporal está previsto no artigo 112 da Lei de Execução Penal e dispõe sobre o cumprimento do lapso temporal, ou seja, determinada fração de tempo, que varia de acordo com a lei, com o tipo de crime e a existência ou não de reincidência, podendo ser de 1/6 para os crimes comuns e 2/5 (se o apenado for primário) ou 3/5 (se o apenado for reincidente), para os crimes hediondos ou equiparados, nos termos da Lei 11.464/07, como anteriormente referido.

O requisito subjetivo, ou pessoal, consiste na avaliação do comportamento carcerário, que vem comprovado por certidão emitida pelo Diretor da Unidade Prisional em que o sentenciado encontrar-se recolhido. Um dos instrumentos empregados para a verificação da aptidão para a progressão de regime é o exame criminológico, que será realizado quando for necessário.

---

<sup>22</sup> SCAPINI. Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade**. Livraria do Advogado. Porto Alegre. Editora 2009. p. 65-73

Cumprir referir que a Lei 10.792/03 retirou do texto legal do art. 112 da Lei de Execuções Penais a necessidade obrigatória de aferição do mérito à progressão de regime, anteriormente apurados apurado através do exame criminológico, e estabeleceu um regime automático de progressão, uma vez cumprido o lapso temporal e havendo atestado de bom comportamento carcerário. Não obstante o novo trato legislativo sobre a matéria, a obtenção da progressão de regime ainda depende da existência de mérito carcerário, requisito presente no art. 33, § 2º do Código Penal. Para que o juiz forme sua convicção a esse respeito, dispõe ele dos meios de prova ao seu alcance, como o exame criminológico, que é uma espécie de exame de personalidade que tem a finalidade de obter elementos indispensáveis à classificação do sentenciado e à individualização da execução penal.

Considerando que o requisito subjetivo também examina, além do bom comportamento, a aptidão do indivíduo para retornar ao convívio em sociedade, existe a necessidade de aferir a sua capacidade de permanência em regime mais brando. Nesse contexto, refere o art. 8º da Lei de Execução Penal que o exame criminológico será realizado, obrigatoriamente, nos presos que se encontrem no regime fechado e facultativamente nos que estão no regime semiaberto com o intuito de obter elementos indispensáveis à classificação do sentenciado e à individualização da execução penal. Por isso, examina a personalidade do apenado, sua periculosidade, eventual arrependimento, possibilidade de voltar a delinquir, etc., propondo as medidas necessárias para a recuperação. Por se tratar de perícia oficial, deve ser realizado por profissionais capacitados (psicólogos e psiquiatras). Segundo Rogério Lauria Tucci,

[...] o mérito traduz-se no merecimento, ou seja, *in casu*, na habilitação do condenado à progressão. E deve ser aferido em razão dos respectivos valores intrínsecos, morais e laborais, que o façam merecer o correspondente resultado, tal como na lei estabelecido — uma verdadeira recompensa, enfim, pelo seu comportamento prisional<sup>23</sup>.

O exame deixou de ser obrigatório para a progressão de regime com a entrada em vigor da Lei 10.792, em dezembro de 2003, que alterou a Lei de

---

<sup>23</sup> TUCCI, Rogério Lauria. **Progressão na execução das penas privativas de liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 77, n. 630, abr. 1988, p. 269-278.



Execução Penal (Lei 7.210/84). A mudança gerou diferentes interpretações acerca do exame, pois o novo texto não faz qualquer referência a ele.

A questão que envolve o exame criminológico gera controvérsia à medida que o torna facultativo, afinal, a Lei de Execução Penal não estabelece critérios para que se defina, pelo menos, a que detentos se recomendaria a realização do referido exame. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que o exame criminológico não é obrigatório para que o preso tenha direito à progressão de regime prisional, mas o magistrado pode solicitar a realização desse exame quando considerar necessário, desde que o pedido seja devidamente fundamentado. Também, assim, manifesta-se o Supremo Tribunal Federal:

Apesar de a lei ter excluído referência ao exame criminológico, nada impede que os magistrados determinem a realização do exame, quando entenderem necessário, considerando as peculiaridades do caso. Mas a determinação deve ser adequadamente motivada.<sup>24</sup>

No mesmo sentido, os Ministros entendem, de maneira geral, que o exame criminológico constitui um instrumento necessário para a formação da convicção do magistrado. Ele deve ser realizado como forma de obter uma avaliação mais aprofundada acerca dos riscos de colocar um condenado em contato amplo com a sociedade.

Não se pode admitir que, lidando com o ser humano privado de liberdade, ainda que de maneira mais branda, a lei estabeleça que uma avaliação seja feita, praticamente, de maneira aleatória. Cumpre referir que, tanto o Superior Tribunal de Justiça - STJ como o Supremo Tribunal Federal - STF trouxeram inovação quanto à questão facultativa, ambos referem “*quando necessário*”, mas sequer referem o que se define como circunstância ou situação que justifique a realização ou não do exame. O mesmo se pode concluir sobre a “*necessidade de convicção do juiz*”, que não constitui critério, mas sim escolha aleatória de cada magistrado.

É indiscutível que um exame feito por profissional especialista em comportamento (psicólogos, psiquiatras, assistente social), constitua um instrumento capaz aferir a conduta humana, grau de arrependimento e noções de convivência,

---

<sup>24</sup> STF, HC 88.052/DF, Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, j.em 03-04-2006, DJ 28-04-2006

entretanto, *não se pode dizer que ele pode afirmar, prever ou, sequer, presumir que um condenado irá cometer novo delito ou ato tido como falta grave*. Com intuito de ilustrar, trazemos a baila uma crônica de Andrei Zenker Schmidt<sup>25</sup>, referente as críticas quando da queda do exame criminológico.

Não tenhamos a pretensão de imaginar que a mudança no art. 112 vá produzir alguma modificação no sistema de execução penal. Aliás, arrisco prever que a liberdade será ainda mais difícil durante a execução da pena, já que todo insipiente (com "s" mesmo) tende ao autoritarismo. Na falta de argumentos (supostamente) científicos para aferir o (indemonstrável) juízo de periculosidade, os operadores do direito, doravante, serão obrigados a argumentar suas próprias ideologias. Eis o principal resultado, talvez, do novo art. 112: a incoerência terá de vir à tona; teremos o nudismo do discurso autoritário. Nesse sentido, quem sabe, a Lei nº 10.792/03 terá o seu mérito: tratará, de maneira honesta, a crueldade e a irracionalidade da execução penal.

Já estão surgindo manifestações no sentido de que, doravante, um juiz não terá mais condições de aferir a periculosidade de um preso. Pergunto: algum dia alguém acreditou nesta balela? Tais afirmações, na verdade, são uma forma de resistência contra a assunção de responsabilidades, um subterfúgio discursivo para escamotear a própria irracionalidade. Sim, porque agora, quando um preso, em regime semi-aberto, tornar a delinquir, não teremos mais um perito para arcar com o equívoco da progressão do regime. A (ir)responsabilidade de um juiz que veda uma progressão de regime para um preso que tinha condições para tanto é invisível e inconstatável cientificamente; contudo, a mesma (ir)responsabilidade de um juiz que permite um regime semi-aberto para um preso que volta a delinquir, esta sim, é verificável empiricamente e, agora, não há mais com quem dividi-la.

Está em tramitação no Congresso Nacional um projeto de lei (PL 1.294/2007) que altera mais uma vez a Lei de Execução Penal (LEP) quanto ao exame criminológico, onde está prevista a obrigatoriedade do exame para a progressão de regime, livramento condicional, indulto e comutação de pena quando se tratar de preso condenado por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. O projeto foi apensado à outra proposta, o PL 4.500/2001, que busca promover alterações mais amplas na Lei de Execução Penal. Os projetos já foram aprovados pelo Senado e aguardam votação no Plenário da Câmara dos Deputados.

Ora, se desde a exposição de motivos do Código Penal, da Constituição Federal, da Lei de Execução Penal e da própria política criminal se foca na reinserção do indivíduo, utilizar a convivência com os colegas de cárcere como a

---

<sup>25</sup> SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Crônica acerca da extinção do exame criminológico**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.134, jan. 2004, p. 2-3.

primeira atividade prática de contextualização social seria, no mínimo proveitosa. Afinal, além dos demais apenados, a convivência como os agentes penitenciários e suas atividades também compõem elementos que demonstram sua vontade e habilidade em reintegrar a sociedade. O que não se mostra razoável é desconsiderar as boas condutas, até porque, o cuidado sobre elas também garante uma determinada organização dentro das instituições que, ainda que não fossem superlotadas, tem mais presos do que agentes.

Apesar de posições contrárias<sup>26</sup>, seria temerário que as situações de progressão se limitassem ao critério objetivo, temos nestes estabelecimentos organizações hierárquicas, apenados que trabalham dentro ou fora das instituições, ou seja, uma série de situações que oportunizam uma conduta desviante que compromete os demais, os funcionários e até a sociedade. Não é demais referir que todos, independente de apenados, são educados e instruídos a interagir com o meio de acordo com regras morais e éticas, logo, não há motivo para não exigir, principalmente de quem pretende se redimir, que demonstre e que haja com uma conduta adequada e condizente com o meio social.

Entretanto, também não se pode negar a ausência de um critério lógico, o que se vê são situações desprovidas de fundamentação para que se justifique o pedido da avaliação. Alguns magistrados entendem ser por gravidade do delito, outros por tempo de pena, por requisição da defesa, a pedido do Ministério Público, enquanto outros ainda discutem quem é o profissional competente para fazê-lo. Ainda, importante referir, que o número de funcionários (assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras) é exíguo e torna a realização dos exames mais demorada que o recomendável, quando não extrapola brutalmente o requisito objetivo já cumprido.

Contudo, o que se quer dizer é que, exigir bom comportamento é medida que mantém o bom convívio dentro da prisão e instrui o apenado nas suas futuras relações fora do cárcere, porém, esbarra na falta de critério e na precária estrutura penitenciária que não comporta a demanda, tornando a realização do exame criminológico entre os presos uma medida de determinação aleatória que, de necessária, termina por ser injusta.

---

<sup>26</sup> MORETTO, Rodrigo. **Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: Controle do espaço na sociedade do tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 125.

## 1.5 CONDUITAS ENSEJADORAS DE REGRESSÃO DE REGIME

Se o mérito do condenado é determinante para a conquista do direito de cumprir a sua pena em regime mais brando, da mesma forma, em caso de má-conduta, é autorizada a sua regressão para regime mais severo. Entretanto, apenas será reconhecida como má-conduta aquela que se enquadrar nas hipóteses previstas no 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.

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

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

A respeito da primeira hipótese, qual seja, o cometimento de crime doloso, cumpre referir que não prescinde de condenação, sequer havendo a necessidade de indiciamento ou processamento e, ainda, não se considera violação do princípio da presunção de inocência.

Ocorre o que a doutrina chama de regressão cautelar, onde a função jurisdicional exerce o seu poder de cautela, tal qual como ocorre nos processos de conhecimento. Da mesma maneira, justifica a prisão em regime fechado quando presentes o *periculum libertatis e fumus comissi delicti*, indispensáveis às prisões cautelares. Ao juiz da execução é permitido autorizar a regressão cautelar quando achar que a medida emergencial é necessária para assegurar os fins da execução. “O juiz, dentro do poder cautelar que lhe é inerente, não só pode, como deve, determinar de imediato o retorno do sentenciado ao regime mais severo, não constituindo tal providência constrangimento ilegal”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> TACrimSP, HC262.194/1,6ªCâm.,rel. Juiz Rubens Gonçalves, j.em 23-11-1994, v.u., RJDTACrimSP, 24/446.

É preciso cautela ao falar em regressão cautelar, que nada mais é do que impor regime mais severo ao apenado enquanto se apura a falta disciplinar. Falando especialmente de confinar o preso no regime fechado, não parece razoável usar de tal medida uma vez que as hipóteses do artigo 50, da Lei de Execução Penal, sequer são tipificadas como crimes. Admitir essa situação extrapola os limites da proporcionalidade, pois o indivíduo, para mera apuração de eventual má conduta ficará em regime mais gravoso do que aquele imposto em razão do crime pelo que foi condenado de fato. Importante referir que, quando o reeducando foge e, nesse interim comete crime, sua prisão, se houver necessidade, se dará por força de decretação de prisão preventiva, determinada pelo juiz da fase de conhecimento e não em caráter de regressão cautelar.

Faltas graves são as condutas dispostas no rol do artigo 50 da referida lei.

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 Art. 39 desta Lei.

Importante frisar que, ao se referir à fuga, desimporta se o apenado efetivamente se evadiu ou o tempo em que permaneceu foragido, ao passo que, a mera tentativa de fuga é considerada como se consumada fosse. O legislador extrapolou os limites da razoabilidade ao não aferir, na fase da execução da pena, distinção sobre as modalidades tentada e consumada de fuga. Seguindo um raciocínio lógico se observa que o próprio Código Penal prevê a redução pela tentativa, no artigo 14, II, em crimes devidamente tipificados, não fazer tal diferenciação em conduta reprovável em caráter administrativo é, no mínimo, questionável, pois nesse contexto acaba por desconsiderar a proporção da atitude do reeducando.

O projeto do novo Código Penal prevê, no artigo 35, novos benefícios, como por exemplo saídas temporárias em especial visita periódica ao lar, o benefício só pode ser concedido, desde que cumprido 1/4 (um quarto) do total da pena se o regime inicial fixado foi o semiaberto, não tenha havido regressão e o

recomendarem as condições pessoais do condenado<sup>28</sup>. Logo, a mera tentativa no âmbito da Execução Penal acarreta nas mesmas consequências do que a falta grave consumada, sendo ambas as atitudes igualmente reprováveis e causadoras de benefícios importantes para o apenado, tudo em razão da desproporcionalidade da medida.

No que se refere aos demais incisos, dispensam explicação aprofundada em razão da clareza do dispositivo.

No que tange às situações de uso de telefone celular, anteriormente, por ausência de previsão legal, não era caracterizada como falta grave, logo, não era passível de punição. Com o advento da Lei 11.466/07, findou a antiga controvérsia uma vez que inserida a referida conduta no texto legal.

Quando sobrevier condenação por crime anterior e a pena determinada for somada à parcela restante a ser cumprida totalizar *quantum* em que a lei impõe regime mais gravoso, será determinada a sua regressão em razão da unificação das penas.

O parágrafo primeiro traz uma circunstância de difícil definição, pois o termo “frustar” os fins da execução é um tanto amplo. Se partirmos da premissa que a execução penal tem como finalidade fazer cumprir o que foi determinado na sentença e proporcionar ao apenado gradativa reintegração ao meio social, então qualquer ato que se oponha a esses fins será suficiente a justificar a regressão de regime.

A Lei 9.268/96 colocou fim a hipótese de conversão de prisão às penas de multa não pagas, sob o argumento que a pena de multa consiste em dívida de valor, não podendo acarretar em privação de liberdade.

## 1.6 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

O Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) é o processo que se instaura para a apuração de eventual infração disciplinar do apenado. Sua previsão não está

---

<sup>28</sup>[http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/REFORMA%20PARTE%20GERAL%20\\_arts%20%2032%20a%2068\\_.pdf](http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/REFORMA%20PARTE%20GERAL%20_arts%20%2032%20a%2068_.pdf). Acessado em 10/05/2012.

presente na Lei de Execuções Penais, mas sim no Regimento Disciplinar Penitenciário de cada Estado, no caso do Rio Grande do Sul, especificamente, na Portaria 014/2004 da Secretaria de Justiça e Segurança. A referida portaria dá conta do padrão de conduta, direitos e deveres dos reeducandos e, a partir destes, define as infrações disciplinares.

Inicialmente, a conduta faltosa é registrada em um Livro de Ocorrências, devendo ser descritas as circunstâncias, tipificação e qualificação do autor, devendo ser entregue ao Diretor do estabelecimento que, poderá arquivá-la ou decidir pela instauração do Processo Administrativo Disciplinar - PAD.

O apenado, ciente das acusações, será previamente notificado da audiência, onde deverá ser acompanhado de defensor, que poderá ser o defensor público ou advogado constituído, podendo arrolar testemunhas e produzir provas se achar conveniente, apresentando-as em audiência. Nada obsta que, em caso de necessidade, diligências sejam requeridas, dando continuidade em outra data. Importante referir que se utiliza de agentes da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul - SUSEPE para assistir o apenado no momento da defesa, inclusive, uma prática corriqueira nos estabelecimentos prisionais. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS entende que:

[...] o apenado, tanto no interrogatório quanto na apresentação de defesa técnica, deve ser assistido por advogado, não se admitindo que tais funções fiquem a cargo de agente da SUSEPE, cujo dever legal e funcional afasta a isenção e independência essenciais à garantia da plena defesa do apenado.<sup>29</sup>

O trâmite do procedimento disciplinar está previsto entre os artigos 20 e 28 do Regimento Penitenciário, referindo expressamente a necessidade da presença de defensor e cientificação do acusado, inclusive, sendo causa de nulidade absoluta a ausência de um destes.

Embora o Regimento Penitenciário não seja objeto de aprofundados estudos, se observa a preocupação que sua aplicação seja atrelada harmonicamente aos

---

<sup>29</sup> TJRS, Agravo Nº 70046779120, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Francesco Conti, Julgado em 15/03/2012.

princípios constitucionais e em conformidade com a Lei de Execução Penal. No que concerne exclusivamente ao Processo Administrativo Disciplinar - PAD, resta evidente a obrigatoriedade da obediência às garantias constitucionais, o que resta evidente e explícito no artigo 23, da Portaria 014/2004-SJS, quando suscita os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e ampla defesa<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Portaria 014/2004- SJS, Regimento Disciplinar Penitenciário/RS



## 2 APLICAÇÃO DO PROCESSO PENAL À EXECUÇÃO PENAL

### 2.1 PRINCÍPIOS DE PROCESSO PENAL APLICÁVEIS A EXECUÇÃO PENAL

O sistema processual penal é a estrutura institucional, única e legítima para a imposição da pena, meio por onde o Estado exerce o seu poder punitivo, motivo pelo qual, não existe a possibilidade de imposição de sanção por via que não a judicial.

Nesse sentido, criada a lei processual, naturalmente surge a necessidade da sua leitura sob o aspecto constitucional, garantindo respeito às regras e garantias fundamentais, trazendo para o ordenamento penal os princípios constitucionais do processo, como meio de assegurá-las.

Importante referir a importância que exerce a natureza do processo penal (acusatório ou inquisitório), pois é dela que se verifica a compatibilidade da análise da correlação e quais os princípios se relacionam diretamente com o tema.

O sistema acusatório é um processo composto de partes, onde acusação e defesa, em igualdade de posições se contrapõem, diante de um juiz sobreposto a ambas, vigorando o princípio da presunção de inocência, vedada a iniciativa probatória pelo juiz. Em contrapartida, no sistema inquisitório existe a intervenção *ex officio* pelo juiz, que se identifica como acusador, à medida que tem a liberdade de colher provas, independente da vontade da acusação ou da defesa.<sup>31</sup> As palavras de Jacinto Coutinho<sup>32</sup> deixam claro que neste modelo a gestão da prova está na mão do magistrado, normalmente de forma velada enquanto que no sistema acusatório o juiz é terceiro imparcial e a gestão da prova está nas mãos das partes.

Como se vê, o sistema inquisitório é incompatível com as garantias individuais e princípios processuais. Portanto, estando claramente separadas as funções de julgar, acusar e defender, o contraditório e a presunção de inocência e em especial retirando o poder do juiz de agir de ofício e ir atrás da prova, é que teremos um

---

<sup>31</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. v. I. p. 63.

<sup>32</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, n.º 01. p. 28

sistema acusatório<sup>33</sup>, que servirá de premissa para a análise dos princípios fundamentais no processo penal. Lenio Luiz Streck, faz uma brilhante explanação sobre a guinada trazida pela CF/88 quanto ao tema:

Isto porque, como se sabe, a Constituição Federal ao estabelecer o princípio acusatório – segundo o qual cabe ao Ministério Público a titularidade da Ação Penal Pública, afastando, desse modo, prerrogativas de ingerências na acusação da alçada do Poder Judiciário – não recepcionou uma série de institutos processuais penais, marcados pelo seu caráter inquisitório, eis que absolutamente incompatíveis com o sistema acusatório adotado pelo novo paradigma constitucional (Nesse sentido, consultar STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.)

Destaque-se, ainda, que essa filtragem hermenêutica do processo penal decorre não somente do novo texto constitucional, mas também – e fundamentalmente – do novo paradigma do conhecimento, inaugurado com o giro lingüístico-ontológico (*ontologische Wendung*) operado no campo da filosofia da linguagem.

Ora, se o processo (*lato sensu*) sempre esteve, historicamente, dependente do Estado-juiz em uma perspectiva solipsista (marcada pelo esquema sujeito-objeto), agora, no Estado Democrático de Direito, já não há mais espaço para esse protagonismo do Juiz.

Nesse sentido, não se pode olvidar que o novo texto constitucional estabeleceu um novo paradigma. E este deve ser visto, inevitavelmente, com os olhos do novo. **Um Juiz imparcial e um Promotor de Justiça independente: são estes os requisitos indispensáveis à implantação de um processo penal democrático.** O corolário disto, evidentemente, é a plena aplicação do princípio acusatório, cujo deveria ter sepultado, de uma vez por todas, o sistema inquisitorial que caracterizava o Código de Processo Penal, de 1941, ainda assentado no mito da verdade real (que, na verdade, sempre mascara a busca pela condenação do réu).

Dito de outro modo, é preciso compreender que o princípio acusatório constitui uma conquista do Estado Democrático de Direito. Tal princípio revoga o serôdio princípio inquisitório, de triste memória histórica. Ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas; ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador cabe produzir legislação adequada ao sistema jurídico. E, fundamentalmente, cabe à jurisdição constitucional – e isso é o que se está fazendo neste caso – adequar a legislação infraconstitucional à Constituição.

É neste contexto, portanto, também marcado pelo reconhecimento da função investigatória do Ministério Público (Cf. STRECK, Lenio Luiz: FELDEN, Luciano. *Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.), que se deve compreender o sentido e o alcance das alterações levadas a cabo com advento da Lei nº 11.690/08, no que se refere à gestão e produção da prova.

Trata-se, com efeito, de uma verdadeira guinada no interior do processo penal, que nada tem a ver com uma “doutrina contrária aos poderes instrutórios do juiz” (sic), mas sim com a tensão – contemporânea – entre democracia e jurisdição, entre o Estado das Leis (*Gesetzstaat*) e o Estado dos Juizes (*Richterstaat*).

Nessa mesma direção, inclusive, aponta a Escola Mineira (Marcelo Cattoni, Flaviane de Magalhães Barros, Dierle Nunes, Alexandre Bahia, André Leal, entre outros) – à qual rendo, aqui, minhas homenagens, embora seu cariz procedimentalista – quando defende a concepção segundo a qual o

<sup>33</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 123-5.

processo deve ser entendido como “procedimento em contraditório”, a partir da influência de Fazzalari (Ver FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992), cuja teoria reconstrói os conceitos de processo e de procedimento, modificando a estrutura convencional do processo, ainda caudatária dos padectas, baseada no direito de ação e no processo entendido como relação jurídica, conforme sustenta pela Escola Paulista, a partir das formu-lações desenvolvidas por Liebman e Chiovenda.

Todavia, essa nova compreensão do processo (penal) pressupõe a superação de um vício estrutural que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: o Código de Processo Penal, desde sua gênese, especialmente no que diz respeito à produção da prova, é refém do paradigma inquisitivo e, via reflexa, do paradigma da filosofia da consciência.

Neste contexto, então, discutir o “sistema acusatório” significa falar de paradigmas. Mais do que isso, implica tratar de rupturas paradigmáticas, tanto no âmbito do direito quanto no campo da filosofia.

Isto porque é preciso entender que o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade. No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as coisas. Isso se evidencia, por exemplo, tanto na produção da prova *ex officio*, quanto na clássica noção de “livre convencimento do juiz” ou “livre apreciação da prova”.

De outra banda, entretanto, pode-se afirmar que o sistema acusatório **é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual-penal**. É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei.

Tudo isso para dizer que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória, e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório (Sobre o princípio do contraditório e sua importância no Estado Democrático de Direito, consultar NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.), tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada ao nível daquilo que venho denominando de *accountability* processual, em oposição ao crescente – e preocupante – “ativismo judicial”.

Ora, como se sabe, nem mesmo nos países em que (ainda) há a figura do juiz de instrução, o juiz responsável pela investigação é aquele que faz o julgamento, tendo em vista aquilo que Cordero chama, acertadamente, de “quadros mentais paranóicos”, a partir do clássico “primado das hipóteses sobre os fatos” (Cf. CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: UTET, 1986.).

Mas, afinal, **qual é o modelo de juiz correspondente ao paradigma do Estado democrático de direito?** (Sobre o tema, consultar STRECK, Lenio Luiz. Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do PPGD da UNISINOS*. v. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 10-20.) E qual é o papel do juiz no interior do sistema acusatório estabelecido pela Constituição de 1988? (Ver, para tanto, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.)

Mas atenção: apenas delinear o papel do juiz neste novo cenário não é o suficiente. Para que isso ocorra, é preciso – também – colocar o Ministério Público no seu devido lugar.

No Brasil, como se sabe, o Ministério Público não só é separado completamente do Poder Judiciário, como, com o advento da Constituição de 1988, assumiu um *status* de (quase) completa desvinculação do Poder Executivo. Sem querer cometer injustiças com outras instituições e tampouco incorrer em exageros – como aqueles que a ele se referem como o “quarto poder” –, é de notório conhecimento que o Órgão Ministerial foi alçado pelo texto constitucional a um lugar privilegiado de defesa da

Constituição e da cidadania, mormente enquanto a sociedade civil não se organiza por si só. Não parece difícil de se constatar esse novo papel do Ministério Público.

Neste contexto, considerando o princípio do devido processo legal aliado ao princípio acusatório (sim, o “sistema” acusatório tem a função de “princípio” ou “padrão”), não há espaço – ao menos no plano de uma análise pragmati(cí)sta – senão para um processo de partes, na linha do que se está tentando fazer no Anteprojeto de reforma global de CPP realizado por Comissão Externa de Juristas criada no âmbito do Senado Federal e ora em curso no Projeto nº 156/2009-PLS.

Claro que a isso se deve colocar uma ressalva: não se trata, aqui, de discutir se o Ministério Público é parte, *stricto sensu*, no processo penal. Também não é relevante discutir se o “processo de partes” repristina uma idéia liberal, pré-Estado social. Longe disso. Igualmente, não é importante saber se o processo penal é “luta entre partes” (*Parteienkampf*). Mas o fundamental é examinarmos as condições que temos para fazer cumprir o princípio acusatório. E neste caso, parece que compreender o processo penal como um “processo de partes” é o modo mínimo para fazer com que, à luz do contraditório, possamos **deixar que o Ministério Público e a Defesa efetivamente produzam a prova, sem que sejam substituídos pelo juiz inquisidor.**

Com efeito, no sistema acusatório, o (exercício do) papel da acusação está ligada a um princípio fundante do processo penal, ou seja, o princípio dispositivo. Centrado na *gestão da prova*, o processo penal será acusatório se ela não couber, nunca, ao juiz.

Ocorre que, quando o juiz não sai à busca da prova – **e nem deve sair!** –, ao Ministério Público caberá fazer a prova da acusação, o que é o óbvio diante dos dispositivos constitucionais e – agora – do Código de Processo Penal (art. 212).

Desse modo, nesse caminho rumo à concretização do sistema acusatório, o Ministério Público não pode restar inerte e permanecer confinado na mediocridade que o sistema inquisitorial lhe reservava, ou seja, de coadjuvante do juiz.

Em suma: a atuação do juiz deve se limitar àquela que lhe confere a Constituição e, para isso, é imprescindível que o Ministério Público assuma a tarefa que lhe foi constitucionalmente atribuída.

Na verdade, ao fim e ao cabo, trata-se simplesmente do dever – inerente ao Estado democrático de direito – de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, **é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia!**<sup>34</sup>

Como todo ordenamento infraconstitucional, merece e deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, considerando que se trata de um instrumento pelo qual se busca a máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas, limitando eventuais abusos do poder estatal. O ideal seria que a organização estrutural do processo penal se desse a partir dos princípios constitucionais, uma vez que o exercício de poder se dá pela limitação da liberdade individual. As garantias processuais são aquelas relativas à formação do processo, envolvendo desde a coleta de prova até a formação da convicção para o julgamento.

<sup>34</sup> TJRS, Apelação 70.031.125.735, 5ª Câmara Criminal, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

Segundo Aury Lopes Jr.<sup>35</sup>, dentre todos os princípios constitucionais, merecem destaque aqueles que fundamentam o direito processual penal. Oportuno referir que, no presente estudo, o foco estará direcionado, principalmente, para os princípios que se referem à Jurisdição, que por sua vez, vai além da concepção da simples condução do processo por um juiz, sendo imprescindível a existência de imparcialidade, julgamento em prazo razoável e comprometimento com a máxima eficácia do que preconiza a Constituição. É através do Princípio do Juiz Natural que advém a orientação da sua atuação diante das partes do processo. O juiz assume nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária a da maioria<sup>36</sup>.

A legitimidade do juiz deriva do caráter democrático da Constituição e, por isso a sua ação é fundamentada na intangibilidade das garantias fundamentais, gerando uma legitimidade democrática, o que significa dizer que sua função é de garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado durante o processo penal. Dentro da questão jurisdicional nasce a garantia do juiz natural, que surge no momento da prática do delito, ou seja, a ordem taxativa de competência se organiza em conformidade com a lei, evitando manipulações no critério de competência<sup>37</sup>. Portanto, possível observar que, para o desenvolvimento de um processo justo, além da imparcialidade do julgador, necessário atentar para as garantias: a) vedação de juízos extraordinários, constituídos após o fato; b) proibição de subtração do juiz constitucionalmente competente; c) proibição de julgamento por órgão constituído após a ocorrência do fato, d) necessidade de observar a ordem taxativa de competência dos juízes pré-constituídos.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> LOPES JR, Aury Celso Lima. **Direito Processual e Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 107-108.

<sup>36</sup> SILVA FRANCO, Alberto. **O Juiz e o Modelo Garantista**. In: Doutrina do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 1998. Disponível em: <[www.ibc-crim.com.br](http://www.ibc-crim.com.br)>. Acessado em 12/04/2012.

<sup>37</sup> MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47-52.

<sup>38</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. O processo em sua unidade II**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 39.

É da Jurisdição Penal a origem de princípios que regem o processo penal, ditando toda a sistemática que ele deve obedecer, uma vez que é o instrumento hábil para garantia da máxima eficácia dos direitos fundamentais, dentre eles:

### 2.1.1 Princípio da Legalidade

Insculpido no art. 3º da Lei de Execução Penal, estabelecendo que "*ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*"<sup>39</sup>

O princípio da legalidade se apresenta como encerramento consagrador dos direitos e garantias – não alcançados pela sentença – do condenado, que muitas vezes se encontra sob o domínio da discricionariedade da administração penitenciária. A situação de abandono que grande parte dos presos enfrenta, tendo em vista o mito da não-interferência entre os poderes. Desmentindo esse mito se pronunciou o STF.

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>40</sup>

Cumprir referir que o Estado deve disponibilizar condições materiais imprescindíveis à dignidade da pessoa humana e assegurar, por disposição constitucional, que seja prestado ao cidadão o mínimo existencial. Nesse norte a própria jurisprudência vem conferindo ao Poder Judiciário a possibilidade de interferir em matérias administrativas, atuando como uma espécie de instrumento excepcional e estratégico de imposição da efetivação de políticas públicas ineficazes (visando a plena eficácia dos direitos fundamentais), o que, por óbvio, se aplica às questões penitenciárias, pois onde há determinados casos em que se torna imprescindível o reconhecimento da insuficiência orçamentária, principalmente

---

<sup>39</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>40</sup> STF, ADPF nº 45, Min. Celso de Mello

quando o Administrador estiver empregando os recursos possíveis em políticas públicas de igual valor.

Sendo assim, é exatamente para conceder a devida segurança jurídica ao sistema do Direito da Execução Penal que se pauta a interpretação do princípio da legalidade.

A Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, em seu item 19, é clara ao estabelecer o princípio da legalidade como base da relação jurídica compreendida entre as partes da execução penal, *“de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”*.

Nesse sentido também é a determinação contida no art. 45, da Lei 7.210/84, estabelecendo que *“não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”*.

### **2.1.2 Princípio da Imparcialidade**

O juiz assume posição sobreposta às partes, assumindo a posição de terceiro no processo, representando o Estado, com interesses alheios à vontade de cada uma das partes. Ao magistrado é vedado agir com poderes instrutórios, pois tal hipótese inviabiliza o distanciamento necessário para o exame das provas.

Com a definição dos papéis processuais, pela nova construção constitucional, que veda a atuação *ex officio*, o regramento é entendido com facilidade quando se compreende que o órgão acusador, manifesta a sua pretensão ao Estado-juiz, que possibilita à defesa que se manifeste contra o contexto probatório apresentado para, posteriormente, apenas com base nos elementos apresentados pelas partes, proferir a decisão.

### **2.1.3 Princípio da Inércia da Jurisdição**

Serve como garantia da imparcialidade, uma vez que o juiz só poderá se manifestar mediante prévia invocação por parte legítima. Ou seja, a atuação *ex*

*offício* é inadmissível. O processo se inicia apenas após a manifestação da parte legítima, queixa-crime ou de denúncia oferecida pelo Ministério Público, dependendo se a ação penal for pública ou privada.

#### **2.1.4 Princípio do Juiz Natural**

Este princípio traz a garantia de cumprimento dos devidos critérios de competência. À medida que a garantia de um juiz natural nasce no momento do cometimento do delito<sup>41</sup>, não se pode definir posteriormente ao fato o juiz responsável pela causa, sob pena de comprometimento da imparcialidade e da credibilidade da justiça, pois estaríamos frente a um tribunal de exceção. Segundo Fauzi Hassan Choukr<sup>42</sup> o conceito de juiz natural existe em função de dois grandes princípios: o da legalidade e o da igualdade. Assim, trazendo Mello Filho, tal princípio acarreta:

[...] consequências jurídicas: a) ficam vedados os juízos extraordinários, constituídos após o fato, para o julgamento de determinados casos ou pessoas. Prescrevem-se, destarte os juízos ad hoc e os tribunais de exceção (art. 5º, LIII CF/88); b) fica subtraído ao controle do Poder Executivo o mecanismo de substituições, convocações e designações de juízes, a ser exercido exclusivamente pelo Poder Judiciário; c) a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais são uma decorrência natural do princípio do juiz legal; d) somente os órgãos dotados de poder jurisdicional, previstos pela Constituição, é que se conformam ao princípio do juiz natural; e) o princípio do juiz natural também diz respeito a outros órgãos, estabelecidos na Constituição, com poder de julgar, situados, porém, fora do âmbito do Judiciário, tais como o Senado Federal, nos casos de impeachment e os tribunais administrativos, na [sic] hipóteses de contencioso administrativo em sentido próprio.

Cumprir referir que a relevância de consideração a tal princípio, pois envolvendo matéria penal, onde a pena é a restrição da liberdade e, não são incomuns as pressões midiáticas e sensacionalistas, entregar a matéria criminal a órgãos não previamente definidos acarretariam em risco de julgamentos tendencioso e olvidando a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>41</sup> MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 47-52.

<sup>42</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 162



### 2.1.5 Princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição

As garantias anteriormente referidas não teriam razão de ser caso fosse permitido ao juiz se escusar do julgamento do processo. A inderrogabilidade é garantia que decorre e assegura a eficácia da garantia da jurisdição, no sentido da infungibilidade e indeclinabilidade do juízo, assegurando a todos o livre acesso ao processo e ao poder jurisdicional. Sendo assim, o magistrado não pode delegar o exercício da sua jurisdição, até porque existe uma exclusividade desse poder, de modo a excluir a de todos os demais.

### 2.1.6 Correlação entre Acusação e Sentença

O princípio da correlação entre acusação e sentença está no centro das discussões que cercam o sistema processual penal brasileiro, à medida que sugere uma nova leitura sobre a sistemática processual, concepções e conceitos, envolvendo, principalmente, o objeto do processo.

O conceito de objeto do processo surgiu, inicialmente, relacionado à concepção de pretensão, oriundo do processo civil. No âmbito penal, a pretensão é entendida como se manifesta a exigência de um interesse a outro superior, nas palavras de Carnelluti:<sup>43</sup> “A *pretensão penal* é, em particular, a exigência de *submetimento de alguém à pena*”. Todavia, a qualidade de pretensão se divide em material e processual, sendo a processual aquela pretensão específica, veiculada em juízo através do exercício da ação.

Na ação penal, ao ser oferecida a denúncia pelo Ministério Público, o que se tem é o pedido de uma sentença penal condenatória, imputando fato penalmente relevante à determinada pessoa. Essa atribuição, chamada imputação constitui a pretensão penal e aquilo que for nela descrito, ou seja, o fato é o objeto dessa imputação<sup>44</sup>. Por esta razão existe a necessidade do recebimento da denúncia, verificando a possibilidade jurídica do pedido e a tipicidade da conduta. Durante a instrução se verifica a veracidade da conduta quanto à materialidade e autoria até o

---

<sup>43</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones Sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, p. 191.

<sup>44</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.98-9

momento da sentença, onde se verifica o grau máximo da imputação, motivo pelo qual o objeto do processo deverá se manter o mesmo até a prolação da sentença.

Aqui se observa que não se está falando de *in dubio pro societatis*, pois isto não encontra fundamento na nossa legislação, neste sentido decidiu o STJ:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . ROUBO CIRCUNSTANCIADO E QUADRILHA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. REMISSÃO AO CHAMADO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE . ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em bases sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio *in dubio pro societate* . In casu, não tendo sido a denúncia amparada em hígida prova da materialidade e autoria, mas em delação, posteriormente tida por viciada, é patente a carência de justa causa. Encontrando-se os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii em situação objetivamente assemelhada à dos pacientes, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal, devem eles receber o mesmo tratamento dispensado a estes.

2. Ordem concedida para cassar o acórdão atacado, restabelecendo a decisão de primeiro grau, que rejeitou a denúncia em relação aos pacientes e os corréus Gualberto Gonçalves de Queiroz e Aroldo Ishii, nos autos da ação penal n. 0008955-43.2005.8.01.0001, da 1.<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca de Rio Branco/AC.<sup>45</sup>

O objeto do processo penal está ligado à imputação de um crime, que consiste na formulação da pretensão penal. O objeto da imputação, isto é, o fato enquadrável em um tipo penal, que se atribui a alguém, deve permanecer imutável ao longo do processo<sup>46</sup>. Este objeto não é completamente imutável, o fato pode ser alterado e o juiz pode, em algumas situações, sentenciar algo diverso do que foi imputado. Exemplo disso é o *emendatio libelli*, onde o réu se defende dos fatos mencionados na peça acusatória, não estando o juiz vinculado à classificação jurídica contida na denúncia. Pode, perfeitamente, entender que o fato imputado corresponde a outro tipo legal e invocá-lo, no dispositivo da sentença, o fato naturalístico é o mesmo; apenas se depara com errônea classificação legal.

Sustenta a doutrina que não há qualquer limitação à aplicação dessa regra, uma vez que não se cogita de surpresa para as partes. Há autores que ressaltam que o tribunal não poderá dar a nova definição jurídica que importe em aplicação de

<sup>45</sup> STJ, HC 175.639 – AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/03/2012 STJ, HC 175.639 – AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 20/03/2012

<sup>46</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editores, 1984. v. I, p. 145.

pena mais grave, na hipótese de recurso exclusivo da defesa, ante a proibição da *reformatio in pejus*.<sup>47</sup>

A modificação (*mutatio*) da acusação (*libelli*) corresponde à alteração da narrativa acusatória com repercussão na classificação jurídica do delito. Se na disciplina da *emendatio libelli* cuidávamos do mesmo fato naturalístico, agora nos ocupamos de nova definição jurídica, isto é, da identificação de circunstâncias fáticas penalmente relevantes que emergiram no curso da instrução do processo, aos quais a petição acusatória não fez menção. Estes correspondem a elementos do tipo penal e circunstâncias legais especiais (qualificadoras, causas de aumento e diminuição da pena). Pela letra da lei, agravantes e atenuantes genéricas poderiam ser conhecidas pelo juiz, ainda que não alegadas<sup>48</sup>. Teríamos, então, duas espécies de *mutatio libelli*: a primeira, de exclusiva atribuição do juiz, sem aditamento à petição acusatória; e a segunda, com aditamento pelo Ministério Público à denúncia ou queixa subsidiária, no caso de ação penal pública.

Contudo, tais mudanças devem ocorrer na medida em que não haja violação do contraditório, onde é possível argumentar sobre a relevância ou irrelevância da mudança. Fauzi Hassan Choukr<sup>49</sup> citando Geraldo Prado, afirma que:

[...] mesmo o simples ajustamento da qualificação jurídica da infração penal, em obediência ao princípio *jura novit curia*, ainda quando a petição inicial acusatória descreva minuciosamente o fato, haverá de ser promovida antes da emissão da sentença, assim como as partes têm de ser provocadas para manifestar-se sobre circunstâncias que agravam ou diminuem a pena, tornando-se a matéria alvo do debate contraditório, núcleo fundamental da máxima acusatoriedade”. Em conformação do modelo processual à Constituição Federal, Fauzi comenta que “a demanda deve estabilizar-se no início da relação processual (e não ao final, no momento da sentença!), sendo o mecanismo por excelência para tanto, uma fase de admissibilidade substancial e não meramente formal como a existente no rito ordinário.

A problemática que envolve a correlação entre acusação e sentença está em verificar se as representações que são feitas em momentos diversos, sobre o mesmo fato, ocorrem de forma idêntica. Nesse sentido é que se fala em identidade do processo, que nada mais é do que um comparativo entre as representações da acusação e do juízo ao proferir a decisão, que embora não precisem ser idênticas,

<sup>47</sup> Cf. CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 5a. ed, rev. , São Paulo: Saraiva, 2000, p.363.

<sup>48</sup> POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 13

<sup>49</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, p. 573-576.

necessariamente devem guardar certa adequação sem alterar o objeto do processo<sup>50</sup>.

Sempre que o fato processual resultar em alteração de um elemento do delito, ao se ter em vista um fato penal, haverá relevância processual no sentido de inviabilizar o contraditório e a ampla defesa quando ao condenado não foi dada a chance de se manifestar sobre a alteração, apesar de acreditarmos que a manifestação do juiz venha a ferir o sistema acusatório. Segundo Paulo Queiroz<sup>51</sup>

Efetivamente, o Código de Processo, ao admitir, inclusive, que o juiz possa, de ofício, e indiretamente, “aditar” a denúncia (art. 384, caput), suprimindo omissão ministerial, ofende o sistema acusatório, pois o co-responsabiliza pela acusação, transferindo-lhe parte do ônus de acusar. Compete ao Ministério Público, por isso, promover a tempo o aditamento por iniciativa própria; se não o fizer, o juiz só poderá condenar nos termos da denúncia ou absolver, mas não poderá se substituir àquele órgão, razão pela qual é manifesta a incompatibilidade da *mutatio libelli* com o sistema acusatório.

É possível constatar que a regra entre correlação entre acusação e sentença impõe que a decisão julgue apenas o que foi objeto da imputação, devendo esgotar o conteúdo da pretensão, resolvendo-a totalmente, apenas tratando da matéria em que se funda o processo. Igualmente violado o princípio quando o juiz deixar de considerar ou omitir algum dos fatos na imputação<sup>52</sup>. Nas hipóteses de violação da correlação entre acusação e sentença, onde desta última nasce objeto diverso do processo, que por analogia, se compara à modalidade de ação penal *ex officio*, ou seja, evidenciando um problema de ilegitimidade e falta de condição da ação, possível concluir que a sentença carece de validade em razão de vício que acarreta em nulidade<sup>53</sup>

Reunindo todos os elementos processuais e seus critérios, se observa, resumidamente, que depois de formulada a acusação o objeto do processo deve permanecer inalterado até a sentença, inclusive, se mantendo inalterado até o julgamento do recurso quando impugnada a decisão de primeiro grau. Logo, é

---

<sup>50</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: RT, 2000, p. 116

<sup>51</sup> **Sistema acusatório e emendatio libelli**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 176, p. 4-5, jul. 2007.

<sup>52</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada – Direito Processual Civil (ensaio e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsó, 1971, p. 210.

<sup>53</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: RT, 2000, p. 147.

possível dizer que o efeito negativo da coisa julgada representa a continuação da imutabilidade do objeto do processo. A diferença consiste que, entre a acusação e a sentença o objeto permanece inalterado pelo princípio da correlação e, na fase recursal, se mantém inalterado em razão da coisa julgada.

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS NA EXECUÇÃO PENAL: DIGNIDADE HUMANA

A Execução Penal envolve uma série de outros princípios e estes conforme ensina Miguel Reale, são "*enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber*". Tratam-se, pois, de "*verdades fundantes de um sistema de conhecimento*", *admitidas por serem evidentes, por terem sido comprovadas ou por motivos de ordem prática*"<sup>54</sup>.

Em relação aos princípios relativos ao Direito da Execução Penal, enfatiza José Eduardo Goulart que eles constituem "*proposições de valor geral, que operam como condicionantes e orientadores de sua compreensão, especialmente, no que respeita à sua aplicação*". Ainda, segundo o autor, tais princípios "*atuam no sentido de iluminar suas bases e fundamentos e, por igual, orientam sua aplicação e o sentido de sua compreensão*"<sup>55</sup>.

O que se pretende referir é que, diante de situações diversas outros princípios constitucionais podem incidir durante a execução da pena, isso ocorre porque, tratando-se do indivíduo privado de sua liberdade, é íntima a ligação com os chamados direitos humanos, os quais são aqueles direitos fundamentais inerentes a toda pessoa, pelo próprio fato de ser humano. Diz-se, assim, que os direitos humanos não são concedidos, mas sim devidos a todo homem pela sociedade política<sup>56</sup>.

Contudo, ocorre que o postulado dos direitos humanos não pode ser apenas positivado ou declarado, como muito acontece atualmente, pois o ideal que se

---

<sup>54</sup> REALE, M. **O Direito como Experiência**. São Paulo: Saraiva. 2ed. 2002, p. 303

<sup>55</sup> GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.86.

<sup>56</sup> HERKENHOFF, João Batista, **Curso de Direito Humanos Gênese dos Direitos Humanos** v 1, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1994, p.30-31.

pretende alcançar é a efetiva proteção destes direitos, sendo necessário, para tanto, estabelecer mecanismos eficientes como forma de garantir os direitos fundamentais reconhecidos<sup>57</sup>.

Dentre aqueles princípios erigidos como fundamentos do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, CF/88.

Flávia Piovesan analisa que o princípio em evidência se trata realmente de um "*verdadeiro superprincípio constitucional*", de maneira que ao constitucionalismo contemporâneo é concedido especial sentido, unidade e racionalidade<sup>58</sup>.

### 2.3 RITO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

Compete ao juiz do processo de conhecimento, na sentença, a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 110 da Lei de Execução Penal, observado o disposto no art. 33 do Código Penal. Para a determinação do regime inicial concorrerão os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; comportamento da vítima).

Se a sentença for omissa a respeito, ela poderá ser suprida pelo juiz que a prolatou, por força de embargos declaratórios ou de ofício, enquanto não transitar em julgado. O tribunal, no exame de recurso, poderá determinar que o juiz de primeiro grau complete sua função jurisdicional indicando o regime adequado, suficiente para a reprovação e prevenção do crime (art. 59 do CP). Se o condenado tiver outras condenações, a tarefa de preenchimento da lacuna verificada na sentença poderá ser atribuída ao juiz das execuções quando lhe couber a unificação das penas. A ele competirá, ainda, a fixação do regime inicial quando houver várias condenações impostas em processos distintos (diversas guias de recolhimento).

---

<sup>57</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 76-82

<sup>58</sup> PIOVESAM, Flávia, **Direitos Humanos**, 22 ed. Curitiba: Editora Jurua, 2003, p. 393.

A regra geral é de que inicia a competência do juiz das execuções com o trânsito em julgado da condenação (art. 669 do CPP). Frise-se, no entanto, a admissibilidade da execução provisória da sentença transitada em julgado para o Ministério Público, sendo também competente o juiz das execuções.

O juiz do processo de conhecimento determinará a elaboração e a expedição da guia de recolhimento, desde que o condenado esteja preso ou assim que tal fato lhe for comunicado. O conteúdo da guia de recolhimento está disciplinado no art. 106 da Lei de Execução Penal, devendo apresentar o nome do condenado; sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como da certidão do trânsito em julgado; a informação dos antecedentes e o grau de instrução; a data do término da pena; outras peças do processo reputadas indispensáveis ao tratamento penitenciário adequado. A guia de recolhimento será alterada, quando necessário, pelo juiz da execução, especialmente quanto ao início e ao término de cumprimento da pena. Segundo determina o art. 76 do CP, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave. O CPP, no art. 681, complementa a orientação dispondo que será executada primeiro a de reclusão, depois a de detenção e, por último, a de prisão simples.

Como o próprio nome indica, trata-se de documento que orientará a execução da pena privativa de liberdade. Segundo o disposto no art. 107 da Lei de Execução Penal, ninguém será recolhido para cumprimento da pena privativa de liberdade, sem a guia expedida pela autoridade judiciária.

O condenado deverá cumprir o requisito objetivo, ou seja, fração correspondente à pena que lhe foi imposta, de acordo com o delito. Ainda, ao longo do cárcere, deverá demonstrar que está preparado para as responsabilidades inerentes ao regime sucessivo, mais brando (requisito subjetivo), o que envolve uma previsão sobre a adaptação do condenado no novo regime de cumprimento de pena. A avaliação é feita pelo exame do seu comportamento no cárcere, inexistência de infrações disciplinares, do comportamento frente ao trabalho, entre outros.

A Lei de Execução Penal impôs que o reeducando que fizer jus a progressão pelo cumprimento da fração objetiva, terá o deferimento da progressão dependente

de parecer da Comissão Técnica de Classificação (CTC) e do exame criminológico, quando necessário (art. 112, par. ún.). Cumpre relevar que o exame criminológico só é obrigatório quando o condenado se encontra no regime fechado, nos termos do art. 8.º da Lei de Execução Penal, entretanto, nada obsta que o juiz das execuções determine-o aos condenados que estejam cumprindo pena no regime semiaberto, com a prévia oitiva do MP (art. 67 da Lei de Execução Penal).

A progressão para o regime aberto (prisão albergue), por sua vez, exige a satisfação do disposto nos arts. 114 e 115 da Lei de Execução Penal. O primeiro diz respeito aos pressupostos para o ingresso no regime aberto, entre eles a continuidade ou a imediata possibilidade de trabalho (art. 114, I). O art. 115 e seus incisos, da Lei de Execução Penal, se referem à permanência em local designado para o repouso noturno e nos dias de folga, bem como saídas e retorno para o local de trabalho. Outras condições especiais poderão ser impostas pelo juiz das execuções criminais.



### **3. A DECISÃO PARADIGMA DO STF E A LEITURA CONSTITUCIONAL DO PROBLEMA: UMA CAIXA DE PANDORA**

#### **3.1 PROLEGÔMENOS DO CASO**

Até então, no presente trabalho, nos limitamos ao exame de questões de cunho teórico, envolvendo a doutrina sob aspectos constitucionais, penais, processuais penais e principiológicos. Para aproximar o tema da questão prática, se decidiu destinar um capítulo apenas para a discussão de teses esboçadas em acórdão.

Durante a busca de jurisprudência pode-se observar que várias decisões utilizaram como referência um acórdão de relatoria do ministro Eros Grau, onde houve voto divergente da Ministra Ellen Gracie e, após pedido de vista do Ministro Cezar Peluso, este acompanhou o relator com tese diversa.

Originalmente, trata-se de réu condenado pela prática do artigo 157, §2º, incisos I e II, do CP, à pena de 6 anos de reclusão em regime semiaberto. Interposto o recurso, teve a pena reduzida para 05 anos e 04 meses de reclusão, mantido o regime semiaberto. Condenado no ano de 2003, obteve o benefício da saída temporária e, em 04 de abril de 2005, deixando de retornar, sendo capturado em 18 de maio.

O juiz da Vara de Execuções Criminais, homologou o PAD, determinado a alteração da data-base e perda dos dias remidos, sem determinar a regressão de regime.

O Ministério Público, inconformado, interpôs agravo em execução ao Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul pedindo a regressão de regime, o que foi negado; motivo pelo qual recorreu à instância superior.

Em razão disso, o STJ deu provimento ao Agravo Regimental, determinando a regressão para o regime fechado. Sendo assim, a Defensoria Pública interveio à favor do réu, pleiteando para o STF a reforma da decisão.

Vejamos a tese de cada ministro no HC 93.761-6, Rio Grande do Sul, julgado em 13/05/2008.

### 3.2 EROS GRAU: A LEITURA SISTÊMICA DA EXECUÇÃO PENAL

O relator do recurso, ministro Eros Graus parte da premissa que não é possível a regressão de regime, considerando que o apenado está em regime inicial determinado na sentença. Nesses casos, a sanção por falta grave se limitaria a alteração da data-base, concluindo que não há regressão de regime quando sequer houve progressão.

Ainda, faz menção ao artigo 5º, inciso XLVIII, referindo que a progressão sem que houvesse progressão desrespeita a natureza do delito, ponderando que o regime mais severo só pode ser imposto dentro dos limites da pena inicial.

Pondera que a situação mais gravosa gera nova condenação de natureza judicial por juiz incompetente e, por consequência viola a coisa julgada, motivo pelo qual concedeu a ordem.

Se a falta grave culmina em regressão de regime, perda dos dias remidos e alteração da data-base, e é cometida por apenado do regime fechado, este não poderá regredir, mas sofrerá as outras punições previstas, logo, por que não aplicar tal medida ao apenado no regime semiaberto? Basta que o regime determinado na sentença seja o limite.

Não é porque existe regime de maior severidade que se obriga tal imposição, até porque, sofrerá alteração da data-base, perderá os benefícios que eventualmente tiver e sua conduta não mais será abonada. O que parece temerário é permitir que o reeducando, principalmente o primário, seja submetidos à punição mais gravosa, em ambiente hostil desnecessário. Desnecessário porque se necessário e possível fosse, o magistrado não fixaria o cumprimento da pena em regime brando.

### 3.3 ELLEN GRACIE: O DIREITO CIVIL MOSTRA SUA FACE

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, divergiu do relator e votou pela denegação da ordem, arguiu, inicialmente a presença da cláusula *rebus sic stantibus*, dizendo que a fuga altera a situação da execução e, estando ela presente, não há violação do que anteriormente fora julgado no processo de conhecimento.

Trouxe como fundamentação que se existe a possibilidade de converter a pena de detenção em reclusão, também é possível que a reclusão menos gravosa se converta e mais severa. Aduziu que, se as prisões cautelares são possíveis e sequer existe condenação, no caso do condenado mais justificável.

Em primeiro lugar a referida cláusula é instituto de direito civil, amplamente usada e discutida em âmbito contratual, trata da possibilidade de que um pacto seja alterado, a despeito da obrigatoriedade, sempre que as circunstâncias que envolveram a sua formação não forem as mesmas no momento da execução da obrigação contratual, de modo a prejudicar uma parte em benefício da outra. Há necessidade de um ajuste no contrato. *Rebus sic stantibus* pode ser lido como "estando as coisas assim" ou "enquanto as coisas estão assim". Já a cláusula de mesmo nome é a instrumentalização deste ajuste. É a estipulação contratual ou a aplicação de um princípio de que, presente a situação imprevista, o contrato deve ser ajustado à nova realidade. Disto se tem a revisão do contrato.

Ora, não se pode falar em execução civil e penal de maneira analógica e correlata uma vez que uma trata de privação de liberdade e a outra de patrimônio, tampouco se pode falar em pacto, pois o indivíduo, ao ser preso não firma um contrato, sequer possui relação bilateral, se assim fosse, seria então viável firmar conciliação ou acordos, o apenado poderia argumentar autonomia da vontade e coisas, no mínimo absurdas. Trazer um instituto de direito civil para a matéria penal é abrir precedentes para que tantos outros sejam utilizados, de maneira equivocada, uma vez que as relações jurídicas são firmadas de maneira diferenciada e tem objetos completamente diversos.

Não há que falar em fuga, ou qualquer falta grave como alteração do estado das coisas, não constituem fatos novos, muito menos são tipificadas como crime.

Ainda, o fato da detenção permitir a conversão para regime fechado, não serve como mera justificativa, é verdade que a lei autoriza, o que não quer dizer que a medida é razoável.

A argumentação de que existem as prisões cautelares e que essas se prestam a réus que nem condenados foram não se aplica. Sabidamente as prisões cautelares possuem requisitos elencados no artigo 312, do CPP e se justificam no *fumus comissi delicti* e no *periculum libertatis* e, desaparecendo a existência deles revoga-se a prisão cautelar. Ainda que a falta grave necessite de apuração, não se pode usar de uma medida urgente para averiguação de fato que sequer é crime.

Ademais, questiona-se, como se aplica a prisão preventiva quando não há o que prevenir, ou seja, como argumentar-se sobre a ordem pública quando apenados se evadem e não cometem delito quando foragidos, também não há que se falar em instrução ou aplicação da lei, primeiro porque não há uma instrução propriamente dita; segundo, a aplicação da lei penal resta superada, pois o fato de estar cumprindo pena já é a própria aplicação da lei e a alteração da data base não depende da presença do condenado pois é lançada no sistema que refaz o cálculo.

Ou seja, falar que pode determinar regime mais gravoso porque existem as prisões cautelares, no mínimo, parece o mesmo que dizer que, se supostos inocentes podem aguardar o andamento do processo no cárcere, o fato de se tratar de pessoas condenadas dispensa a avaliação de ser a medida irrazoável ou não.

Por fim, suscitar o artigo 118 da Lei de Execução Penal, por si só não pode servir de argumento, pois é público e notório os inúmeros precedentes, inclusive desde a graduação, que a leitura das leis ordinárias e complementares devem ser lidas à luz da Constituição, logo, parece ilógico que o próprio STF não o faça, podendo se observar, inclusive, que a ministra não fez menção à CF/88 no seu voto.

### 3.4 CEZAR PELUSO: A FACE OCULTA

Após pedido de vista o Ministro Cezar Peluso, após fazer ponderações quanto aos votos anteriores, embora concorde com parte da posição da Ministra Ellen Gracie com relação à cláusula supra referida, acompanhou o relator com o

argumento de que, no caso concreto, em razão da proporcionalidade não deveria o condenado regredir para regime mais gravoso e que tal princípio basta para sustentar o indeferimento da regressão.

O impressão que dá, ao ler o acórdão é de que nenhum dos julgadores tem certeza sobre as disposições da Lei de Execução Penal, como aplicá-las e suprir suas lacunas, tanto que buscam em outros institutos alguma fundamentação, sendo equiparado “falta” a “crime”; usando apenas a Lei de Execuções exclusivamente ou deixando de aplicá-la fundamentando em um princípio aleatório, com o intuito de dar credibilidade ao seu fundamento.

O que nos parece é que o Ministro Cezar Peluso não encontrou na legislação uma solução lógica, claro, pois não há, então preferiu deixar uma manifestação intermediária. Esquece o emérito ministro que a solução deverá ser encontrada a luz da constituição, através da proporcionalidade e da razoabilidade.

### 3.5 RESSOCIALIZAÇÃO E LEI DE EXECUÇÃO PENAL: OBJETIVOS NOBRES E UTÓPICOS

O contexto que envolve a ressocialização e a Lei de Execução Penal, para quem os lê, é perfeito. Dali se depreende que o apenado cumprirá sua pena e, ainda sairá do cárcere pronto para se reinserir na sociedade.

Do ponto de vista teórico, parece funcionar muito bem. Aparentemente o apenado refletirá sobre sua conduta, desenvolverá uma atividade profissionalizante, tudo isso em um ambiente adequado e destinado a garantir o que a lei prevê.

Ora, o preso se desenvolve sim, se desenvolve no sentido de garantir sua sobrevivência, tudo porque vive em um ambiente hostil, em condições precárias, sujeito ao abandono em relação à assistência da saúde, situação jurídica e até de segurança quando convive com “chefes de galerias” e líderes de facções.

Com as condições do sistema carcerário atual, as condições a que seres humanos vivem, convivem e sobrevivem, difícil imaginar que eles sairão de lá em condições físicas e mentais de ingressar no contexto social como cidadãos quando se assemelham, muito mais, a sobreviventes de uma guerra.

A questão suprarreferida reflete claramente o descumprimento do que se propõe a legislação constitucional, penal e especial e, não obstante, o órgão que poderia minimizar as consequências, evitando que condenados de regime brando se unissem a aqueles que cumprem pena mais severa e, para tanto, lançam mão inclusive de princípios civilistas, como se o condenado pudesse escolher as cláusulas contratuais.

Entretanto, ao que tudo indicam, acobertam o descumprimento do que a lei e a política criminal propõem. Confortável falar em proporcionalidade e “caso em concreto” quando não se sabe e nem se quer saber o que fazer, preferindo submeter seres humanos às suas vontades e ignorando o que preconiza a lei.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como questão central a possibilidade de regressão de regime para regime mais gravoso do que aquele fixado inicialmente na sentença, em razão do cometimento de falta grave.

Inicia-se o estudo pelo exame dos princípios constitucionais, principalmente aqueles que se aplicam à legislação penal, processual e à lei de execução penal. Paralelamente, foi necessário o aprofundamento no campo prático da Execução Penal, pois em razão da peculiaridade do aspecto administrativo, foi necessário estar ciente das particularidades do processo de Execução e os procedimentos que nele se inserem, isso permitiu identificar onde cada princípio se aplica ou, pelo menos, onde deveria se inserir. A leitura da Lei que rege a execução da pena dispõe sobre as medidas cabíveis em cada caso de infrações, define as faltas disciplinares e as classifica como médias ou graves, bem como os demais critérios, tanto de deveres como de direitos dos apenados.

Ao longo do trabalho ficou evidente que questões sociais referentes ao cárcere fatores históricos estão intimamente ligados a política criminal do Brasil, uma vez que eles norteiam a origem da legislação e explicam o que objetivam, permitindo observar a realidade por uma perspectiva lógica no transcorrer do tempo.

Divergências doutrinárias, correntes mistas e, inclusive, jurisprudenciais que fizeram uso das mais diversas argumentações surgiram, tanto com relação aos princípios e suas aplicações, como em relação a natureza jurídica e processual de alguns institutos. Com relação à Lei de Execução Penal, inclusive as questões de competência a lei traz problemas que dificultam a compreensão de sua aplicabilidade e do fim a que se destina.

Cumprir referir que é comum a confusão entre falta grave e crime, ponto fundamental uma vez que infrações disciplinares têm suas sanções próprias descritas na Lei de Execução Penal e os crimes estão tipificados no Código Penal, igualmente, com suas respectivas sanções e critérios de punição.

Conclui-se que, em razão do desconhecimento e da falta de estudo aprofundado, diversas interpretações surgem ao longo da execução da pena. Alguns

fundamentos podem ser tomados como plausíveis, outros um tanto equivocados, misturando circunstâncias próprias do processo de conhecimento, que sabidamente não pode vir à tona após o trânsito em julgado, foram constatados em inúmeros acórdãos, até mesmo nas instâncias superiores.

Por essa razão, o trabalho apresenta um acórdão com divergências desde o primeiro grau, quando o Ministério Público pleiteou a regressão de regime de apenado inicialmente preso em regime semiaberto e fugiu; tendo sido mantida a decisão no segundo grau, reformada pelo STJ no sentido de regredir o regime e revertida pelo STF, que determinou o retorno ao regime de origem disposto na sentença.

Chamou a atenção o fato da decisão ter sido proferida há 4 anos e o mesmo acórdão é usado como referência desde então. Importante ressaltar que no STF, na mesma decisão, três ministros trazem fundamentos distintos, o que leva a crer que, quando a Lei de Execução Penal é objeto de insurgências, não há entendimento pacífico.

Ao contrário, se procura um argumento qualquer, simplesmente porque não se tem um concreto e, ao que tudo indica, não há interesse ou perspectiva que isso venha a ocorrer tão cedo.

Surgindo orientação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ a respeito da aplicação da Lei de Execução Penal, resta evidente a necessidade de um norte para os aplicadores do Direito, que por desconhecimento ou descaso comprometem a execução da pena e, por óbvio, a situação do condenado, que já está privado da sua liberdade.

Também é possível constatar, pelo tempo que foi proferida a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF e, ainda referida, é que os demais ministros que vêm ocupando as cadeiras da Corte não sabem sobre a viabilidade da hipótese levantada no presente estudo. Sequer a discutem a possibilidade ou impossibilidade, pois mais confortável parece fazer menção à decisão proferida anteriormente que, gize-se, sequer foi unânime.



Ora, inconcebível que não haja interesse em esclarecer as medidas e as consequências possíveis que envolvem uma circunstância tão corriqueira entre os apenados, qual seja, o cometimento de falta grave e suas punições, principalmente porque se trata da privação de liberdade do indivíduo, garantia fundamental explícita na Constituição Federal.

Preocupante a condução dos processos sobre matéria constitucional, limitando-se a arguir os fundamentos que acham convenientes extraídos de decisão, proferida, há quatro anos, principalmente, quando é extremamente controvertida, com pedido de vista por três Ministros que, com os mais diversos fundamentos justificam sua decisão, sobre assunto que não dominam.

## BIBLIOGRAFIA

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Princípio imitadores da execução penal**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: RT, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: RT, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 5a. ed, rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones Sobre el Proceso Penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

**CNJ participa de inspeção a Presídio Central de Porto Alegre**. [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=19299:cnj-participa-de-inspecao-a-presidio-central-de-porto-alegre&catid=223:cnj&Itemid=583](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19299:cnj-participa-de-inspecao-a-presidio-central-de-porto-alegre&catid=223:cnj&Itemid=583). Acesso em 10/05/2012

**CNJ: Mutirão Carcerário do Estado do Rio Grande do Sul. Relatório**. <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/riograndedosul>. Acesso em 10/05/2012

**CNJ: Superlotação e más condições de higiene marcam inspeção no presídio Central de Porto Alegre (RS)**. <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/13512:superlotacao-e-mas-condicoes-de-higiene-marcam-inspecao-no-presidio-central-de-porto-alegre-rs>. Acesso em 10/05/2012

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Revista de Estudos Criminais, n.º 01. p. 28

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **25 anos de lei de execução penal**. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 201, p. 6-7, ago. 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editores, 1984. v. I. p. 145.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais 3ª edição. 2010. p

GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito de Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECCO, Rejane Rosária dos Santos. COSTA, Valesca Brasil. **A Dignidade do Detento**. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**. Vol.1. Pelotas: UFPel, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Defesa, Contraditório, Igualdade e Par Condicio na Ótica do Processo de Estrutura Cooperatória. Novas tendências do direito processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. **O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia. O processo em sua unidade II.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

HERKENHOFF, João Batista, Curso de Direito Humanos Gênese dos Direitos Humanos Volume 1, São Paulo : Ed. Martins Fontes, 1994, p.30-31.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 2. ed.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 123.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MIRABETI, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral.** São Paulo: Editora Atlas, 17ª edição, 2001.

MORAES, Alexandre de; SMANIO. Gianpaolo Poggio. **Fundamentos Jurídicos. Legislação Penal Especial.** 7. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada – Direito Processual Civil (ensaios e pareceres).** Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

MORETTO, Rodrigo. **Crítica Interdisciplinar da Pena de Prisão: controle do espaço na sociedade do tempo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.** Tradução de Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988.

PIOVESAM, Flávia. **Direitos Humanos,** 22 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCrim, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais,** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência.** São Paulo: Saraiva. 2ed. 2002.

SCAPINI. Marco Antonio Bandeira. **Prática de Execução das Penas Privativas de Liberdade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMIDT, Andrei Zemkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Crônica acerca da extinção do exame criminológico.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.11, n.134, p. 2-3, jan. 2004

SILVA FRANCO, Alberto. “**O Juiz e o Modelo Garantista**”. In: Doutrina do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 1998. Disponível em: <[www.ibr-crim.com.br](http://www.ibr-crim.com.br)>.

SILVA, Adhemar Raymundo da. **Execução Penal**. In: SILVA, Adhemar Raymundo da. Estudos de Direito Processual Penal. Salvador: Progresso, 1957.

\_\_\_\_\_. **Sistema acusatório e emendatio libelli**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 176, p. 4-5, jul. 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. **Progressão na execução das penas privativas de liberdade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 77, n. 630, p. 269-278, abr. 1988.