

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**EXECUÇÃO PENAL: CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MAIS
GRAVOSO**

Roberlley Savalio da Silva

Presidente Prudente/SP
2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**EXECUÇÃO PENAL: CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MAIS
GRAVOSO**

Roberlley Savalio da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2011

EXECUÇÃO PENAL: CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Examinador: Prof. Dr. Antenor Ferreira Pavarina

Examinador: Dr. Matheus Nagano da Silva

Presidente Prudente, 10 de outubro de 2011

Bem aventurados os que têm fome e sede de justiça, por que
serão fartos.

Mateus 5:6

Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, autor da vida, a minha família, esteio e suporte em todos os momentos da minha vida e a todos aqueles que não se calam ou se conformam com a injustiça.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, criador e sustentador de tudo que existe, sem o qual nem a vida eu teria.

Aos meus pais, Daniel e Eliza, que me ensinaram os valores morais e éticos, os quais levo por toda a minha vida.

A minha esposa Caroline, pelo amor e dedicação e força nos momentos mais difíceis.

A minha primeira filha Valentina, pela oportunidade de ter essa experiência indescritível de ser pai.

À minha segunda filha, que ainda está no ventre da mamãe, que mesmo sem ver seu rostinho já a amo incomensuravelmente.

Aos mestres que me ensinaram a trilhar os caminhos do direito e a não se conformar com a injustiça, mostrando que para o operador do direito sempre há uma saída.

Ao meu orientador professor Dr. Marcus Vinicius, que aceitou a me guiar neste trabalho, sempre incansável e paciente, mostrando o caminho a seguir.

Aos colegas de curso que em vários momentos nos apoiamos uns nos outros para que essa caminhada fosse completada.

Aos colegas de labor da gloriosa Polícia Civil do Estado de São Paulo, com os quais combato o crime dia após dia, muita das vezes colocando em risco nossa própria vida, não olvidando do juramento de proteger a sociedade custe o que custar.

A todos, meu muito obrigado!

RESUMO

Esta monografia discorre sobre o cumprimento da pena em regime mais gravoso que o determinado pela sentença judicial. Traz-se, inicialmente, a finalidade da sanção penal e as principais Teorias que analisaram a finalidade da pena, enfatizando a Teoria adotada no Brasil e a finalidade da sanção penal na LEP, Lei de Execução Penal. Aborda-se, após, os três principais sistemas penitenciários já existentes (Filadélfia, Auburn e Progressivo) e os regimes atuais de cumprimento da pena, para, na sequência, compreender melhor a progressão de regime e seus critérios, mencionando, ainda, de forma sucinta, a regressão de regime e a regressão por salto. Posteriormente, citam-se alguns princípios e Tratados Internacionais relacionados com o cumprimento da pena. E por fim, analisa-se o tema central do presente estudo, qual seja, a progressão de regime por salto (ou *per saltum*). Evidencia-se que a progressão de regime (do fechado para o semiaberto e deste para o aberto) é um direito do sentenciado, que deve ser respeitado. Se o Estado é omissivo ou se não dispõe de vagas para que o apenado cumpra sua pena e progrida de regime, ele não pode ser penalizado a cumprir pena em regime mais gravoso do que o estabelecido em sentença condenatória, e tem direito à progressão por salto, devendo aguardar vaga no regime menos gravoso, do contrário, o princípio da dignidade da pessoa humana restará violado.

Palavras-chave: Estado. Dignidade da Pessoa Humana. Preso. Progressão de Regime. Progressão por Salto. Sentenciado.

ABSTRACT

This monograph discusses the fulfilment of the penalty under the heaviest that the determined by judicial sentence. Brings-if, initially, the purpose of a criminal sanction and the main theories that have examined the purpose of the sentence, emphasizing the theory adopted in Brazil and purpose of the criminal sanction in the LEP, Criminal Law Enforcement. Deals with, after, the three main existing penitentiary systems (Philadelphia, Auburn and Progressive) and current compliance schemes worth, for, as a result, better understand the progression of the scheme and its criteria, citing, even, briefly, the regression of the scheme and the regression by jump. Later mentioning some principles and International Treaties in connection with the execution of the sentence. And finally, analyses the central theme of this study, namely, the progression of arrangements by heel (or *per saltum*). Highlights that the progression of scheme (closed to semi open and open to) is a right of sentenced, which must be respected. If the State is omitted, or if you do not have vacancies for that apenado fulfill his sentence and progress of the scheme, it cannot be penalized complying with sentence heaviest regime that set out in enforceable judgment, and has the right to development by hop, and wait for vacancy in less onerous scheme, otherwise the principle of human dignity will be violated.

Keywords: State. Dignity of the Human Person. Arrested. Progression of Arrangements. Progression by Jump. Sentenced.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 09 |
| 2 A FINALIDADE DA SANÇÃO PENAL NO BRASIL | 12 |
| 2.1 Teorias Principais Acerca da Finalidade da Sanção Penal | 13 |
| 2.1.1 Retribuição..... | 13 |
| 2.1.2 Prevenção Geral..... | 15 |
| 2.1.2.1 Prevenção Geral Positiva..... | 17 |
| 2.1.2.2 Prevenção Geral Negativa..... | 17 |
| 2.1.3 Prevenção Especial..... | 18 |
| 2.1.3.1 Prevenção Especial Positiva..... | 19 |
| 2.1.3.2 Prevenção Especial Negativa..... | 20 |
| 2.1.4 Teoria Mista ou Unificadora..... | 21 |
| 2.1.5 Teoria adotada no Brasil..... | 22 |
| 2.1.5.1 A finalidade da sanção penal na LEP - Lei de Execução Penal..... | 24 |
| 3 O CUMPRIMENTO DA PENA | 26 |
| 3.1 Breve Menção aos Principais Sistemas Penitenciários | 26 |
| 3.2 Regimes de Cumprimento da Pena | 29 |
| 3.2.1 Fechado..... | 31 |
| 3.2.2 Semiaberto..... | 32 |
| 3.2.3 Aberto..... | 34 |
| 3.3 Progressão de Regime | 37 |
| 3.3.1 Critério objetivo..... | 38 |
| 3.3.2 Critério subjetivo..... | 40 |
| 3.4 Regressão de Regime | 43 |
| 3.4.1 Regressão de regime por salto..... | 46 |
| 4 RELAÇÃO ENTRE O CUMPRIMENTO DA PENA COM ALGUNS PRINCÍPIOS E TRATADOS INTERNACIONAIS | 48 |
| 4.1 PRINCÍPIOS | 48 |
| 4.1.1 Legalidade..... | 48 |
| 4.1.2 Dignidade da pessoa humana..... | 50 |
| 4.1.3 Individualização da pena..... | 51 |
| 4.1.4 Proporcionalidade da pena..... | 54 |
| 4.1.5 Vedação do excesso de execução..... | 55 |
| 4.2 TRATADOS INTERNACIONAIS | 57 |
| 4.2.1 Pacto de São José da Costa Rica..... | 57 |
| 4.2.2 Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos..... | 58 |
| 4.2.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos..... | 59 |
| 5 PROGRESSÃO POR SALTO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE À OMISSÃO DO ESTADO | 61 |
| 5.1 Direito do Sentenciado à Progressão de Regime | 62 |
| 5.2 Direito do Sentenciado à Progressão por Salto | 64 |
| 5.2.1 Posicionamento da doutrina..... | 64 |
| 5.2.2 Posicionamento dos tribunais..... | 69 |
| 5.3 A progressão por salto e o princípio da dignidade da pessoa humana..... | 72 |
| 6 CONCLUSÃO | 75 |
| BIBLIOGRAFIA | 76 |

1 INTRODUÇÃO

A progressão de regime prevista na LEP – Lei de Execução Penal – é vista como uma forma de reintegração social, pois é por meio dela que o indivíduo, aos poucos, passa a “resgatar” seus direitos. Por meio deste instituto busca, o Código Penal Brasileiro, atingir a seguinte finalidade: a reinserção social do sentenciado.

Essa progressão se dá sempre do modo mais gravoso para o menos gravoso. Desta forma, o sentenciado inicia a pena em regime fechado (o mais grave), percorre uma instância intermediária (semiaberto) e termina em regime aberto (o menos grave).

Para que o sentenciado tenha o direito à progressão de regime, deve cumprir dois requisitos: um de cunho objetivo (que é o cumprimento de um sexto da pena) e outro de cunho subjetivo (que diz respeito ao seu mérito, ao seu bom comportamento carcerário).

Ressalte-se, ainda, que em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, deverá o sentenciado cumprir dois quintos da pena se primário ou três quintos da pena se reincidente para ter direito à progressão de regime, consoante determinação do § 2º do artigo 2º da Lei n. 8072 de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos).

O que ocorre, muitas vezes, é o desrespeito a esse direito, a essa progressão, tendo em vista a falta de vagas em alguns regimes. Conseqüentemente, há o cumprimento da pena em regime mais gravoso, ou seja, o indivíduo, em vez de cumprir a pena no regime semiaberto, é obrigado a aguardar no regime fechado por falta de vagas no sistema penitenciário.

E isso, infelizmente, não é incomum, podendo-se afirmar que as unidades prisionais brasileiras encontram-se lotadas de pessoas reclusas que poderiam estar se reinserindo no convívio social.

O que se vislumbra, como alternativa a esses casos, seria a chamada “progressão por salto” (ou progressão *per saltum*), porque embora tal hipótese tenha sido vetada pela legislação penal, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que manter o sentenciado em regime integralmente fechado (quando este já possui o

direito à progressão e inexistem vagas no regime intermediário, por omissão ou desídia do Estado), configura constrangimento ilegal.

Na progressão por salto, o indivíduo poderia provisoriamente passar do regime fechado diretamente para o regime aberto ou, do regime semiaberto diretamente para o aberto, no caso de falta de vagas, tendo em vista que é obrigação do Estado oferecer meios para que o apenado progrida de regime.

Não obstante isso, manter o sentenciado em regime integralmente fechado, quando este já possui o direito à progressão, seria atentar contra o princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para que se possa compreender melhor a progressão por salto, divide-se este estudo em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, “a finalidade da sanção penal no Brasil”, discorre-se sobre as principais Teorias que analisam a finalidade da pena, quais sejam: a Teoria da Retribuição, a Teoria da Prevenção Geral e da Prevenção Especial (que se subdividem em Positiva e Negativa), e a Teoria Mista ou Unificadora, demonstrando, na sequência, a Teoria adotada no Brasil e a finalidade da sanção penal na LEP, Lei de Execução Penal.

No segundo capítulo, intitulado “o cumprimento da pena”, faz-se, inicialmente, uma breve menção aos principais sistemas penitenciários já existentes (o Filadélfia, o Auburn e o Progressivo), para, após, discorrer sobre os regimes de cumprimento da pena no Brasil (regime fechado, semiaberto e aberto), e sobre a progressão de regime, abordando os critérios (objetivo e subjetivo) para que o apenado progrida de regime e mencionando, posteriormente, de forma sucinta, a regressão de regime e a regressão por salto.

No terceiro capítulo, denominado “a relação entre o cumprimento da pena com alguns princípios e Tratados Internacionais”, aborda-se, primeiramente, os principais princípios relacionados com o cumprimento da pena, quais sejam: o princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da proporcionalidade da pena e da vedação do excesso de execução, citando, em seguida, três Tratados Internacionais que, de uma forma geral, proíbem penas cruéis, desumanas ou degradantes e impõem o respeito à integridade e à dignidade das pessoas privadas de sua liberdade.

E por fim, no último capítulo, “a progressão por salto como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana frente à omissão do Estado” discorre-se, especificadamente, sobre a progressão por salto no ordenamento jurídico brasileiro, abordando o direito do sentenciado à progressão, o posicionamento da doutrina e dos Tribunais brasileiros acerca dessa questão, e a progressão por salto e o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 A FINALIDADE DA SANÇÃO PENAL NO BRASIL

Inicialmente, tem-se que compete, ao Direito Penal, a função de tentar solucionar os problemas da criminalidade, utilizando-se de algumas teorias que, dentre outras finalidades, almejam a prevenção da criminalidade.

O Direito Penal tem como papel fundamental a proteção da sociedade e dos bens jurídicos fundamentais (DOTTI, 2003, p. 38), além de procurar evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2003, p. 80).

Para Cezar Roberto Bittencourt (2004, p. 83), diferentemente, o Direito Penal tem a única função de tentar solucionar os problemas da criminalidade, aplicando determinadas penas para aqueles que infringem a lei.

Basileu Garcia (1978, p. 66) ainda nesse contexto, assevera que:

Castigar ou punir, expiar, eliminar, intimidar, educar, corrigir ou regenerar, readaptar, proteger ou defender – eis variados verbos que, na diversidade de opiniões, indicam as finalidades possíveis do Direito Penal e, através destas, as razões de sua existência.

José Carlos Daumas Santos (2005, p. 23) preleciona que a missão do Direito Penal é defender a sociedade (protegendo bens, valores ou interesses), garantir a segurança jurídica ou a sua confiabilidade e confirmar a validade das normas.

Segundo o autor supracitado, entre os autores brasileiros prevalece o entendimento de que a tarefa imediata do Direito Penal é a proteção do bem jurídico. (SANTOS, 2005, p. 24).

Em relação à finalidade da execução penal no Brasil, especificadamente, José Carlos Daumas Santos (2005, p. 21) entende que “não se fala em execução penal sem se discutir a finalidade da pena”, ressaltando o autor, ainda, que quanto à pena:

Ou apenas ela *retribuirá* (mediante a privação de bens jurídicos imposta ao criminoso) o mal do crime com seu próprio mal, restaurando assim a justiça, ou bem *intimidar*á a todos (pela ameaça de sua cominação e pela execução exemplar) para que não se cometam crimes, ou, finalmente, tratará de *conter* e tratar os criminosos. [grifos do autor].

De acordo com Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2007, p. 94), a pena tem, como objetivo, a segurança jurídica e a prevenção de novos delitos, ou seja, “a pena deve aspirar a prover a segurança jurídica, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas”.

Para Damásio Evangelista de Jesus (2005, p. 457), a pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado ao autor da infração penal, como retribuição de seu ato ilícito, cujo fim é evitar delitos. Assim sendo, pode-se dizer que a pena tem, para o autor, um caráter retributivo e preventivo.

Dentre as principais teorias que dizem respeito à finalidade da pena encontram-se a Teoria Retributiva (ou Absoluta), a Teoria Preventiva (ou Relativa) (que se distingue em Prevenção Geral e Prevenção Especial e se subdivide em Positiva e Negativa), e a Teoria Mista (ou Unificadora).

De uma forma simplista, tem-se que a Teoria Retributiva confere à pena um caráter retributivo; a Teoria Preventiva atribui à pena a finalidade de prevenção; e a Teoria Mista, por sua vez, combina elementos de ambas as teorias.

Assim sendo, a sanção penal pode ter a finalidade de retribuição ao mal causado; de prevenção ao ilícito cometido; e de ressocialização (e reintegração) do indivíduo à sociedade, o que na prática, não acontece.

Analisa-se, a seguir, de forma sucinta, o que se entende por cada uma dessas teorias.

2.1 Teorias Principais Acerca da Finalidade da Sanção Penal

2.1.1 Retribuição

A Teoria Retributiva atribui à pena criminal a finalidade de retribuir, de compensar o mal causado pelo cometimento do crime.

De acordo com Julio Fabrini Mira Bette (2003, p. 244), a Teoria Retributiva é sustentada por Kant e Hegel e traz a idéia de que a pena deve ser retributiva ao mal causado, ou seja, aquele que pratica um crime deverá pagar pelo mal que causou.

Igualmente preceitua Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 462), ao afirmar que Kant e Hegel eram os mais destacados defensores da Teoria Retributiva, embora a defendessem de forma distinta.

Kant defendia a Teoria Retributiva no sentido de que a pena serviria como uma espécie de castigo àquele que cometesse algum crime, serviria como uma forma de retribuição pelo mal causado, como forma de fazer justiça (MIRABETE, 2003, p. 244). Hegel, por sua vez, entendia que a pena tinha, como finalidade, o restabelecimento da ordem jurídica, ou seja, a pena não teria apenas um caráter vingativo de causar um mal porque um primeiro mal foi causado, mas teria também a função de trazer novamente a ordem jurídica (BITENCOURT, 2002, p. 90).

Prosseguindo, de acordo com Luiz Flávio Gomes (2007, p. 664), a retribuição seria uma simples compensação, não levando em consideração aspectos subjetivos como a valoração do ato cometido, ou seja, a Teoria Retributiva preocupava-se somente em aplicar sanções a quem desrespeitasse a lei, independentemente da gravidade do delito.

Segundo a Teoria Retributiva, portanto, a pena teria apenas um caráter retributivo, castigando o autor do delito pelo ilícito cometido.

No entanto, ressalta Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 463) que essa Teoria foi criticada por se entender que o Direito Penal não tem como finalidade causar um mal de uma maneira vingativa, mas sim, harmonizar a convivência social e proteger os bens jurídicos.

Igualmente entende Julio Fabrini Mirabette (2003, p. 244), ao afirmar que essa Teoria foi alvo de inúmeras críticas pelo fato de se preocupar apenas com o caráter retributivo, punindo todos os que infringissem a lei como forma de castigo e por deixar de se preocupar com a figura específica do infrator do delito.

Assim, essa Teoria acabou “deixando de lado” a pessoa do infrator e o respeito à dignidade da pessoa humana, impondo a pena de prisão apenas como uma retribuição, uma forma de castigo pelo mal causado, esclarecendo César Barros Leal (2001, p. 38-39), a respeito da pena de prisão como uma espécie de retribuição que:

A prisão é, antes de tudo, um castigo. Está acima de quaisquer dúvidas que esta representa, na prática, muitíssimo mais do que a mera privação de liberdade, tendo em vista que o condenado perde, outrossim, num ambiente hostil, de tensões e promiscuidade moral, a segurança, a privacidade, a intimidade, a

capacidade de autopromoção, a identidade social, subordinando-se, além do mais, a comandos autoritários, impostos não só pelo diretor, pelos agentes penitenciários, como também pelas lideranças formadas por outros presos.

E prossegue o autor, afirmando que a imagem de castigo da pena de prisão “robustece-se em prisões ruinosas, superlotadas, com péssimos níveis de higiene, onde a droga é consumida sem embaraços, o abuso sexual é constante, praticamente inexistente oferta de trabalho, de lazer orientado, e a assistência se presta de forma precária”. (LEAL, 2001, p. 39).

Enfim, de acordo com a Teoria Retributiva a pena serviria como uma espécie de castigo, de retribuição ao mal causado, diferentemente da Teoria da Prevenção Geral ou Especial, que almeja a prevenção de futuras condutas delitivas.

A Teoria Preventiva visa “prevenir” ao invés de “retribuir” o mal causado pela conduta ilícita e se subdivide em Teoria da Prevenção Geral (onde o autor do crime é usado como exemplo para a sociedade, visando com que outras pessoas não cometam crimes) e Teoria da Prevenção Especial (que tem o intuito de ressocializar o infrator).

2.1.2 Prevenção Geral

A Teoria da Prevenção Geral é voltada à prevenção do crime e dirige-se à sociedade ou, mais precisamente, àqueles que estão propensos a delinquir, advertindo-os para que não transgridam as normas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, entende, essa Teoria, que ao se aplicar a pena ao infrator, a sociedade se intimidará com a prática de novos crimes.

A Teoria da Prevenção Geral atribui à pena a finalidade de prevenir o crime futuro, ou seja, “[...] a pena deve alcançar uma prevenção de ordem geral a fim de que outros não venham a praticar delitos [...]”. (SANTOS, 2005, p. 23).

Para Julio Fabrini Mirabette (2003, p. 244), o caráter preventivo serviria como uma coação psicológica para a sociedade (conceito exposto por Feuerbach), lembrando os indivíduos de que se desobedecessem a lei, uma sanção seria

imposta. A perspectiva da prevenção, portanto, seria a de evitar que crimes futuros ocorressem.

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2007, p. 108) explicam, nesse contexto, que para a teoria da coação psicológica, sustentada por Feuerbach, “a pena é uma ameaça que deve ter a suficiente entidade para configurar uma coação psicológica capaz de afastar do delito todos os possíveis autores”.

Portanto, para a Teoria da Prevenção Geral a pena serviria como uma espécie de intimidação, uma espécie de coação psicológica, salientando Miguel Reale Junior (2004, p. 54), inclusive, que Maggiore entendia que a Teoria da Prevenção Geral tinha também um caráter educativo, tendo em vista que determinava as condutas proibitivas e mostrava qual seria a consequência para quem infringisse o direito.

Para Luiz Regis Prado (2004, p. 555), a Teoria em comento se resumia em inibir a realização de atos criminosos pelos indivíduos da sociedade e intimidar com o temor das penas aplicadas.

Enfim, pode-se dizer que a Teoria da Prevenção Geral tinha, como idéia central, a de que com a aplicação da pena os delitos seriam prevenidos, desestimulados (QUEIROZ, 2005, p. 33).

No entanto, ressalta Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 95) que a Teoria da Prevenção Geral também sofreu inúmeras críticas, tendo em vista que a penalização dos delinquentes é apenas uma obrigação imposta ao Estado e, ainda, pelo fato de se afastar de pressupostos importantes que fundamentam a teoria ressocializadora. Ademais, ao se penalizar uma pessoa para que surtam efeitos intimidatórios na sociedade, a pena não estaria sendo aplicada na medida da culpabilidade do infrator, conforme prevê o ordenamento jurídico brasileiro.

Enfim, a Teoria da Prevenção Geral almeja prevenir o crime, utilizando o autor do delito como exemplo para a sociedade, sendo subdividida em Teoria da Prevenção Geral Positiva e Teoria da Prevenção Geral Negativa, conforme se verá a seguir, de forma sucinta.

2.1.2.1 Prevenção Geral Positiva

De acordo com a Teoria da Prevenção Geral Positiva, a pena seria aplicada com a finalidade de restabelecer a ordem jurídica violada, prevenindo novos crimes, além de restabelecer a confiança da sociedade e reparar ou prevenir os efeitos negativos que a violação da norma produz.

Para a Teoria da Prevenção Geral Positiva, a pena seria aplicável aos delinquentes que violassem o direito como forma de fazer justiça (PRADO, 2004, p. 556), ressaltando o autor, inclusive, que de uma forma geral três seriam os principais efeitos existentes da pena instituída na Prevenção Geral Positiva, quais sejam: o efeito da aprendizagem, o da confiança e o da pacificação social (PRADO, 2004, p. 557).

Porém, assim como as demais Teorias, a Teoria da Prevenção Geral Positiva também foi alvo de críticas, pelo fato de aplicar sanções aos delinquentes sem levar em consideração aspectos subjetivos sobre a natureza do crime.

Assim entende Luiz Regis Prado (2004, p. 559), ao afirmar que a Teoria da Prevenção Geral Positiva aplicava sanções a qualquer agente sem se preocupar com a gravidade do ato cometido e nem com o motivo do seu cometimento.

Não bastasse isso, a Teoria da Prevenção Geral Positiva não intimidava os indivíduos e nem prevenia a existência de novos crimes, o que a afastava ainda mais de umas das finalidades do Direito Penal (GOMES, 2007, p. 679).

2.1.2.2 Prevenção Geral Negativa

A Teoria da Prevenção Geral Negativa consiste em atribuir à pena uma função preventiva, baseando-se na ameaça, na intimidação.

Segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 118), a finalidade da Teoria da Prevenção Geral Negativa é tentar fazer com que a pena tenha o papel de dissuadir os que nunca delinquiram e podem sentir-se atraídos a fazê-lo.

Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 96-97), por sua vez, preceitua que a Teoria da Prevenção Geral Negativa baseava-se no caráter intimidatório, aplicando

penas cruéis e, muitas vezes, desnecessárias a qualquer sujeito que desobedecesse a lei, tendo, como finalidade, atemorizar os indivíduos.

Por esse motivo, a Teoria da Prevenção Geral Negativa também sofreu algumas críticas, principalmente porque a aplicação severa e cruel da pena não exercia a finalidade esperada de inibição (QUEIROZ, 2005, p. 33).

Além disso, essa Teoria violava o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que usava o indivíduo de maneira repressora, privando-o de seus direitos fundamentais, como o direito a liberdade. (PRADO, 2004, p. 560).

Ressalta César Barros Leal (2001, p. 39), nesse contexto, que é pacífico o entendimento de que a pena de prisão não intimida, uma vez que os cárceres estão abarrotados de pessoas que não se amedrontam diante da pena e pelas ruas circulam criminosos que praticam toda sorte de delitos, indiferentes à possibilidade de serem punidos.

Portanto, a Teoria em comento não cumpria com a sua finalidade, que era a de prevenir os crimes através da intimidação.

2.1.3 Prevenção Especial

A Teoria da Prevenção Especial, diferentemente da Teoria da Prevenção Geral, possui, como finalidade, aplicar a pena para que o autor do crime desista de cometer novos delitos, evitando a reincidência e dando maior ênfase à pessoa do delinquente.

A Teoria da Prevenção Especial visa à pessoa autora do delito, mais precisamente, às condições pessoais, sociais, psicológicas, etc., da pessoa do criminoso e, portanto, determina que a pena tenha um caráter individual, pessoal.

De acordo com essa Teoria, portanto, existe a preocupação com a pessoa do delinquente, almejando a sua ressocialização.

Assim sendo, a Teoria da Prevenção Especial não se traduz como uma retribuição, mas sim como uma “advertência ou intimidação individual”, tentando uma ressocialização quando possível (PRADO, 2004, p. 560).

De acordo com Luiz Regis Prado (2004, p. 561), a finalidade dessa Teoria era fazer da pena uma sanção justa e necessária, para que dessa forma se firmasse a idéia de intimidação do delinquente. As sanções continuavam sendo aplicadas, mas tinham como objetivo ressocializar o preso de maneira com que pudesse voltar a viver na sociedade harmonicamente.

Igualmente entende José Carlos Daumas Santos (2005, p. 23), ao afirmar que “[...] a pena deve alcançar uma prevenção especial, visando à pessoa do criminoso e sua correção e ressocialização”.

Essa Teoria também recebeu críticas, principalmente em relação ao caráter ressocializador, mencionando Luiz Flávio Gomes (2007, p. 685) que o objetivo dessa Teoria (de ressocializar) não poderia ser o único a ser sustentado, visto que somente preservava a integridade do indivíduo infrator, deixando de lado a preocupação com os membros da sociedade.

Essa Teoria, em síntese, tinha o objetivo de ressocializar o infrator e também foi subdividida em Teoria da Prevenção Especial Positiva e Teoria da Prevenção Especial Negativa, conforme se menciona a seguir, de forma breve.

2.1.3.1 Prevenção Especial Positiva

A Teoria da Prevenção Especial Positiva tem por escopo à reeducação, à correção do indivíduo através da pena.

A Prevenção Especial Positiva, de acordo com Claus Roxin (1988, p. 90), trata a pena como um instrumento de correção, com a intenção de incidir na personalidade do delinquente e fazer com que este deixe de cometer novos delitos, evitando, desta forma, a sua reincidência.

Essa Teoria, segundo Claus Roxin (1988, p. 90), tem como missão fazer com que o indivíduo desista de cometer novas infrações porque sabe que será penalizado, possuindo, portanto, um caráter ressocializador, que tem a intenção de fazer com que o autor reflita sobre a conduta delituosa e sobre as suas prováveis consequências. Assim, pode-se dizer que a Prevenção Especial Positiva visa à ressocialização, à reeducação do criminoso.

Esclarece Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 462), inclusive, que esta Teoria precisa da ajuda de assistentes sociais, psicólogos, sociólogos, entre outros, para chegar à sua finalidade, que é a ressocialização do infrator, a qual é buscada mediante a imposição de sanções, visando o retorno do delinquente a vida em sociedade.

E, como todas as outras Teorias, esta também sofreu críticas, pelo fato do Estado não ser capaz de "corrigir" ou "ressocializar" os cidadãos por meio da pena, ressaltando Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 86), nesse contexto, que a pena como função ressocializadora é uma hipocrisia. A função atribuída à pena é uma grande farsa. Criminosos, ao entrarem em penitenciárias não são ressocializados, muito pelo contrário, eles aprendem uma nova forma de cometer crimes para que possam garantir a sua sobrevivência dentro de um local onde o ambiente é desprovido de dignidade.

De acordo com o autor, ao cumprir a sua pena o indivíduo sai da prisão muito mais perigoso e marginalizado que antes e, obviamente, não estará pronto a ser reintegrado no seio coletivo (BITENCOURT, 2002, p. 87), complementando Luiz Regis Prado (2004, p. 560), nesse contexto, que a forma de punir não é correta, é desproporcional e muitas vezes viola diversos princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade.

2.1.3.2 Prevenção Especial Negativa

Segundo a Teoria da Prevenção Especial Negativa, a pena tem um caráter intimidativo, almejando que o indivíduo não cometa novos delitos.

Segundo essa Teoria, o delinquente que cometeu um crime deve ser retirado da sociedade, deve ser separado da convivência social e inserido nas penitenciárias.

Assim entende Paulo Queiroz (2005, p. 54), ao afirmar que a Teoria da Prevenção Especial Negativa tem, por finalidade, tentar impedir a reincidência do indivíduo mediante tratamentos terapêuticos realizados dentro das penitenciárias, com o intuito de que em tempo futuro ele possa ser reintegrado ao meio social.

Isola-se o delinquente - que é tido como indivíduo nocivo e perigoso - para que assim possa ser feito o tratamento, com a suposta cura. (QUEIROZ, 2005, p. 54).

A Prevenção Especial Negativa tem por escopo a inocuização e a intimidação do delinquente através do isolamento, buscando impedir a reincidência do agente infrator. Baseia-se na premissa de que “[...] a privação de liberdade do condenado produz segurança social [...]”. (SANTOS, 2007, p. 459).

Essa Teoria, porém, também foi alvo de críticas, tendo em vista que é ilusório acreditar que a remoção do criminoso do convívio social para uma penitenciária irá impedi-lo de cometer novos crimes. Por estas razões, salientam Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2003, p. 127-128) que não há como acreditar nas penas privativas de liberdade defendidas pela Teoria da Prevenção Especial Negativa.

Ainda, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 476-477), a Teoria da Prevenção Especial Negativa de neutralização do condenado mediante a privação de liberdade possui os seguintes aspectos contraditórios: 1º) a privação da liberdade produz maior reincidência e, portanto, maior criminalidade, ou pelo menos, reais efeitos nocivos da prisão; 2º) a privação da liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado; 3º) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado; 4º) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado, que excluem a reintegração social; e 5º) o grau de periculosidade criminal do condenado passa a ser proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior for a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior será a reincidência.

Compreendida melhor a Teoria da Prevenção Geral e a Teoria da Prevenção Especial, analisa-se a Teoria Mista ou Unificadora.

2.1.4 Teoria Mista ou Unificadora

A Teoria Mista ou Unificadora atribui à pena um caráter retributivo e preventivo. Por isso diz-se que essa Teoria é a combinação das duas Teorias anteriores (Teoria Retributiva e Teoria Preventiva).

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2004, p. 100) explica que de acordo com a Teoria Mista ou Unificadora, “a pena que serve para retribuir é a que também servirá para prevenir [...]”. [sem grifos no original].

Para Paulo Queiroz (2005, p. 57), as Teorias Ecléticas ou Mistas procuram “[...] unir justiça e utilidade, razão pela qual a pena somente será legítima na medida em que seja contemporaneamente justa e útil”. [grifos do autor].

Ressalte-se que assim como ocorreu com a Teoria Retributiva e a Teoria da Prevenção Geral e Especial, a Teoria Mista ou Unificadora também recebeu críticas.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2003, p. 462), essa Teoria também sofreu críticas negativas porque reuniu aspectos das Teorias Retributivas e das Teorias da Prevenção Geral e Especial, porém, as falhas destas duas Teorias não foram supridas, e continuaram a existir.

Em outras palavras, a Teoria Mista ou Unificadora foi criticada pela impossibilidade de associação de duas Teorias que, na verdade, são contrapostas, ou seja, uma determina que a pena tenha um caráter retributivo e a outra, um fim preventivo.

Compreendidas as principais Teorias que dizem respeito à finalidade da sanção penal, discorre-se, a seguir, sobre a Teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.5 Teoria adotada no Brasil

Primeiramente tem-se que no Brasil, o Código Penal, em seu artigo 59, determina, no tocante à aplicação da pena, que ela seja “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”, adotando, portanto, a Teoria Mista ou Unificadora:

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

Assim sendo, tem-se que:

A reprovação exprime a idéia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime abrange as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal. (SANTOS, 2007, p. 463). [grifos do autor].

Claus Roxin (1998, p. 92) preceitua que na legislação brasileira adotou-se a Teoria Mista ou Unificadora. De acordo com o autor, a interpretação do artigo 59 do Código Penal é padronizada no sentido da adoção de uma Teoria Mista, em que não existe a prevalência de um determinado fator, ou seja, não existe a prevalência da retribuição nem da prevenção, porque tais fatores coexistem, somando-se sem que exista uma hierarquia. Todavia, este entendimento não é pacífico.

Segundo José Carlos Daumas Santos (2005, p. 24), infere-se, pelo estudo da Lei de Execução Penal, especialmente do disposto no seu artigo 1º, que desde 1985 a legislação brasileira adotou a Prevenção Especial, além da função ressocializadora na execução da pena.

Porém, Paulo Queiroz (2005, p. 33), de uma forma mais detalhada, explica que percebe-se que as leis brasileiras apresentam finalidades diferentes no tocante à finalidade da pena. Deste modo, prossegue o autor, a Lei dos Crimes Hediondos tem como valor preponderante a Prevenção Geral Negativa, enquanto na Lei de Execução Penal prevalece a ressocialização (finalidade Preventiva Especial Positiva), ao passo que a Lei dos Juizados Especiais Criminais, por sua vez, tem a finalidade de reparação do dano, que é a retribuição.

Enfim, verifica-se que no ordenamento jurídico pátrio a pena orienta-se tanto pela Teoria Retributiva quanto pela Teoria Preventiva, ou seja, a pena serve tanto para retribuir o mal causado, realizando justiça, como para prevenir novos crimes.

Mas, não entrando-se no mérito dessa questão, tendo em vista que esse tema não é o objeto central do presente estudo, aborda-se, a seguir, a finalidade da pena na Lei de Execução Penal, LEP.

2.1.5.1 A finalidade da sanção penal na LEP - Lei de Execução Penal

A reinserção do sentenciado ao convívio social é a finalidade primordial da Lei Execução Penal. Busca-se uma finalidade mais humanista à pena, buscam-se meios de se individualizar a pena, de acordo com a personalidade de cada indivíduo, não visando somente à retribuição pelo ilícito praticado.

Tanto que na Exposição de Motivos da LEP, Lei de Execução Penal, determina-se que a pena deve realizar a proteção de bens jurídicos e a reincorporação do autor do crime à sociedade.

O objetivo preconizado pela Lei de Execução Penal, portanto, é a reeducação do condenado para a inserção social, ao dispor, em seu artigo 1º que: “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. [original não grifado].

No entanto, esclarece César Barros Leal (2001, p. 40-41) que:

A prisão, em lugar de um instrumento de ressocialização, de educação para a liberdade, vem a ser, não importam os recursos materiais disponíveis, um meio corruptor, um núcleo de aperfeiçoamento no crime, onde os primários, os menos perigosos, adaptam-se aos condicionamentos sociais intramuros, ou seja, assimilam, em maior ou menor grau, os usos, os costumes, hábitos e valores da massa carcerária.

[...].

É de basilar importância desmistificar o raciocínio de que a prisão deve ter como fim precípua a ressocialização dos condenados, até porque é cediço a compreensão de que não se pode ensinar no cativeiro a viver em liberdade, descabendo cogitar-se de ressocializar quem de regra sequer foi socializado.

E é exatamente porque a pena não atinge os fins sociais previstos de prevenção e também em razão dos malefícios que ela causa que passou-se a questionar a sua validade como forma de readaptação, reeducação e reinserção do condenado. (TORRENS, 2003, p. 63).

Julio Fabrini Mirabette (2002, p. 245), também nesse contexto, esclarece que a pena, desde a sua origem até hoje, sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, acrescentando-se, a ela, uma finalidade de prevenção e de ressocialização do criminoso.

E, segundo o autor, enquanto se proclama na Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal o princípio de que as penas devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade, a realidade demonstra que a pena continua a ser necessária como medida de justiça, reparadora, “[...] mas as suas finalidades adicionais, tais como prevenir a prática de novos delitos e promover a reinserção social do condenado não são satisfatoriamente cumpridas”. (MIRABETE, 2002, p. 245).

A realidade da execução penal, no Brasil, está longe de alcançar o objetivo proposto pelo legislador, principalmente no que se refere à ressocialização do delinquente. No entanto, a pena privativa de liberdade continua a ser necessária, enfatizando Tailson Pires Costa (2003, p. 15) que a prisão é uma exigência amarga, mas imprescindível, ou seja, é um “mal necessário”.

É por meio da progressão de regime, prevista na Lei de Execução Penal, que o indivíduo, de forma lenta e gradual, passa a “resgatar” seus direitos. A progressão de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso é direito do sentenciado (desde que cumprido os requisitos legais) e configura-se como um estímulo para que o mesmo tenha um bom comportamento e para que haja a sua reeducação para a inserção social.

3 O CUMPRIMENTO DA PENA

3.1 Breve Menção aos Principais Sistemas Penitenciários

Existiram três sistemas penitenciários considerados principais: o Filadélfia, o Auburn e o Progressivo. Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 171) explicam:

Filadélfia: o sentenciado cumpre sua pena integralmente na cela, sem dela nunca sair.

Auburn: o sentenciado trabalha com outros sentenciados durante o dia e à noite vai para sua cela.

Inglês ou Progressivo: há um período inicial de isolamento. Após esse período, passa-se a trabalhar com outros presos durante o dia e a ficar na cela à noite. E, finalmente, o sentenciado é posto em liberdade condicional. [grifos do autor].

O sistema de Filadélfia (também chamado de sistema pensilvânico ou celular) caracterizava-se pelo isolamento permanente do condenado, com o cumprimento integral da pena em regime fechado, sendo considerado, portanto, o mais severo dos sistemas existentes. (MORAES; SMANIO, 2006, p. 171).

Segundo Luiz Régis Prado (2005, p. 348), de acordo com esse sistema o condenado deveria permanecer em constante isolamento (*solitary system*), sendo vedado o contato com o mundo exterior (proibição de visitas) e o trabalho prisional.

De acordo com Laertes de Macedo Torrens (2003, p. 55-56), esse sistema fracassou basicamente por dois motivos: pelo isolamento absoluto do recluso e pela ociosidade imposta aos internos, salientando o autor, inclusive, que “as práticas isolacionistas, cerne do sistema filadélfico, constituíram-se em um instrumento de controle e dominação inútil para obtenção da regeneração, ressocialização do apenado”.

As condições rigorosíssimas a que se submetiam os condenados “[...] exasperavam o sofrimento, afetavam a saúde física e psíquica dos apenados e de modo algum os preparavam para o retorno à sociedade livre”. (LEAL, 2001, p. 35).

O sistema de Auburn (ou auburniano), por sua vez, era menos severo: permitia-se o trabalho coletivo durante o dia e o isolamento à noite, salientando Luiz

Régis Prado (2005, p. 349) que esse sistema sustentava o caráter retributivo e punitivo da sanção penal.

De acordo com Laertes de Macedo Torrens (2003, p. 56), ainda, o modelo auburniano impunha ao condenado o silêncio absoluto (*silent system*). Tinha, como viga mestra, o trabalho penal com o fim de reabilitar o condenado à vida social.

No entanto, esses dois sistemas (pensilvânico e auburniano), esclarece César Barros Leal (2001, p. 36), começaram a declinar e abriram caminho para novas propostas, que buscariam diminuir suas falhas e limitações, surgindo, então, o sistema progressivo.

O sistema Progressivo (ou Inglês) tinha como finalidade reintegrar o condenado, de forma gradativa, ao convívio social, possuindo três etapas com gradativas concessões de benefícios: a primeira consistia no isolamento absoluto do condenado; a segunda consistia na fase do trabalho; e a terceira consistia na liberdade condicional. (TORRENS, 2003, p. 56).

Laertes de Macedo Torrens (2003, p. 57) explica, ainda nesse contexto, que o sistema progressivo (ao contrário do regime filadélfico ou de auburn), passou a buscar a recuperação do condenado, diminuindo o rigor e a severidade dos sistemas anteriores, distribuindo a pena em períodos ou etapas e concedendo ao apenado determinados privilégios ao final de cada estágio.

César Barros Leal (2001, p. 36) traz, sobre o sistema progressivo, a seguinte assertiva:

Os sistemas progressivos, organizados em três ou quatro etapas, de rigor decrescente, utilizavam a conduta e o trabalho como meios de avaliação, preparavam o recluso gradativamente para a vida em liberdade e tiveram aceitação universal, de modo que em dezenas de países, com esta ou aquela variação, emprega-se hoje a progressividade na execução da pena, tendo como objetivo final o reingresso do condenado na sociedade. (LEAL, 2001, p. 360). [sem grifos no original].

Ressalte-se que no Brasil, especificadamente, durante o Código de 1940 somente os condenados à pena de reclusão eram submetidos à progressividade, conforme menciona Irene Batista Muakad (2002, p. 54). Inicialmente, o recluso permanecia em isolamento absoluto por um período máximo de três meses; após, passava a trabalhar dentro ou fora do presídio e mantinha-se o isolamento noturno; em seguida, era transferido para uma colônia penal ou

estabelecimento penal (após ter cumprido metade da pena - se o crime estabelecesse pena menor de três anos; ou após ter cumprido um terço da pena - se o crime estabelecesse penas maiores que três anos); e, por fim, concedia-se ao preso o livramento condicional. (MUAKAD, 2002, p. 54-55).

Com as alterações do Código de 1940 e a redação dada pela Lei n. 6.416/77 (que alterou alguns dispositivos do Código Penal e Código de Processo Penal), explica Irene Batista Muakad (2002, p. 57), o período de isolamento absoluto imposto ao condenado na primeira fase do cumprimento da pena passou a ser facultativo e possibilitou-se o sistema de execução em três regimes: fechado, semiaberto e aberto, ressaltando a autora, inclusive, que permitiu-se que o início do cumprimento da pena se desse em regimes menos severos, dependendo do tempo da pena e da periculosidade do condenado.

E, após, no ano de 1984, “opera-se a Reforma da Parte Geral do Código Penal e é editada a Lei de Execução Penal, ambas valorizando o sistema progressivo anteriormente consagrado, mas vinculando-o ao mérito do condenado”. (MUAKAD, 2002, p. 58).

Adotou-se, portanto, no Brasil, um sistema parecido com o Sistema Progressivo ou Inglês, com algumas diferenciações, conforme salienta Julio Fabrini Mirabette (2005, p. 250), ressaltando Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 173), inclusive, que como a finalidade da pena é reintegrar o sentenciado ao convívio social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutações ditadas pelas respostas do condenado ao tratamento penitenciário.

Desta forma, a execução de forma progressiva, no ordenamento jurídico brasileiro, permite a transferência do condenado de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em Lei, podendo-se dizer, portanto, que o Brasil adotou um Sistema Progressivo, mas com características próprias, uma vez que permite a forma progressiva de execução de penas segundo o mérito do condenado, consoante determinação do artigo 112 da LEP, Lei de Execução Penal.

Assim entende Damásio Evangelista de Jesus (2004, p. 521), ao ressaltar que o Brasil não adotou “o” sistema progressivo, mas “um” sistema progressivo (forma progressiva de execução), visando à ressocialização do criminoso.

Enfim, três são os regimes de execução de pena privativa de liberdade previstos no direito penal brasileiro, conforme se verá a seguir.

3.2 Regimes de Cumprimento da Pena

Inicialmente, tem-se que a pena privativa de liberdade poderá ser cumprida em três tipos ou espécies de regime, fixados pelo magistrado no momento da prolação da sentença penal condenatória.

Este regime fixado pelo juiz, no entanto, é inicial e não definitivo, tendo em vista que a Lei de Execução Penal, LEP, prevê a execução da pena de forma progressiva, com a possibilidade de regressão ou progressão.

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 514-515):

Os regimes de execução da pena privativa de liberdade são estruturados conforme critérios de progressividade (regra) ou de regressividade (exceção), instituídos com o objetivo explícito de humanizar a pena privativa de liberdade, segundo duas variáveis: o mérito do condenado e o tempo de execução da pena [...].

O regime inicial de execução da pena privativa de liberdade é determinado na sentença criminal condenatória (art. 59, III, CP): o regime fechado depende exclusivamente da quantidade da pena aplicada; o regime semi-aberto e o regime aberto dependem da quantidade da pena aplicada e da primariedade do condenado. [grifos do autor].

O artigo 110 da Lei de Execução Penal determina que deverá o juiz, na sentença, estabelecer o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena: “Art. 110. O juiz, na sentença, estabelecerá o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade, observado o disposto no art. 33 e seus parágrafos do Código Penal”.

De acordo com o artigo 33, § 2º do Código Penal, ainda, o condenado a pena superior a oito anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; o condenado cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, desde que não seja reincidente; e, por fim, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá cumprir a pena em regime aberto:

Art. 33. [...].

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

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Ressalte-se, ainda, que a Lei n. 8.072 de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), criou o regime integralmente fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Porém, no ano de 2006 o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, previsto no § 1º do artigo 2º da referida Lei.

No ano de 2007 entrou em vigor a Lei n. 11.464, que deu nova redação ao § 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, determinando que a pena por crimes hediondos e equiparados deveria ser cumprida “inicialmente” em regime fechado e não mais “integralmente” em regime fechado.

Assim sendo, passou a ser admitida a progressão de regime nos crimes hediondos e assemelhados, havendo uma diferenciação, no entanto, em relação ao mínimo do lapso temporal a ser cumprido para que o apenado progrida de regime, sendo de dois quintos da pena se o apenado for primário e três quintos da pena se o réu for reincidente.

Art. 2º. [...].

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Ainda, necessário se faz mencionar que nos crimes cometidos contra a administração pública, a progressão de regime ficará condicionada à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilícito praticado, conforme determinação da Lei n. 10.763 de 12 de novembro de 2003, que acrescentou o § 4º ao artigo 33 do Código Penal Brasileiro:

Art. 33. [...].

§ 4º. O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Feitas essas considerações gerais acerca dos regimes de cumprimento de pena, analisa-se, a seguir, os três regimes existentes no direito penal brasileiro.

3.2.1 Fechado

O regime fechado deverá ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média, obrigatoriamente, quando a pena for superior a oito anos, mesmo que o réu não seja reincidente.

Art. 33. [...].

§ 1º. Considera-se:

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

Embora o Código Penal não tenha definido o que se entende por estabelecimento de “máxima ou média” segurança, quis o legislador referir-se aos estabelecimentos prisionais fechados, ou seja, as chamadas “penitenciárias”, as quais são destinadas aos presos mais perigosos.

Segundo Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 176):

O regime fechado caracteriza-se pela limitação das atividades em comum dos presos e por maior controle e vigilância sobre eles.

Devem cumprir pena nesse regime os presos de periculosidade extrema, assim considerados na valoração de fatores objetivos: quantidade de crimes, penas elevadas no período inicial de cumprimento, presos reincidentes.

O artigo 34 do Código Penal traz as “regras” do regime fechado:

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

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

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

§ 3º. O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

No entanto, salienta Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 519) que a realidade carcerária do regime fechado constitui negação absoluta do programa do legislador, tendo em vista que o trabalho interno comum é privilégio de poucos condenados; o trabalho externo em serviços ou obras públicas é raríssimo; e o isolamento durante o repouso noturno é excluído pela superpopulação carcerária.

O regime fechado caracteriza-se pelo maior controle e vigilância dos condenados e destina-se aos presos de extrema periculosidade, tendo, como finalidade, a reinserção do delinquente à sociedade.

Porém, constata-se que os estabelecimentos prisionais brasileiros não cumprem com a função que lhes foi destinada e a maioria deles não atende as condições básicas preconizadas pelo artigo 88 da LEP, tais como: alojamento em cela individual com área mínima de 06 (seis) metros quadrados, salubridade do ambiente, etc.

Enfim, as questões referentes à prisão são problemáticas no Brasil, pois a prisão não tem regenerado, educado, ressocializado ou recuperado o condenado para sua vida em liberdade. Por isso, afirma Valdir Sznick (2001, p. 257) que sabidos são os males da prisão e hoje quase todas não passam de “depósitos de presos”. No entanto, a prisão continua sendo o remédio doloroso de que dispõe o Estado para sancionar o infrator da lei penal. (LEAL, 2002, p. 111).

3.2.2 Semiaberto

O regime semiaberto deverá ser cumprido em colônia agrícola, industrial, ou estabelecimento similar (artigo 91 da LEP), sempre que a pena for superior a quatro anos e inferior a oito.

Art. 33. [...].

§ 1º. Considera-se:

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Esse regime também é denominado “regime intermediário”, uma vez que encontra-se no meio a dois extremos: o regime fechado, que é o mais rigoroso e o regime aberto, que é o mais brando, explicando Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 176) que “há condenados a penas de média ou curta duração que têm, desde logo, aptidão para o regime semiaberto, sendo desnecessário seu recolhimento inicial em regime fechado”.

De acordo com Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 177), no regime semiaberto:

[...] a preocupação com a segurança é menor do que a prevista nas penitenciárias, fundando-se, principalmente, na capacidade de senso de responsabilidade do condenado, estimulado e valorizado, que o leva a cumprir com os deveres próprios de seu *status*, em especial, o de trabalhar, submeter-se à disciplina e não fugir.

No regime semiaberto, portanto, não há necessidade de segurança e vigilância extremas. Os presos podem movimentar-se com certa liberdade e o seu sentido de responsabilidade deve ser enfatizado, possuindo esse sistema, como finalidade primordial, o trabalho do condenado, para que este se sinta mais útil e para que ocupe o tempo ocioso de forma produtiva.

No artigo 35 do Código Penal encontram-se as “regras” do regime semiaberto:

Art. 35. [...].

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

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

Enfim, verifica-se que o regime semiaberto possui um rigor intermediário entre os regimes fechado e aberto e caracteriza-se pelo trabalho comum (interno ou externo) durante o dia; pelo recolhimento noturno; e pela permissão de frequência do condenado a cursos profissionalizantes.

3.2.3 Aberto

O regime aberto deverá ser cumprido em casa de albergado (prisão albergue) ou estabelecimento adequado, e o recolhimento do preso, nesse caso, se dá apenas no período noturno e nos dias de folga.

Art. 33. [...].

§ 1º. Considera-se:

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O regime aberto restringe-se aos condenados não reincidentes e cuja pena tenha sido igual ou inferior a quatro anos.

O regime aberto, explicam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 178), “[...] constitui-se em uma modalidade ou espécie do gênero prisão aberta, ou prisão noturna ou ‘semi-liberdade’” e funda-se:

Na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado [...].

Este deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. [...].

Igualmente entende Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 520), ao dispor que:

O regime aberto tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado [...] e se caracteriza pela liberdade sem restrições para o trabalho externo, frequência a cursos e outras atividades autorizadas durante o dia e pela liberdade restringida durante a noite e dias de folga [...]. [grifos do autor].

No regime aberto, portanto, o condenado pode, durante o dia e sem vigilância, trabalhar, estudar ou dedicar-se a outras atividades fora do estabelecimento, devendo recolher-se à casa de albergado (ou prisão albergue) à noite e nos dias de folga.

No entanto, para que o apenado cumpra a pena no regime aberto não basta o cumprimento dos requisitos objetivos e subjetivos (cumprimento do lapso temporal e atestado de conduta carcerária firmado pelo diretor do estabelecimento

prisional). Há, também, a necessidade de aceitação do programa e das condições impostas pelo juiz.

Segundo o artigo 113 da LEP, Lei de Execução Penal, “o ingresso do condenado em regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz”, ao passo que o artigo 114 enumera duas exigências a serem cumpridas pelo condenado que ingressa no regime aberto: 1ª) a possibilidade de vir a exercer imediatamente um emprego (requisito de ordem material); e 2ª) o ajustamento com responsabilidade e autodisciplina ao novo regime (requisito de ordem pessoal).

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:
I - estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;
II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Assim sendo, o ingresso no regime aberto pressupõe que o condenado esteja trabalhando (ou que esteja em condições de trabalho imediato); pressupõe a possibilidade de ajustamento ao regime; e, ainda, pressupõe a aceitação do programa e das condições impostas pelo juiz (arts. 113 e 114 da LEP). (SANTOS, 2007, p. 520).

Ressalte-se, ainda, que o artigo 117 da LEP determina que poderão ser dispensados do trabalho e cumprir pena em residência particular: 1) o condenado maior de setenta anos; 2) o condenado acometido de doença grave; 3) a condenada com filho menor ou com filho portador de deficiência física ou mental; e 4) a condenada gestante.

Art. 114. [...].
§ único. Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
II - condenado acometido de doença grave;
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
IV - condenada gestante.

No inciso I, constata-se que a Lei presume, ao condenado maior de setenta anos, uma menor periculosidade e maiores dificuldades de suportar o regime da pena; no inciso II, a Lei estabelece a prisão domiciliar no caso de condenado acometido de doença grave, presumindo a necessidade de tratamento ao condenado ou por entender que o cumprimento da pena poderá agravar a situação do condenado, colocando sua vida em risco; no inciso III, trata-se de condenada com filho menor ou portador de deficiência física ou mental, protegendo, a Lei, nessa hipótese, não somente a sentenciada, como também a criança que necessita de cuidados frequentes e especiais; e, por fim, no inciso IV se prevê a possibilidade da condenada gestante cumprir pena em regime de prisão domiciliar, para que a mesma tenha meios de proporcionar melhores condições de saúde e higiene durante o período de gestação e parto. (MORAES; SMANIO, 2006, p. 192).

Segundo Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 192), ainda:

O fato de o condenado recolher-se em residência particular não significa que esteja dispensado das normas de conduta do regime.

Restrições, obrigações e horários deverão ser observados pelo condenado, sob pena de revogação do regime.

Está ele também obrigado a trabalho, a menos que suas condições de saúde ou encargos domésticos não o permitam, caso em que poderá ser dispensado da obrigação pelo juiz da execução. [sem grifos no original].

Verifica-se que o regime aberto deverá ser cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado. No entanto, os condenados que se encontrem nas hipóteses do artigo 117 da LEP poderão cumprir pena em sua residência.

Por fim, importante mencionar-se, ainda nesse contexto, que embora o juiz somente possa determinar a prisão domiciliar nas hipóteses do artigo 117 da LEP, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que se o sentenciado tem o direito ao regime aberto e encontra-se impedido de exercê-lo por falta de local apropriado, poderá cumprir a pena em prisão domiciliar, pois a omissão do Poder Público em construir ou adaptar casa para os albergados não pode prejudicar o sentenciado ou impor-lhe cumprimento de pena em regime mais rigoroso do que aquele que lhe é garantido pela legislação. (MORAES; SMANIO, 2006, p. 193).

Compreendido melhor os regimes de cumprimento da pena, discorre-se, a seguir, sobre a progressão.

3.3 Progressão de Regime

De acordo com o *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84, a pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva, ou seja, do regime mais rigoroso para o menos rigoroso.

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

Assim, se o condenado iniciou a pena em regime fechado, passará para o regime semiaberto (regime intermediário), e após, ao regime aberto. Conseqüentemente, se o condenado iniciou o cumprimento da pena em regime semiaberto, passará para o regime aberto.

As etapas para a progressão de pena devem, necessariamente, ser cumpridas e por isso, a legislação penal veda a chamada “progressão por saltos” (ou *per saltum*), em que o condenado “pula” o regime intermediário.

Porém, embora haja a inadmissibilidade dessa progressão pela legislação penal brasileira, constata-se que o Supremo Tribunal Federal, STF, tem admitido, em hipóteses excepcionais, a progressão por saltos, conforme será demonstrado no último capítulo desse estudo.

Analisa-se, a seguir, os critérios objetivos e subjetivos a serem cumpridos pelo apenado para que o mesmo possa progredir de regime.

O critério objetivo diz respeito ao cumprimento da pena e o critério subjetivo diz respeito ao mérito, ao bom comportamento carcerário do apenado, podendo-se afirmar que “a progressão de regime prisional, desde que satisfeitos os requisitos legais, é um direito público subjetivo do sentenciado”. (MARCÃO, 2006, p. 116). [sem grifos no original].

O sistema de execução penal, portanto, “exige um requisito de caráter objetivo, que diz respeito ao *quantum* do cumprimento da pena no regime anterior e um requisito de caráter subjetivo, que se refere ao mérito do condenado [...]”. (MUKAD, 2002, p. 59).

Ressalte-se que os dois requisitos devem ser atendidos para que a progressão de regime possa subsistir, não bastando apenas o cumprimento de um deles e, ainda, que a progressão de regime exige decisão judicial motivada, precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa, consoante determinação do § 1º do artigo 112 da LEP.

3.3.1 Critério objetivo

O critério objetivo a ser cumprido pelo apenado para que ele progrida de regime refere-se ao lapso temporal.

Desta forma, o condenado, para progredir de regime, deve, primeiramente, ter cumprido 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, consoante determinação do artigo 112 da LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior [...]. [sem grifos no original].

Em se tratando de crimes hediondos ou equiparados, o lapso temporal a ser cumprido para que o apenado progrida de regime não será mais de 1/6 (um sexto). Será de 2/5 (dois quintos) se o réu for primário e 3/5 (três quintos) se for reincidente, consoante determinação do § 2º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos:

Art. 2º. [...].
§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. [sem grifos no original].

Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 515 a 517) explica:

A progressão significa a transferência do preso de regime de maior rigor para regime de menor rigor punitivo, após cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento (art. 112 da LEP), mediante

decisão judicial motivada precedida de manifestação do Ministério Público e da Defesa (art. 112, § 1º da LEP).

[...].

Contudo, a regra da progressividade fundada no tempo de execução e no comportamento do condenado admite restrições e exceções definidas em lei.

As restrições legais referem-se aos condenados por crimes contra a administração pública (art. 33, § 4º, CP), em que a progressão de regime depende da condição complementar de reparação do dano ou de devolução do produto do crime realizado.

[...].

As exceções legais têm por objeto condenados por crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo [...]. [grifos do autor].

Nos crimes cometidos contra a administração pública, a progressão de regime ficará condicionada à reparação do dano causado ou à devolução do produto do ilícito praticado, conforme determinação da Lei n. 10.763 de 12 de novembro de 2003, que acrescentou o § 4º ao artigo 33 do Código Penal Brasileiro:

Art. 33. [...].

§ 4º. O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Renato Marcão (2006, p. 118), no entanto, entende, em relação ao § 4º do artigo 33 do CP que:

Condicionar em tais casos a progressão de regime prisional à reparação do dano por certo acarretará uma série de problemas, e o benefício não poderá ser negado [...].

Ademais, se comprovado *plenamente* a impossibilidade de reparação do dano ou recomposição do patrimônio lesado, a vedação da progressão seria contrária aos objetivos da Lei de Execução Penal [...]. [grifos do autor].

Enfim, essas são as duas peculiaridades relacionadas à progressão de regime: o lapso temporal diferenciado nos crimes hediondos e equiparados e a ressalva aos crimes cometidos contra a administração pública.

Nos demais crimes, para que o condenado progrida de regime deve, necessariamente, cumprir 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior, além de apresentar bom comportamento carcerário.

3.3.2 Critério subjetivo

O critério subjetivo exigido para que o apenado progrida de regime diz respeito ao bom comportamento carcerário, conforme determina a parte final do artigo 112 da LEP, Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva [...], quando o preso [...] ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. [sem grifos no original].

Ressalte-se que a redação anterior do artigo 112 da LEP exigia a comprovação do “mérito” para a progressão de regime, devendo a decisão ser motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Entretanto, embora a comprovação do mérito não seja mais exigida por Lei, entende Renato Marcão (2006, p. 116) que “[...] o direito à progressão ainda repousa no binômio *tempo e mérito*”. [grifos do autor].

Prosseguindo, tem-se que o requisito subjetivo é comprovado pelo atestado de conduta carcerária, assinado pelo diretor do estabelecimento no qual o sentenciado cumpre sua pena.

Assim, além do lapso temporal a ser cumprido basta o bom comportamento do preso para que ele tenha o direito à progressão, ou seja, “[...] o preso que não ostentar bom comportamento carcerário não reunirá mérito para a progressão”. (MARCÃO, 2006, p. 119).

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 187) explicam:

Assim, enquanto a colaboração nos trabalhos internos, o respeito à hierarquia e disciplina da administração do presídio, o respeito aos funcionários e demais presos constituem elementos positivos para a análise do mérito do sentenciado, a tentativa de fuga, rebeliões e demais faltas disciplinares demonstram a presença de demérito, caractere impossibilitador da progressão para um regime mais brando de cumprimento da pena.

Alguns autores entendem, ainda, que o atestado de conduta carcerária é suscetível de falhas, ou seja, o bom comportamento apresentando no sistema prisional não impede o preso de reincidir novamente.

Vejam-se, nesse sentido, as considerações de Renato Marcão (2006, p. 120):

Bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional; bem por isso não cogitar, no momento da elaboração do “atestado”, sobre eventual propensão à reincidência, consciência e arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido o preso.

Irene Batista Muakad (2003, p. 60), *apud* Heleno Cláudio Fragroso (1985, p. 304) também nesse contexto, menciona que o sistema progressivo, baseado no bom comportamento carcerário está posto em xeque, tendo em vista que a prisão constitui um sistema de convivência anormal, violento, sujeito a pressões intoleráveis e o bom comportamento do preso pode indicar apenas deformação da personalidade, adaptada aos padrões carcerários.

Porém, como a Lei exige a demonstração do bom comportamento do preso comprovado pelo atestado de conduta carcerária, esse requisito subjetivo, ainda que um pouco falho, deve ser observado e cumprido, do contrário, a progressão de regime não será concedida.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça:

A progressão de regime de cumprimento da pena (fechado para o semiaberto) passou a ser direito do condenado, bastando que se satisfaça dois pressupostos: o primeiro, de caráter objetivo, que depende do cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena; o segundo, de caráter subjetivo, relativo ao bom comportamento carcerário, que deve ser atestado pelo diretor do estabelecimento prisional. Embora temerário substituir a exigência de parecer da Comissão Técnica de Classificação e a submissão do presidiário a exame criminológico – como condição à eventual direito de progressão do regime fechado para o semiaberto – por simples atestado de boa conduta firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, essa foi a intenção do legislador ao editar a Lei 10.792/2003, que deve ser observada pelo Juízo das Execuções Penais, sob pena de violação ao disposto no aludido artigo 112 da LEP, em sua nova redação. (BRASIL. STJ. HC 38.602-PR, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 17-12-2006, Revista Jurídica n. 327, Jurisprudência Penal, p. 163; Boletim IBCCrim n. 147, Jurisprudência, p. 869). [sem grifos no original].

Verifica-se que a partir da vigência da Lei n. 10.792/03 (que alterou alguns dispositivos da Lei de Execução Penal e do Código de Processo Penal),

tornou-se inexigível o parecer da Comissão Técnica de Classificação para a progressão do regime prisional (Comissão esta que era composta pelo diretor do presídio, por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social), bastando, agora, o atestado de boa conduta do sentenciado, assinado pelo diretor do estabelecimento prisional.

Porém, esclarece Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 492) que o parecer da Comissão Técnica de Classificação, na realidade, não foi extinto pela nova Lei. O parecer somente será solicitado em situações necessárias para a formação da convicção do julgador.

De acordo com o autor, portanto, o parecer da Comissão Técnica de Classificação deixou de ser obrigatório e passou-se a exigir o atestado de boa conduta carcerária, fornecido pelo diretor do presídio, mas o juiz da execução penal pode, em determinadas situações, solicitar a realização do exame criminológico ou mesmo ouvir a Comissão Técnica de Classificação para autorizar a progressão, mesmo porque, o artigo 8º da LEP (que preceitua que o condenado ao cumprimento da pena em regime fechado será submetido a exame criminológico) não foi alterado. (NUCCI, 2008, p. 492).

Desta forma, entende-se que:

[...] jamais se poderia considerar extinta ou afastada a possibilidade de, para formar o seu convencimento, o magistrado ficar entregue a um simples atestado de boa conduta carcerária fornecido pela direção do presídio, para todo e qualquer caso, sabe-se lá de que forma e com qual critério.

[...].

Para que o juiz não se limite a requisitos puramente objetivos [...], deve seguir sua convicção, determinando a elaboração de laudo criminológico, quando sentir necessário, fundamentando, é certo, sua decisão, bem como pode cobrar da Comissão Técnica de Classificação um parecer específico, quando lhe for conveniente.

[...] a redação do art. 112, *caput*, da Lei de Execução Penal, menciona que o preso deve ostentar bom comportamento *comprovado* pelo diretor do estabelecimento. Mas essa comprovação pode não se dar de modo suficiente em um singelo atestado de boa conduta, instando o magistrado a demandar outros esclarecimentos, como os dados possíveis de colhimento pelos demais profissionais em exercício no estabelecimento penal. [grifos do autor]. (NUCCI, 2008, p. 493-494).

Por fim, tem-se que a progressão de regime (do mais rigoroso para o menos rigoroso) é um direito do sentenciado estabelecido pela LEP – Lei de Execução Penal, desde que ele cumpra os requisitos (objetivo e subjetivo) determinados por Lei, devendo o juiz fundamentar, sempre, a concessão ou a

denegação da progressão, em virtude do princípio da fundamentação das decisões judiciais.

3.4 Regressão de Regime

A “regressão” de regime é o inverso da “progressão” de regime, ou seja, é a mudança do regime imposto ao condenado, do menos severo para o mais severo.

Desta forma, determina-se, pela regressão, a transferência de regime menos rigoroso para outro mais rigoroso, quando o condenado demonstrar inadaptação ao menos severo. (MORAES; SMANIO, 2006, p. 173).

Veja-se, nesse sentido, a afirmativa de Renato Marcão (2006, p. 145):

Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a *ausência de mérito* é causa determinante de sua *regressão*, que implicará a ordem inversa da progressão. [grifos do autor].

Ainda, de acordo com Juarez Cirino dos Santos (2007, p. 517):

A regressão significa transferência ou retorno do preso para regime de maior rigor punitivo, e pode ocorrer nas hipóteses (a) de prática de fato definido como crime doloso ou de falta grave e (b) de nova pena por crime anterior, cuja soma determine incompatibilidade com o regime atual [...]. [grifos do autor].

Assim sendo, se o condenado encontra-se em regime aberto, a regressão implicará no retorno ao regime semiaberto; e se o condenado se encontra em regime semiaberto, regredirá ao regime fechado.

Essa hipótese encontra-se regulamentada pelo artigo 118 da LEP, o qual prevê a regressão quando o condenado pratica fato definido como crime doloso, quando pratica falta considerada grave, ou quando sofre condenação por crime anterior e a pena (somada ao restante da pena em execução), torna incabível o regime.

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

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

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

O inciso I, primeira parte, refere-se à prática de crime doloso. Neste caso, não é necessário a sentença transitada em julgado: basta que o condenado tenha praticado o crime doloso que regredirá de regime. “[...] não importa a natureza, espécie ou gravidade do crime doloso praticado. Também não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença condenatória transitada em julgado [...]”. (MORAES; SMANIO, 2006, p. 195).

O inciso I, segunda parte, refere-se à prática de falta grave cometida pelo sentenciado, sendo várias as hipóteses de falta grave que implicam em regressão, previstas no artigo 50 da LEP, tais como: fuga, posse indevida de armas, descumprimento das condições impostas ao regime aberto, dentre outras.

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

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

II - fugir;

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

IV - provocar acidente de trabalho;

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

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

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

Ainda, o inciso II do artigo 118 da LEP refere-se à condenação do apenado por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime. Nessa hipótese, também ocorrerá a regressão.

Assim, explicam Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 196): “em decorrência de nova condenação, cujo total da unificação da pena restante com a pena imposta torne incabível o regime semiaberto ou aberto, nos termos do artigo 33 do Código Penal, haverá possibilidade de regressão para um regime de pena menos brando”.

O § 1º do artigo 118 da LEP traz, ainda, a hipótese de regressão no caso do sentenciado frustrar os fins da execução:

Art. 118. [...].

§ 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.

“Frustrar” os fins da execução significa, neste caso, não corresponder o sentenciado às expectativas da execução, ou seja, qualquer ato atentatório as finalidades da execução poderá ser considerado suficiente para regredir o apenado do regime aberto para o semiaberto.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 196) explicam que a circunstância de “frustrar os fins da execução” refere-se ao fato de o sentenciado assumir uma conduta que demonstre incompatibilidade com o regime aberto. Assim, o sentenciado que, por exemplo, provoca a rescisão do contrato de trabalho, abandona o emprego, pratica contravenção ou crime culposo ou falta média ou leve, demonstra que não está adaptando-se ao regime e nem está se reinserindo no meio social, recomendando-se a sua transferência para um regime mais rigoroso.

Essa situação, prevista no § 1º do artigo 118 da LEP é um pouco complexa, tendo em vista que determina a possibilidade de regressão (do regime aberto para o semiaberto) se o condenado “frustrar os fins da execução”, mas não menciona o que seria tal hipótese. Por esse motivo, explica Renato Marcão (2006, p. 149) que “dada a impossibilidade e a multiplicidade do comportamento humano, é de rigor que se tenha extrema cautela na avaliação das condutas que se pretenda indicar como atentatórias aos fins da execução”.

Em relação à segunda hipótese do § 1º do artigo 118 da LEP, tem-se que poderia haver a regressão no caso do não pagamento injustificado da pena de multa pelo condenado, no entanto, tal hipótese não subsiste mais desde o advento da Lei n. 9268/96, artigo 51. Essa Lei, explica Renato Marcão (2006, p. 150), passou a considerar a multa como dívida de valor e impediu a sua conversão em pena de prisão no caso de não pagamento. “Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor [...]”.

Sendo assim, o inadimplemento da pena de multa pelo condenado não poderá mais gerar prisão e conseqüentemente, não poderá gerar a regressão do regime prisional.

Por fim, verifica-se que a regressão é permitida no Direito Penal brasileiro desde que haja uma causa justificadora, as quais se resumem em: 1) praticar o condenado crime doloso; 2) praticar o condenado falta considerada grave (hipóteses elencadas no artigo 50 da LEP); 3) sofrer o condenado condenação por crime anterior cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime; e 4) quando o condenado frustrar os fins da execução.

3.4.1 Regressão de regime por salto

Em relação à possibilidade da “regressão por salto”, pode-se afirmar que não há consenso entre os doutrinadores.

Segundo Renato Marcão (2006, p. 146), assim como a progressão de regime pressupõe determinada ordem (regime fechado, regime semiaberto e regime aberto), a regressão implica a ordem inversa (regime aberto, regime semiaberto e regime fechado), proibindo-se, desta forma, a regressão “por saltos”. Assim, não se poderá transferir o condenado que se encontra em regime aberto diretamente para o regime fechado, sem antes passar pelo semiaberto.

Diferentemente entendem Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 194), ao afirmarem que:

[...] diferentemente do que ocorre nas hipóteses de progressão, na regressão é possível a transferência direta do regime aberto para o fechado, pois, além de inexistir vedação na LEP, o art. 118 expressamente afirma ser possível a transferência para ‘qualquer regime. [sem grifos no original].

Da mesma forma entende Paulo Fernando dos Santos (2004, p. 70), ao dispor que na regressão, o percurso de um regime para outro pode dar-se diretamente, imediatamente, do aberto para o fechado, sem intermediação do semiaberto, permitindo-se, assim, a regressão por salto.

Ainda, de acordo com Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 503):

Eventualmente, conforme preceitua o artigo 118, *caput*, da LEP, pode ser o condenado transferido para qualquer dos regimes mais rigorosos, sendo viável o salto do aberto para o fechado. Depende, pois, do caso concreto. [grifos do autor].

Enfim, como o artigo 118 da LEP preceitua que “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos [...]” [grifa-se], parte da doutrina tem entendido que o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a “regressão por salto”.

Constata-se, portanto, que assim como na progressão de regime o posicionamento da doutrina divide-se quanto à “progressão por salto”, na regressão ocorre o mesmo: parte da doutrina entende ser possível a “regressão por salto”; outra parte, não a admite.

Compreendidos os regimes de cumprimento da pena e suas peculiaridades, aborda-se, no próximo capítulo, os princípios constitucionais e Tratados Internacionais relacionados com o cumprimento da pena.

4 RELAÇÃO ENTRE O CUMPRIMENTO DA PENA COM ALGUNS PRINCÍPIOS E TRATADOS INTERNACIONAIS

4.1 PRINCÍPIOS

4.1.1 Legalidade

O princípio da legalidade constitui uma limitação ao poder punitivo estatal e um imperativo que não admite desvios nem exceções. (BITENCOURT, 2002, p. 04).

Por intermédio deste princípio, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena pode ser aplicada sem que antes de sua ocorrência exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a respectiva sanção.

Esse princípio encontra-se regulamentado pelo artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 1º do Código Penal, os quais dispõem, respectivamente, que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Segundo José Carlos Daumas Santos (2005, p. 17), o princípio da legalidade:

Determina que nenhum fato pode ser considerado crime, bem como nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes o tipo penal e a sanção correspondente tenham sido instituídas por lei. Tal princípio significa uma limitação real ao *jus puniendi* estatal.

[...].

Trata-se, indiscutivelmente, de limitação real sobre o poder estatal de interferir na esfera individual. [sem grifos no original].

Ainda, o artigo 3º da LEP, Lei de Execução Penal, preceitua que: “Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei penal”. Assim sendo, pode-se afirmar que o condenado, embora tenha o seu direito de liberdade restrito, ainda permanece com determinados direitos assegurados em lei.

Para Alberto Silva Franco (2002, p. 1195), nesse contexto, a aplicação do princípio constitucional da legalidade, como garantia executiva, implica:

O reconhecimento de que o preso não pode ser manipulado como se fosse um objeto; de que, não obstante a perda de sua liberdade, é ele ainda sujeito a direitos, mantendo, por isso, com a administração penitenciária, relações jurídicas das quais emergem direitos e deveres, e que a jurisdição deve fazer-se presente não apenas nos incidentes próprios da fase executória da pena, como também nos conflitos que possam eventualmente resultar da relação tensional preso-administração. [sem grifos no original].

De acordo com o princípio da legalidade, “todas as medidas aplicadas pelo Juízo de Execução devem estar previstas em lei, sob pena de caracterizar excesso ou *desvio* de execução”. [grifos do autor]. (SANTOS, 1998, p. 15).

Luiz Regis Prado (2005, p. 26-27), de uma forma mais detalhada, traz a seguinte assertiva:

A garantia jurisdicional e penitenciária ou de execução complementam o princípio da legalidade.

Pela primeira, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LII, CF); “ninguém será considerado culpado até o trânsito da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF).

Pela segunda, a sanção penal será executada na forma prescrita em lei: “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (art. 5º, XLVIII, CF); “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX, CF). [grifos do autor].

Segundo Nilo Batista (2004, p. 67), ainda, o princípio da legalidade, além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, garante que o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta em lei.

E complementa o autor, asseverando que o princípio da legalidade “[...] divulgado pela fórmula ‘*nulum crimen nulla poena sine lege*’ [...] constituiu a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”. (BATISTA, 2004, p. 65).

Portanto, impõe-se o respeito ao princípio da legalidade penal no que se refere às regras mínimas para a execução das penas, salientando José Carlos Dumas Santos (2005, p. 57) que impor ao apenado que aguarde a sua vaga no regime fechado para que então possa passar ao regime menos rigoroso, quando houver vaga, implica no desrespeito ao princípio constitucional da legalidade.

Enfim, tem-se que o princípio da legalidade na execução penal procura desenvolver a execução sem excessos, buscando a finalidade a que se propõe a pena.

4.1.2 Dignidade da pessoa humana

O artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 dispõe da seguinte forma:

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

[...].

III - A dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais importantes do Direito Penal, passando a prever, o artigo 40 da Lei de Execução Penal que “impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

José Jairo Baluta (1997, p. 74), nesse contexto, esclarece que:

[...] os postulados humanitários foram plenamente preservados pela nossa legislação, pois além da previsão específica de que ‘é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’ [...], encontramos essa proteção mais particularizada e com maior amplitude em outras diversas passagens da Constituição, mais singularmente no inciso XLVII, do art. 5º da CF, onde se proíbe, além da pena capital, as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis (previsão também contida no art. 32 CP).

Para Luiz Regis Prado (2005, p. 27), a dignidade da pessoa humana:

É valor fundamentador do sistema de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente (art. 1º, III, CF), de modo que o Estado democrático de Direito e social deve garanti-los, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização. [grifo do autor].

De acordo com José Carlos Daumas Santos (2005, p. 11), acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que:

[...] a dignidade da pessoa humana é a principal sustentação da estrutura jurídica, porque confere unidade de sentido ao conjunto de preceitos pertinentes aos direitos fundamentais, como também deve ser interpretado como referente a cada indivíduo, a todas as pessoas, sem discriminações, e a cada ser humano livre.
Tal princípio, portanto, é a base dos direitos consagrados constitucionalmente, com reflexos inegáveis na execução da pena. [sem grifos no original].

Impõe-se, aos condenados, determinados deveres e obrigações, mas também impõe-se o respeito ao cumprimento de determinados deveres e princípios, a eles assegurados. Os presos continuam sendo titulares de direitos que não foram atingidos pela condenação e dentre esses direitos encontra-se o respeito à sua dignidade, à sua integridade física e moral.

Sendo assim, a sanção penal deve ser vista como um instrumento de reeducação e não de castigo cruel, e o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser sempre respeitado.

No entanto, tem-se conhecimento de que a maioria dos direitos dos presos são desrespeitados, salientando José Carlos Daumas Santos (2005, p. 29), inclusive, que “[...] o sistema penal apresenta-se comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana. Na realidade, porém, é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela”.

O condenado deve ser respeitado como ser humano e necessita de um tratamento adequado para que possa voltar a conviver em sociedade. Ademais, tem-se que a não concessão da progressão de regime (seja por desídia do Estado, por falta de vagas, seja por omissão), constitui-se um desrespeito ao princípio da dignidade, conforme será visto posteriormente, no último capítulo deste estudo.

4.1.3 Individualização da pena

Inicialmente, tem-se que o princípio da individualização da pena é um direito fundamental, previsto no artigo 59 do Código Penal e no artigo 5º, inciso XLVI

da Constituição Federal de 1988, os quais dispõem, respectivamente, da seguinte forma:

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

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 5º. [...].

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

a) privação ou restrição de liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos.

De acordo com Luiz Regis Prado (2005, p. 30), o princípio da individualização da pena obriga o julgador a fixar a pena conforme a cominação legal (espécie e quantidade) e a determinar a forma de sua execução (art. 5º, XLVI, CF/88).

César Barros Leal (2001, p. 61), por sua vez, afirma que como pressuposto da individualização da pena a lei preceitua que os presos sejam classificados conforme seus antecedentes e personalidade.

É o que determina o artigo 5º da LEP, Lei de Execução Penal, ao dispor que “os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal”.

Através deste princípio, portanto, o juiz deverá definir a quantidade de pena ao acusado nos limites da cominação legal, devendo a pena ser mensurada e aplicada de acordo com cada caso concreto, analisando-se a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e as consequências do crime, além do comportamento da vítima.

Segundo José Carlos Daumas Santos (2005, p. 12):

A individualização legal da pena, por meio de criteriosa cominação, consubstanciada em ponderada distribuição de penas (mantendo correspondência com a maior ou menor gravidade dos crimes), limites

(máximo e mínimo) claramente fixados para cada crime, e um nítido sistema de atenuação/agravação, abre perspectivas para grande mobilidade da individualização judicial, com a consideração daquela conduta humana na aplicação da pena, garantindo, ainda, em tese, os limites e o sentido da individualização administrativa, quando deveria ocorrer, na execução da pena, a real consideração daquele homem.

[...].

Destarte, a clareza na cominação da pena expande os efeitos do princípio da legalidade, impedindo sua violação nas fases da aplicação e da execução, sem negar a idéia de individualização.

Ainda, no entender de Alberto Silva Franco (2005, p. 163), o princípio da individualização da pena garante a todo cidadão condenado num processo crime uma pena particularizada, pessoal e distinta. Portanto, negar ao condenado o direito a progressão de regime para um regime menos gravoso ou mantê-lo em regime fechado por falta de vagas no regime subsequente implica no desrespeito a esse princípio.

O autor traz, nesse sentido, a seguinte assertiva:

O princípio constitucional da individualização da pena, mercê do regime prisional progressivo, insere no tronco comum do processo individualizador que se inicia com a atuação do legislador, passa pela ação do juiz e se finda ao atingir o nível máximo de concreção, na execução penal.

Destarte, excluir o sistema progressivo é impedir que se faça valer, na sua fase final, o princípio constitucional da individualização. [sem grifos no original]. (FRANCO, 2002, p. 195)

Ressalte-se que o princípio da individualização da pena também consiste no tratamento diferenciado para cada condenado, dispondo, o artigo 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, individualizando, desta forma, a pena a ser cumprida.

Ademais, de acordo com o artigo 34 do Código Penal o condenado ao cumprimento da pena em regime fechado deverá ser submetido a exame criminológico para a obtenção de elementos necessários a uma adequada classificação e individualização da execução: “Art. 34. O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução”.

Enfim, verifica-se que o princípio da individualização da pena impõe ao juiz o dever de aplicar a pena ao acusado de forma individual, na medida de sua necessidade.

4.1.4 Proporcionalidade da pena

O princípio da proporcionalidade impõe que a sanção penal determinada pelo juiz seja proporcional ao comportamento do agente, proporcional ao ilícito cometido.

Assim entende Luiz Regis Prado (2005, p. 30), ao dispor que:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso.

Desse modo, no tocante à proporcionalidade entre os delitos e as penas, deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio – abstrata (legislador) e concreta (juiz) – entre a gravidade do fato ilícito praticado, do injusto penal [...] e a pena cominada ou imposta.

A pena deve estar proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade criminal do agente. [sem grifos no original].

Assim sendo, pode-se afirmar que por meio do princípio da proporcionalidade da pena busca-se estabelecer um ponto de equilíbrio entre os interesses da sociedade, em punir o criminoso, e o interesse do indivíduo, em defender seus direitos fundamentais.

Desta forma, cabe, ao juiz, diante do caso concreto, aplicar a pena ao indivíduo de forma proporcional ao bem jurídico tutelado atingido, complementando Ruy Alves Henriques Filho (2008, p. 208), nesse contexto, que o princípio da proporcionalidade, além de limitar o exercício do poder jurisdicional tem o objetivo de evitar arbitrariedades.

O princípio da proporcionalidade tem como seu principal campo de atuação o âmbito dos direitos fundamentais, enquanto critério valorativo constitucional determinante das restrições que podem ser impostas na esfera individual dos cidadãos pelo Estado e para consecução dos seus fins, conforme entende Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 35).

Ademais, segundo a autora supracitada o princípio da proporcionalidade desempenha importante função dentro do sistema penal, tendo em vista que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que possuem dignidade penal, bem como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas

modalidades delitivas, além de estabelecer limites à atividade do legislador penal. (GOMES, 2003, p. 60).

Enfim, tem-se que o indivíduo deverá ser punido dentro dos limites de sua culpa, devendo, o magistrado, no momento da aplicação da pena, atender ao critério da proporcionalidade e aplicar a pena de forma razoável, de acordo com a gravidade da conduta praticada pelo agente.

E, uma vez estabelecida a pena e cumprindo os requisitos determinados em Lei (lapso temporal e bom comportamento carcerário), não somente pode, como deve, o condenado, progredir de regime (do mais gravoso para o menos gravoso).

4.1.5 Vedação do excesso de execução

Inicialmente, tem-se que a execução penal é o instrumento pelo qual o Estado exerce o poder punitivo sobre o delinquente.

A função da execução penal é efetivar as disposições da sentença ou da decisão criminal, consoante determinação do artigo 1º da LEP, Lei de Execução Penal: “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

No entanto, a execução penal “[...] não pode realizar-se além da literalidade do título executório penal, sob pena de configurar excesso de execução”. [sem grifos no original]. (SANTOS, 2005, p. 35).

César Barros Leal (2001, p. 53) menciona que tem-se, com o princípio da vedação do excesso de execução, a preocupação de oferecer ao recluso um tratamento assentado no máximo respeito à sua integridade física e moral, com a preservação de direitos não atingidos pela sentença ou outra decisão judicial, além de ter, entre suas metas, o intuito de reduzir os efeitos da prisionalização e preparar o condenado para o retorno útil ao convívio social.

Segundo o autor, ainda:

A proclamação universal desses direitos, inobstante o descompasso entre seu ideário e a realidade, é necessária para o aperfeiçoamento da legislação interna de cada país e a persistente busca de modificação das políticas públicas que, deliberadamente ou por omissão, são responsáveis, em grande parte, pelas profundas deficiências da execução penal.

É inadmissível, sob todos os aspectos, o generalizado desprezo [...] pela condição humana do recluso, que é obrigado a viver em completo isolamento ou na convivência promíscua de outras pessoas, sem a separação que se exige como condição prévia para a individualização da execução da pena, em prisões superlotadas, num flagrante desrespeito às conquistas, duramente obtidas neste campo, no curso de séculos. (LEAL, 2001, p. 53).

Veda-se, portanto, no Direito Penal, o excesso de execução e constata-se que o cumprimento da pena em regime mais gravoso do que o previsto na sentença judicial configura-se como sendo esse “excesso de execução”.

Não se pode impor que o condenado cumpra a pena em regime mais gravoso do que o determinado pela sentença, devendo, o Estado, criar meios para que o apenado progrida de regime. No entanto, constata-se que não raras as vezes o condenado acaba por cumprir um período muito maior, se não toda a sua pena, em regime mais gravoso do que o determinado pela sentença judicial, violando não somente o princípio da vedação do excesso de execução, como inúmeros outros princípios.

Analisados os principais princípios constitucionais relacionados com o cumprimento da pena, menciona-se, a seguir, alguns Tratados Internacionais dos Direitos Humanos, os quais visam aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de assegurar a melhor proteção possível ao ser humano, consoante determinação do artigo 4º, inciso II da Constituição de 1988: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]. II - Prevalência dos direitos humanos”. [sem grifos no original].

Tais Tratados, de uma forma geral, preveem o “princípio da humanidade”, proibindo penas cruéis, desumanas ou degradantes e impondo o respeito à integridade e à dignidade das pessoas privadas de sua liberdade.

Vejam-se, nesse sentido, as considerações de Luiz Regis Prado (2005, p. 31):

Em um Estado democrático de Direito vedam-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atente contra a dignidade humana (v.g., tratamento desumano ou degradante).

Apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal [...]. [sem grifos no original].

Dentre esses Tratados Internacionais, cita-se o Pacto de São José de Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

4.2 TRATADOS INTERNACIONAIS

4.2.1 Pacto de São José da Costa Rica

O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, foi ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992.

Prevê, em seu artigo 5º, inciso I que “toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Determina, no artigo 5º, inciso II do Pacto de São José da Costa Rica que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”, mencionando, inclusive, na parte final deste artigo que “toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

De acordo com José Jairo Baluta (1997, p. 74), nesse contexto, tem-se que:

[...] no item 02 do art. 5º, o Pacto de São José da Costa Rica proíbe a aplicação de penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, buscando coibir os Estados Parte de utilizarem-se, no exercício da função punitiva, de meios repressivos que violem a integridade do ser humano preso, reforçando as funções primárias da pena: a *reforma* e a *readaptação social dos condenados*. [grifos do autor].

Prosseguindo, o artigo 7º, inciso III do Pacto menciona que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários”, enquanto o artigo 11, inciso I determina que toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada

com humanidade e respeito, ao dispor que “toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

Ainda, o artigo 5º, inciso VI traz que “as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Assim também determina o artigo 1º da Lei de Execução Penal: “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo [...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Enfim, verifica-se que o Pacto de São José da Costa Rica traz alguns dispositivos importantes no sentido de não deixar que a integridade física e moral dos condenados sejam violadas. Porém, José Jairo Baluta (1997, p. 76), enfatiza que:

[...] no que diz respeito às precauções com os presos, nossa Lei de Execução penal foi além das previsões contidas no Pacto de São José de Costa Rica, reclamando somente, de nossos governantes e operadores do direito, uma atenção maior, para possibilitar a concretização destes seus legítimos (e humanos) propósitos. [sem grifos no original].

Compreendido melhor as disposições do Pacto de São José da Costa Rica acerca dos direitos dos condenados, menciona, a seguir, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

4.2.2 Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos entrou em vigor, no Brasil, em 24 de abril de 1992.

Em seu artigo 5º, inciso II, cita:

Art. 5º.

I. [...].

II. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-parte no presente Pacto, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça em menor grau. [sem grifos no original].

O artigo 7º deste Pacto Internacional (assim como o fez o Pacto de São José de Costa Rica) enfatiza também que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, ao passo que o artigo 10, inciso I, determina que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

Ainda, o artigo 10, inciso III, menciona que o regime penitenciário deve ter, como objetivo principal, “a reforma e a reabilitação moral dos prisioneiros”.

Entende-se que a progressão de regime (do mais gravoso para o menos gravoso) configura-se como um estímulo para que o condenado tenha um bom comportamento carcerário e para que haja a sua reeducação para a reinserção social.

Não se pode permitir que o apenado cumpra pena em regime mais gravoso do que o determinado pela sentença judicial, assim como não se pode permitir que ele permaneça em regime mais gravoso diante da omissão do Estado, que não disponibiliza vagas suficientes para o cumprimento da pena no regime adequado.

Tal fato viola não somente as normas estabelecidas pela LEP e pelo Código Penal, como também viola as normas do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que almeja que o regime penitenciário traga a reforma e a reabilitação moral dos indivíduos presos.

4.2.3 Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em 10 de dezembro de 1948, foi proclamada, pela ONU (Organização das Nações Unidas), a Declaração Universal Dos Direitos Humanos, tendo, dentre outros objetivos, efetivar o respeito dos direitos humanos.

Em seu artigo 5º, a Declaração impõe o respeito à integridade (física, psíquica e moral) de qualquer pessoa e o dever de não submeter ninguém a penas cruéis, desumanas ou degradantes, impondo, desta forma, o respeito a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, em sentido semelhante, determinou, em seu artigo 5º, inciso III que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento

desumano ou degradante”, com o intuito de buscar meios para garantir a dignidade da pessoa humana, coibindo penas cruéis ou degradantes, como por exemplo, a pena de morte, a prisão perpétua, etc.

De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos proíbem-se as penas cruéis, degradantes ou desumanas, que atinjam a dignidade física ou moral do indivíduo preso, uma vez que o condenado ainda permanece com um rol de direitos que não podem ser atingidos pela condenação.

Finalizando, pode-se afirmar que manter o condenado em regime integralmente fechado para o cumprimento da pena quando este já possui o direito à progressão, leva o acusado a condições que evidentemente, são desumanas.

A progressão de regime, conforme já mencionado no segundo capítulo desse estudo, configura-se como sendo um direito do preso, previsto pelo Código Penal (artigo 33, § 2º) e pela Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84 (artigo 112), depois de cumpridos os requisitos objetivo e subjetivo (lapso temporal e bom comportamento carcerário).

Assim, condenar uma pessoa a permanecer no regime integralmente fechado, sem contato com o mundo exterior e com a sociedade quando esta possui o direito à progressão é um ato indigno e cruel, que indiscutivelmente fere os princípios constitucionais e penais, o Pacto de São José de Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Enfim, é inadmissível impor que o condenado continue a cumprir a pena no regime fechado quando já cumpriu os requisitos e tem direito ao regime menos gravoso.

Analisados o princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da individualização da pena, da proporcionalidade e da vedação do excesso de execução (princípios constitucionais relacionados ao cumprimento da pena) e o Pacto de São José de Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (documentos internacionais que podem ser invocados na proteção dos direitos humanos dos presos), discorre-se, a seguir, no último capítulo, sobre o tema principal desse estudo, qual seja, “a progressão por salto como instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana frente à omissão do Estado”.

5 PROGRESSÃO POR SALTO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE À OMISSÃO DO ESTADO

A progressão de regime, conforme mencionado anteriormente nesse estudo, é um benefício previsto no artigo 112 da Lei n. 7210/84, Lei de Execução Penal, a qual concede ao preso o direito de passar de um regime mais gravoso para um menos gravoso:

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

A progressão de regime é um direito do sentenciado, salientando André Luiz Nicolitt (2010, p. 572) que o condenado é um sujeito da relação processual e devem ser assegurados a ele todas as garantias constitucionais.

Assim sendo, se o indivíduo for condenado inicialmente ao regime fechado, poderá passar ao semiaberto e após, ao aberto, desde, no entanto, que cumpra as regras estabelecidas no artigo supracitado, quais sejam: o cumprimento de pelo menos um sexto da pena (ou dois quintos da pena se primário e três quintos da pena se reincidente nos casos de crimes hediondos ou equiparados) e a prova de bom comportamento.

A chamada “progressão por salto” configura-se como sendo a possibilidade do preso que estiver cumprindo a pena em regime fechado ser transferido diretamente para o regime aberto, deixando de passar pelo regime anterior (regime semiaberto), por falta de vagas no regime subsequente.

Desta forma, na progressão por salto o indivíduo deixaria de cumprir com uma das etapas de cumprimento da pena, passando do regime fechado para o aberto sem passar pelo semiaberto.

A doutrina majoritária, bem como a maioria dos tribunais brasileiros, vedam esse tipo de progressão. No entanto, embora pesem posicionamentos contrários a este, entende-se que a impossibilidade da progressão “por salto” viola o princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo admissível que o condenado

permaneça cumprindo pena em um regime mais gravoso devido à omissão do Estado, que não possui meios apropriados para recebê-lo no sistema prisional adequado.

Não é correto, nem adequado, que o condenado cumpra pena em regime mais gravoso do que o determinado pela sentença judicial, devendo, o Estado, criar meios para que o apenado progrida no regime, não podendo escusar-se de tal preceito alegando falta de estrutura, falta de meios ou, mais precisamente, falta de vagas, mesmo porque, o Estado tem sua responsabilidade no momento em que evoca para si o *jus puniendi*, devendo prover meios e locais adequados para o cumprimento da pena imposta.

Pretende-se demonstrar, nesse capítulo, que é justo que o sentenciado aguarde vaga em regime menos gravoso se não houver vaga no determinado pela sentença judicial, entendendo ser lícito, portanto, a admissão da progressão por salto no ordenamento jurídico brasileiro.

5.1 Direito do Sentenciado à Progressão de Regime

Nas penas previstas como reclusão, o sentenciado passará por três diferentes regimes: o fechado, o semiaberto e o aberto.

No regime fechado o sentenciado cumpre sua pena em penitenciárias/prisões, no regime semiaberto cumpre sua sentença em colônia agrícola ou industrial e no aberto em casa de albergado, consoante determinação expressa do parágrafo 1º do artigo 33 do Código Penal:

Art. 33. [...].

§ 1º. Considera-se:

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Após cumpridos um sexto da pena em regime fechado ou regime semiaberto e comprovado o bom comportamento carcerário, tem, o sentenciado,

direito à progressão de regime: do fechado para o semiaberto; e do semiaberto para o aberto, conforme disposição do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Saliente-se que em caso de crime hediondo ou equiparado, o lapso temporal a ser cumprido pelo sentenciado, como requisito para a progressão de regime, aumenta para dois quintos se o réu for primário e três quintos se for reincidente.

Assim determina o § 2º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos:

Art. 2º. [...].

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. [sem grifos no original].

Assim sendo, “preenchidos os requisitos legais, a progressão de regime prisional adquire *status* de direito subjetivo do executado”, conforme preleciona Renato Marcão (2006, p. 283).

A progressão de regime, ou seja, a progressão de um regime mais rigoroso para um menos rigoroso configura-se como sendo um direito do apenado, desde que cumpridos o requisito objetivo (cumprimento da fração de pena exigida em Lei) e subjetivo (bom comportamento carcerário).

Ademais, a progressão de um regime mais gravoso para um regime menos gravoso é um direito do apenado, configurando-se como um estímulo para que o mesmo tenha um bom comportamento e para que haja a sua reeducação para a inserção social. Esse é o objetivo preconizado pela Lei de Execução Penal, ao dispor, em seu artigo 1º que: “Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. [sem grifo no original].

Verifica-se, portanto, que concede-se ao apenado o direito de passar para um regime mais brando no decorrer da execução penal. Todavia, tem-se conhecimento de que em muitos casos, ainda que o apenado preencha os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela Lei de Execução Penal, ele permanece no regime mais gravoso, diante da falta de estrutura do sistema carcerário, ou seja, diante da omissão do Estado, que não disponibiliza vagas suficientes para o cumprimento da pena no regime adequado.

Tal situação é inadmissível, porque o Estado não pode prejudicar o condenado por culpa de sua ineficácia na execução penal, pela sua omissão ou pela sua falta de estrutura.

Em penitenciárias e cadeias públicas de todo Brasil, as unidades prisionais estão abarrotadas de pessoas reclusas, que poderiam estar saindo durante o dia para trabalhar, estudar, enfim, para estarem se reinserindo no convívio social, mas não o podem porque não há vagas no regime semiaberto.

Constata-se, não rara as vezes, que o condenado acaba por cumprir um período muito maior, se não toda sua pena, em regime mais gravoso do que o determinado na reprimenda.

E por tais motivos, entende-se que a progressão por salto deveria ser admitida pela legislação penal brasileira.

Analisa-se, a seguir, o posicionamento da doutrina e da jurisprudência acerca da progressão por salto no ordenamento jurídico brasileiro.

5.2 Direito do Sentenciado à Progressão por Salto

5.2.1 Posicionamento da doutrina

Pode-se afirmar que o posicionamento majoritário da doutrina veda a progressão por salto, ou seja, veda ao sentenciado passar do regime fechado diretamente para o aberto, mesmo porque, o Direito Penal Brasileiro veda esta possibilidade.

Para Renato Marcão (2007, p. 122), o condenado que cumpre a pena no regime fechado não poderá progredir diretamente para o regime aberto, ou seja, de acordo com o autor, “não se admite progressão por salto, com a passagem de regime mais rigoroso para mais brando, sem estágio no regime intermediário”, exceto quando o Estado não dispõe de vagas no regime intermediário.

Paulo Fernando dos Santos (2004, p. 70), em igual sentido, menciona que a LEP – Lei de Execução Penal –:

[...] veda a aplicação da progressão de forma descontínua, por saltos, de sorte que o sentenciado, num átimo, 'pule' do regime fechado para o regime aberto sem passar pelo semi-aberto, assim também predominando na jurisprudência.

Segundo o entender de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 498), no que concerne à progressão por saltos:

Deve-se observar, rigorosamente, o dispositivo no Código Penal e na Lei de Execução Penal para promover a execução da pena, sem a criação de subterfúgios contornando a finalidade da lei, que é a da reintegração gradativa do condenado, especialmente daquele que se encontra em regime fechado, à sociedade.

Assim, é incabível a execução da pena "por saltos", ou seja, a passagem do regime fechado para o aberto diretamente, sem o necessário estágio no regime intermediário (semiaberto).

[...].

Utilizando o mesmo critério está a jurisprudência majoritária. [sem grifos no original].

Jorge Vicente Silva (2006, p. 40), também nesse contexto, preleciona que:

A transferência do apenado para regime menos rigoroso significa que a progressão deve obedecer a escala de regimes, do fechado para o semiaberto e deste para o aberto, não podendo fugir desta escala, nos termos da Exposição de Motivos da LEP, item 120 [...].

De acordo com Julio Fabrini Mirabette (2005, p. 341), ainda, "não se permite a progressão do regime fechado diretamente para o regime aberto [...]".

Assim entende Christiano Jorge Santos (2007, p. 127), ao dispor que é vedada a progressão por saltos, ou seja, ir diretamente do fechado para o aberto, devendo, o indivíduo, passar antes pelo intermediário.

Prevalece na doutrina, portanto, o entendimento de que o regime de cumprimento de pena não pode "pular" o regime intermediário (que é o regime semiaberto), tendo em vista o disposto no artigo 112 da LEP.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 184), também nesse sentido, asseveram que:

A progressão deve ser estabelecida por etapas, já que, nas penas de longa duração, a realidade ensina que se deve agir com prudência para não permitir que o condenado salte do regime fechado para o aberto.

Por essa razão, a lei vigente torna obrigatória a passagem pelo regime intermediário (semi-aberto). [sem grifos no original].

E prosseguem os autores, enfatizando que “[...] inclusive, na exposição de motivos da Lei de Execução Penal, se afirma que ‘se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto’ (item 120) [...]”. (MORAES; SMANIO, 2006, p. 184).

Edilson Mougenot Bonfim (2004, p. 64), de uma forma mais detalhada, afirma que o fato do Estado não disponibilizar vagas no regime semiaberto não justifica a hipótese de progressão por salto do regime fechado para o aberto, ou seja:

A alegação de falta de instituição para cumprimento da pena no regime semiaberto não autoriza ao magistrado a oportunidade de conceder regime aberto ou prisão-albergue domiciliar ao sentenciado que se encontra cumprindo pena em regime fechado.

A evolução do regime prisional fechado há que ser, obrigatoriamente, para o regime semi-aberto, conforme gradação estabelecida no art. 33, §1º, do Código Penal.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 185-186), coadunam com o mesmo posicionamento de Bonfim, enfatizando que o sentenciado preso em regime fechado deverá continuar neste regime, mesmo tendo direito à progressão, se não houverem vagas no regime semiaberto:

O sentenciado que, preenchendo todos os requisitos previstos para a progressão do regime fechado para o semiaberto, não puder efetivá-la por ausência de vagas em colônias penais agrícolas, industriais ou similares, deverá aguardar no regime fechado, se possível em cela especial, a abertura de vagas, uma vez que a inércia do Estado em resolver o problema carcerário não poderá permitir a concessão indiscriminada de progressões do regime fechado diretamente ao regime aberto (progressão por saltos). [sem grifos no original].

Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 499), também nesse contexto, adota o seguinte posicionamento: se o réu é condenado a cumprir pena em regime semiaberto, não teria cabimento colocá-lo imediatamente em liberdade, no regime aberto (prisão domiciliar), “[...] pois a sociedade corre evidente risco de sofrer novas condutas criminosas daquele que ainda não está preparado para o retorno ao convívio na comunidade”. (NUCCI, 2008, p. 550).

Tal medida, para o autor, é contraproducente, pois não é reeducativa, ou seja, “não se confere a alguém o regime mais leve para depois [...] transferi-lo para o mais severo”. (NUCCI, 2008, p. 550).

Essa mesma hipótese se aplicaria àquele que, estando no regime fechado, recebe o benefício de progredir ao semiaberto, mencionando Guilherme de Souza Nucci que “deve aguardar sua vaga no fechado, pois não tem preparo para seguir diretamente ao aberto”. (NUCCI, 2008, p. 550).

As únicas hipóteses excepcionais que o autor mencionado entende ser permitida a progressão sem passar pelo regime intermediário ou aguardar a vaga em regime aberto seriam: 1ª) quando o Estado não providencia vaga e o indivíduo condenado a regime semiaberto já cumpriu quase toda a sua pena no regime fechado, e 2ª) quando o condenado que estava em liberdade recebe pena a ser cumprida em regime semiaberto e não encontra vaga neste regime.

Assim, tem-se as duas hipóteses, respectivamente, da seguinte forma:

[...] salvo situações excepcionais e teratológicas, como o da pessoa que, tendo recebido o regime semi-aberto, já está quase cumprindo toda a pena no fechado sem que o Estado providencie a vaga, merecendo, pois, o regime aberto, justificador da “progressão por salto”, no mais, deve o sentenciado aguardar no regime mais rigoroso. É preferível a progressão do fechado diretamente ao aberto, considerando-se o período em que este aguardando vaga no semiaberto [...]. (NUCCI, 2008, p. 500).

Por outro lado, quando o sujeito aguardou toda a instrução em liberdade, tendo recebido uma pena, por exemplo, de 6 anos ao regime semi-aberto, não tem cabimento colocá-lo no fechado, por falta de vaga no regime intermediário.

Nesse caso, o condenado estava em liberdade, sinal de que não colocava em risco a sociedade, a despeito do crime que cometeu, de forma que o trauma de inseri-lo em regime muito mais rigoroso é de ser evitado.

Essa seria a hipótese [...] de justificar que aguarde no regime aberto a vaga no semiaberto: afinal, já estava e continuará em liberdade até que seja levado a seguir para regime mais rigoroso. (NUCCI, 2008, p. 500).

Em suma, entende Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 500) que quem está preso no regime fechado (salvo situações excepcionais), deve continuar no regime fechado aguardando a sua vaga ao semiaberto; e quem está em liberdade, foi condenado ao regime semiaberto e não há vagas nesse regime, poderá continuar em liberdade até que a vaga no regime intermediário seja providenciada.

Entretanto, entende-se que não é justo que o condenado cumpra pena em regime mais gravoso do que o determinado pela sentença judicial.

Desta forma, se o condenado já cumpriu, em regime fechado, o tempo necessário para a progressão ao regime semiaberto e se possui bom comportamento, não seria justo impedir que ele fosse beneficiado diretamente com o

regime aberto em não havendo vagas no regime semiaberto. Cabe, ao Estado, a solução desta questão, promovendo meios adequados para que o sentenciado progrida de regime.

José Carlos Daumas Santos (2005, p. 55), nesse contexto, assevera que “o desatendimento do regime inicial imposto na sentença por falta de vagas implica desvio de execução”.

Segundo o autor, é comum a inexistência de vaga no regime menos rigoroso quando o apenado preenche os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime. E a questão de vagas é crítica quando se fala em regime semiaberto ou em regime aberto, porque no regime fechado, o problema não existe. (SANTOS, 2005, p. 56).

Ainda, menciona José Carlos Daumas Santos que exigir que o apenado aguarde sua vaga no regime fechado para o regime menos rigoroso implica no desrespeito ao princípio da legalidade, e que a lista de espera para a obtenção de nova vaga (no regime menos rigoroso) é até aceitável, desde que o preso não permaneça no regime fechado:

[...] o condenado a cumprir pena no regime semiaberto não poderá arcar com a desídia do Estado, de modo que, não existindo vaga naquele regime, deverá aguardá-lo no regime aberto, na modalidade domiciliar. Exigir que ele aguarde a vaga no regime fechado fere o princípio da legalidade.

Todavia, é compreensível e até aceitável a existência de lista de espera para a obtenção da vaga, desde que isso não implique manter o preso no regime mais gravoso. [sem grifos no original]. (SANTOS, 2005, p. 57).

Renato Marcão (2006, p. 295) – adotando o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça –, entende que o cumprimento da pena em regime mais rigoroso configura constrangimento ilegal. Portanto, na ausência de vagas deve o sentenciado aguardar em regime aberto, por exemplo, se foi condenado ao regime semiaberto e neste não há vagas, ou no regime aberto se houve a progressão de regime para o semiaberto e neste não há vagas.

A progressão de regime é um direito subjetivo do sentenciado. Assim sendo, mantê-lo em regime fechado quando já faz jus ao regime semiaberto configura um desrespeito à integridade física do mesmo.

O sentenciado não pode responder pela ineficiência do Estado. E não pode ser obrigado a ficar em regime mais gravoso por falta de vaga, mesmo porque,

o regime definido na sentença penal condenatória, pelo magistrado, deverá ser obrigatoriamente respeitado pelo Juízo de Execuções Penais, pelo Estado, sob pena de configurar constrangimento ilegal.

E, portanto, não se pode permitir é que o preso, tendo direito a um regime menos gravoso, permaneça no regime fechado à espera de vagas no regime intermediário.

5.2.2 Posicionamento dos tribunais

O posicionamento majoritário dos tribunais é o da impossibilidade da progressão por saltos, não se permitindo que o preso em regime fechado passe para o regime aberto, sem passar antes pelo regime semiaberto. Assim sendo, os indivíduos condenados deverão obrigatoriamente respeitar as escalas de regime: inicialmente o fechado, após o semiaberto e por último, o aberto.

A posição atual da jurisprudência veda ao sentenciado passar do regime fechado diretamente para o aberto, tendo em vista a expressa proibição legal, entendendo que deve o preso aguardar no regime fechado a vaga no regime intermediário, sendo inadmissível a concessão de progressão por salto.

Para dar respaldo a essas afirmações, colacionam-se, a seguir, um julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ – e do Supremo Tribunal Federal – STF – nesse sentido.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIMES HEDIONDOS. AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA PROGRESSÃO DE REGIME FECHADO PARA O SEMI-ABERTO. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PARA O ABERTO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DO LAPSO TEMPORAL. INTELIGÊNCIA ARTIGO 112 DA LEP. PROGRESSÃO POR SALTO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Estabelece art. 112, da Lei Execução Penal que o sentenciado tem que cumprir o requisito temporal de 1/6 no regime em que se encontra e posteriormente progredir para o regime subsequente. 2. A referida lei não autoriza a progressão direta do regime fechado para o aberto, em que pese o paciente ter cumprido tempo suficiente para os dois estágios no regime fechado, pois configuraria progressão *per saltum*. 3. Ordem denegada. (BRASIL. STJ. HC 84.302/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/3/2009, DJe 13/04/2009). [sem grifos no original].

EMENTA – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PROGRESSÃO. REQUISITOS. “HABEAS CORPUS”. 1. O tempo de prisão cumprido pelo paciente já foi considerado para o efeito da obtenção do regime semi-aberto e, quanto ao aberto, não pode ser obtido “per saltum”, pois sua concessão depende do preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, cuja apreciação compete, originariamente, ao Juízo da Execução Penal e não a esta Corte. 2. “H.C.” indeferido. (BRASIL. STF. HC 76965, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 14-5-1999). [sem grifos no original].

No entanto, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que, não existindo vagas no regime semiaberto, passe o condenado a aguardar sua vaga em regime aberto, permitindo a “progressão por saltos” diante da ausência de vagas ou da demora do Estado.

Assim sendo, de acordo com o STJ, “[...] deve o condenado aguardar a vaga no regime aberto, pois a ineficiência do Estado em gerar espaço no semiaberto não pode ser atribuída ao indivíduo [...]”. (NUCCI, 2008, p. 499).

Essa posição do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, que permite a progressão por salto do regime semiaberto para o aberto, somente será possível se não houver vagas no outro regime:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...]. ORDEM CONCEDIDA, PORÉM, PARA QUE O PACIENTE AGUARDE, NO REGIME ABERTO OU EM PRISÃO DOMICILIAR, O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. 1. [...]. 2. O condenado agraciado com a progressão para o regime semi-aberto deve aguardar, em caráter provisório e excepcional, em regime aberto ou prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento adequado e compatível com o regime para o qual foi promovido. 3. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte, caracteriza constrangimento ilegal a manutenção do paciente em regime fechado, ainda que provisoriamente e na espera de solução de problema administrativo, quando comprovado que o mesmo obteve o direito de progredir para o regime semiaberto. 4. Ordem concedida para, caso não seja possível a imediata transferência do paciente para o regime semi-aberto, que este aguarde, em regime aberto ou prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, salvo se por outro motivo não estiver preso. (BRASIL. STJ. HC 118.316/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16/4/2009, DJe 25/5/2009). [sem grifos no original].

Consubstancia-se constrangimento ilegal a manutenção do paciente em regime fechado, quando este foi condenado ao cumprimento de pena em regime semiaberto. Ante a inexistência de vaga no estabelecimento adequado, impõe-se a transferência do paciente até que surja vaga para estabelecimento do regime aberto e, na sua ausência, para prisão domiciliar. (BRASIL. STJ, RHC 7.690-SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge

Scartezzini, v.u., DJU 10 de mai. de 2004, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 27, p. 159). [sem grifos no original].

Inexistindo vaga no regime prisional semiaberto, portanto, autoriza-se que o réu cumpra sua pena, provisoriamente, em regime aberto.

O posicionamento do STJ, nos casos em que não há vagas para a progressão de regime e o condenado continua em regime mais gravoso (já tendo o direito ao regime menos gravoso), configura-se como sendo “constrangimento ilegal”, conforme se depreende pelos julgados acima transcritos.

Desta forma, pode-se asseverar que:

Constitui constrangimento ilegal o fato de se submeter o condenado a regime prisional mais rigoroso do que o imposto na sentença em virtude da inexistência de vaga no estabelecimento designado para o cumprimento da sanção, pois a negligência do Estado, consistente em não investir na construção dos equipamentos e serviços prisionais necessários, não pode agravar a situação do sentenciado. [grifa-se]. (BRASIL. TACrimSP, HC 256.032/0, Décima Câmara. Rel.: Juiz Márcio Bártoli, j. em 08 de mai. de 1999). [sem grifos no original].

Portanto, se o réu tiver sido mantido em regime fechado quando já tinha o direito ao cumprimento da pena em regime semiaberto, caracteriza-se o constrangimento ilegal, por omissão do Estado em não oferecer os meios adequados à progressão, devendo, o sentenciado, ser transferido para o regime aberto, não podendo ser prejudicado, em hipótese alguma, pela desídia do Estado.

Vejam-se, nesse sentido, as considerações de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio (2006, p. 186):

[...] a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ – entende que, se o Estado condena ou progride alguém a determinado regime, e não promove os meios para realizá-lo, não pode submeter o condenado a regime mais grave, pois a falta de estabelecimento carcerário adequado ao cumprimento de penas é problema do Estado e não do sentenciado que estaria, ilegalmente, sofrendo um constrangimento. Dessa forma, o sentenciado deveria ser progredido ao regime aberto. [sem grifos no original].

O Superior Tribunal de Justiça, portanto, tem admitido a progressão por salto nos casos em que não há vaga no regime semiaberto, uma vez que não pode o condenado responder pela omissão do Estado e cumprir a pena em regime mais gravoso quando já possui o direito à progressão em regime menos gravoso.

Assim sendo, na falta de estabelecimento prisional adequado, a pena deverá ser cumprida, provisoriamente, em regime mais favorável, e jamais no regime integralmente fechado, sob pena de configurar constrangimento ilegal do apenado e violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

5.3 A progressão por salto e o princípio da dignidade da pessoa humana

Pode-se afirmar, diante do exposto, que a vedação da progressão por salto, ou seja, a manutenção do condenado em regime mais gravoso por falta de vagas em regime menos gravoso, além de constrangimento ilegal – como entende o Superior Tribunal de Justiça – constitui-se em afronta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, “constitui-se tratamento cruel a um condenado submetê-lo, integralmente, durante o cumprimento da sanção, a regime mais gravoso [...]”. (BRASIL. TRF, 3ª Região, ACrim. 98.03.012408/0- Quinta Turma., Rel. Juiz André Nabarrete, j. 10 de ag. De 1988, v.u DJU, 20 de out. 1998, p. 432). Portanto, a manutenção do preso em regime mais gravoso ao qual foi condenado viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo André Luiz Nicolitt (2010, p. 30), “a dignidade humana [...] é a raiz das garantias constitucionais que devem inspirar a atividade jurisdicional do Estado [...]”.

Ademais, prossegue o autor, o acusado não perde sua condição de pessoa humana por estar frente ao Estado-juiz, pelo contrário: este deve não só respeitá-lo enquanto pessoa, mas também, tutelar tal condição, tendo em vista que a dignidade é o fim do próprio Estado, e dessa forma, toda atividade estatal deve estar sempre voltada à tutela, à realização e ao respeito à dignidade humana. (NICOLITT, 2010, p. 30).

O respeito à dignidade da pessoa humana é um dos princípios basilares consagrados pela Constituição Federal de 1988 e é considerado um dos mais importantes princípios do Direito Penal, pelo fato de garantir determinados direitos fundamentais ao ser humano, mencionando Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 60) que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [sem grifos no original].

De acordo com Renato Marcão (2007, p. 128):

Argumenta-se que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a execução da pena adquiriu status de garantia constitucional, como se depreende do artigo 5º, XXXIX, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX, tornando o sentenciado sujeito de relação processual, detentor de obrigações, deveres e ônus, e também, titular de direitos, faculdades e poderes. [sem grifos no original].

Salienta Salo de Carvalho (2003, p. 158) que o princípio da dignidade da pessoa humana orienta todo o ordenamento jurídico nacional e “[...] valores como a dignidade da pessoa humana assumem, juntamente com pluralismo e tolerância, vital importância no processo de construção do modelo jurídico de garantias”.

Menciona René Ariel Dotti (2010, p. 122), ainda, que ao proclamar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, assegura-se aos presos o respeito aos seus direitos, dentre eles, o respeito à integridade física e moral.

Enfim, todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988 tem, por suporte, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e o processo de execução da pena não pode fugir à regra. (CARVALHO, 2003, p. 158).

Verifica-se, portanto, que o sentenciado, além de obrigações possui também direitos, dentre eles, o direito à progressão de regime, ou seja, o direito à progressão de um regime mais gravoso para um regime menos gravoso, com o decurso do tempo.

E mantê-lo em regime fechado, por falta de vagas em regime mais brando, viola a sua dignidade.

O direito à progressão de regime constitui um forte estímulo para que o condenado se comporte de acordo com a disciplina prisional, salientando João José Leal (2002, p. 105) que a progressão de regime funciona “[...] como uma verdadeira

válvula de segurança, a impedir a implosão desta sinistra caldeira de maldade em que se transformou nosso combatido sistema penitenciário”.

Em outras palavras, o sistema de progressão de regime “[...] tem como objetivo estimular a colaboração voluntária do preso no processo de correção”, além de destinar-se, também, a garantir a disciplina e a ordem nas prisões, premiando o bom comportamento. (DEMERCIAN; MALULY, 2009, p. 691).

Portanto, o cumprimento da pena em regime integralmente fechado quando o apenado já possui o direito à progressão, fere importantes direitos constitucionais, dentre eles, o da dignidade da pessoa humana.

Enfim, embora a progressão por salto não possua, ainda, previsão legal e embora seja refutada por grande parte da doutrina e tribunais brasileiros, entende-se que o condenado não pode ser prejudicado por falhas do Estado, que não dispõe de vagas suficientes para a adequada progressão de regime.

Ademais, tendo o preso o direito legal de progredir de regime, do mais gravoso para o menos gravoso, conforme determinação da própria Lei de Execuções Penais (artigo 112), e não tendo vagas suficientes para que possa o apenado progredir conforme determina a Lei, a única solução justa que se vislumbra é que o preso aguarde sua vaga em regime mais benéfico e nunca, em regime fechado, do contrário, a sua dignidade certamente restará violada.

6 CONCLUSÃO

Embora a doutrina majoritária não admita a progressão por salto e em que pese a Lei de Execução Penal também a proíba, entende-se que ao Estado incumbe a obrigação de prover meios e locais adequados para que o sentenciado progreda de regime, mesmo porque, o Estado tem sua responsabilidade no momento em que evoca para si o *jus puniendi*.

A progressão de regime, do mais gravoso para o menos gravoso, configura-se como sendo um direito do apenado.

Desta forma, não dispondo, o Estado, de meios para concretizar a possibilidade de progressão, entende-se cabível a progressão por salto no ordenamento jurídico brasileiro, do regime fechado diretamente para o regime aberto ou do regime semiaberto diretamente para o aberto.

O que não poderia se permitir, em hipótese alguma, é a manutenção do sentenciado em regime integralmente fechado quando este tem o direito à progressão de regime, primeiro porque tal ato viola o princípio da dignidade da pessoa humana e segundo porque tal ato tem se configurado como “constrangimento ilegal”, consoante entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, STJ.

Entretanto, na atualidade constata-se que as unidades prisionais encontram-se abarrotadas de pessoas reclusas, que poderiam estar saindo durante o dia para trabalhar, estudar, mas não o podem fazê-lo pelo simples motivo: não há vagas no regime semiaberto. Isso deveria ser inconcebível, tendo em vista que ninguém pode ser privado de sua liberdade de um modo mais gravoso do que o determinado pela sentença penal condenatória.

Assim, vislumbram-se duas alternativas para que tal situação (comum nos dias atuais), deixe de ocorrer: ou o sentenciado que tem direito à progressão aguarda sua vaga em regime menos gravoso (se não houver vaga no regime determinado pela sentença judicial), ou o Estado se esmera na construção de estabelecimentos penais adequados para resolver o problema de falta de vagas, do contrário, além da finalidade da Lei de Execução Penal deixar de ser atingida e além do constrangimento ilegal, haverá o flagrante desrespeito a princípios e Tratados Internacionais.

BIBLIOGRAFIA

BALUTA, José Jairo. **O processo penal à luz do Pacto de São José de Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BITENCOURT, Cezar. Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal – parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **O Direito Penal e processual Penal na Visão dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

COSTA, Tailson Pires. **Penas Alternativas – reeducação adequada ou estímulo à impunidade**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1973.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Direitos fundamentais e processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do Direito Penal**. 3ª. ed., São Paulo, 2001.

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

LEAL, João José. **Crimes Hediondos**: aspectos políticos-jurídicos da Lei n. 8.072/90. São Paulo: Atlas, 2002.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal anotada e interpretada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. **Curso de Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2003

_____. **Código Penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação Penal Especial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena privativa de liberdade**. São Paulo: Atlas, 2002.

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

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Elementos de Direito Penal**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev. e atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. v.1. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS, Paulo Fernando dos. **Aspectos práticos de execução penal**. São Paulo: Leud, 2004.

SANTOS, José Carlos Daumas. **Princípio da Legalidade na Execução Penal**. São Paulo: Manole, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. rev. e ampliada. Curitiba: ICPC, 2008.

SANTOS, Christiano Jorge. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Jorge Vicente. **Execução Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SZNICK, Valdir. **Comentários à Lei dos Crimes Hediondos**. 3. ed. São Paulo: Eud, 2001.

TORRENS, Laertes de Macedo. **Estudos sobre Execução Penal**. São Paulo: SOGE, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.