

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

Roberlley Savalio da SILVA  
Dr. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

**RESUMO:** 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. Progressão de regime. Progressão por salto. Dignidade da Pessoa Humana.

## 1 INTRODUÇÃO

A progressão de regime, prevista na 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 objetivos: 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 pena no regime semiaberto, é obrigado a aguardar no regime fechado por falta de vagas no sistema penitenciário, decorrentes da omissão do Estado.

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” (*per saltum*), mesmo tendo tal hipótese sido vetada pela legislação penal.

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, mantê-lo em regime integralmente fechado seria atentar contra o princípio basilar do Direito Penal, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme se pretende demonstrar no decorrer deste artigo.

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

Inicialmente, cumpre salientar que a progressão de regime 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. [original não grifado].

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 saltos 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 justo, nem 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 artigo, 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 saltos no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2.1 Direito do Sentenciado à Progressão**

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 semi-aberto 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 semi-aberto 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”. [original não grifado].

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, e com maior enfoque no Estado de São Paulo, 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 fazê-lo pelo simples motivo de que 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 saltos deveria ser admitida pela legislação penal brasileira.

## **2.2 Posicionamento da Doutrina**

Pode-se afirmar que o posicionamento majoritário da doutrina veda a progressão por saltos, 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”.

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].

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 341), ainda, “não se permite a progressão do regime fechado diretamente para o regime aberto, ainda que o condenado tenha cumprido o lapso temporal exigido para duas progressões”.

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). [original não grifado].

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 semi-aberto 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 semi-aberto, 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). [original não grifado].

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 aberto 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 semi-aberto 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 semi-aberto 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 semi-aberto e neste não há vagas.

O que 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.

### 2.3 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 semi-aberto 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 STJ e do 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). [original não grifado].

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 e 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). [original não grifado].

No entanto, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça – STJ – já se pronunciou no sentido de que, não existindo vagas no regime semi-aberto, 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 STJ, 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 RÉGIME SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PERMANÊNCIA NO RÉGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...]. ORDEM CONCEDIDA, PORÉM, PARA QUE O PACIENTE AGUARDE, NO RÉGIME 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). [original não grifado].

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). [original não grifado].

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). [original não grifado].

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. [original não grifado].

O STJ, 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.

## 2.4 A Progressão por Saltos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Pode-se afirmar, diante do exposto, que a vedação da progressão por saltos, 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.

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. [original não grifado].

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

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. [original não grifado].

O sentenciado, além de obrigações, possui também direitos, dentre eles, o direito à progressão de regime, 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”.

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.

### **3 CONCLUSÃO**

Embora a doutrina majoritária não admita a progressão por saltos e embora 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 progrida de regime.

Desta forma, não dispondo, o Estado, de meios para concretizar a possibilidade de progressão (que é um direito do apenado), entende-se cabível a

progressão por saltos 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.

Ninguém pode ser privado de sua liberdade de um modo mais gravoso do que o imposto 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 determinado pela sentença judicial) ou o Estado se esmera na construção de estabelecimentos penais adequados para resolver o problema de falta de vagas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

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, Julio Fabbrini. **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.

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

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

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

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