



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

ANA LUISA FERREIRA RIBAS

**A VIABILIDADE DA PROGRESSÃO POR SALTO EM FACE
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

BRASÍLIA

2014

ANA LUISA FERREIRA RIBAS

**A VIABILIDADE DA PROGRESSÃO POR SALTO EM FACE
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Professor Georges C Frederico Moreira
Seigneur

BRASÍLIA

2014

ANA LUISA FERREIRA RIBAS

**A VIABILIDADE DA PROGRESSÃO POR SALTO EM FACE
DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia apresentada como requisito para a
conclusão do curso de Bacharelado em Direito
da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Brasília, _____ de _____ de 2014

Banca Examinadora

Dr. Georges C Moreira Seigneur
Orientador

Examinador

Examinador

RESUMO

O trabalho constitui um estudo acerca da viabilidade da progressão por salto em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, a monografia foi dividida em 3 capítulos. Inicialmente, buscou-se conceituar a Execução Penal brasileira e demonstrar seus elementos mais importantes. Em um segundo momento, foram expostos os princípios norteadores da Execução Penal, que servem como base para a viabilidade da referida progressão. No que se refere à discussão árida acerca da viabilidade da progressão por salto, o princípio da dignidade da pessoa humana foi defendido ao máximo e contextualizado de acordo com os parâmetros legais, jurisprudenciais e doutrinários. Ferramentas internacionais como tratados e pactos também ganharam uma importância no tema em questão. Não se pode esquecer que um dos motivos para a progressão por salto ser viável refere-se ao problema de déficit de vagas no regime semiaberto. A situação degradante do sistema carcerário e a omissão do Estado acerca do regime semiaberto são pontos significantes na presente monografia, pois também embasam a viabilidade da progressão por salto.

Palavras chave: Execução Penal. Sistema Progressivo Brasileiro. Sistema Carcerário. Progressão de Regime. Dignidade da Pessoa Humana. Progressão por Salto.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	EXECUÇÃO PENAL.....	8
2.1	Conceito e Características	8
2.2	Natureza Jurídica	9
2.3	Autonomia da Execução Penal.....	10
2.4	Finalidade e Objetivos.....	11
2.5	Espécies de Pena	12
2.5.1	<i>Pena Privativa de Liberdade</i>	12
2.5.2	<i>Pena Restritiva de Direitos.....</i>	13
2.5.3	<i>Pena de Multa</i>	14
2.6	Órgãos da Execução Penal.....	14
2.7	A importância do Ministério Público	15
2.8	Progressão de Regime	17
2.8.1	<i>Breve Histórico</i>	17
2.8.2	<i>Sistema Progressivo no Brasil.....</i>	19
3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO PENAL	22
3.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	22
3.2	Princípio da Legalidade	24
3.3	Princípio da Personalidade ou Responsabilidade Pessoal	25
3.4	Princípio da Proporcionalidade	26
3.5	Princípio da Isonomia da Execução Penal	27
3.6	Princípio da Humanização da Pena.....	27
3.7	Princípio da Individualização da Pena.....	28
3.8	Princípio da Motivação das decisões.....	31
3.9	Princípio do Juiz Natural.....	31
4	SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	33
4.1	Da Atual Situação	33
4.2	Da Falta de Vagas no Sistema Prisional.....	35
4.3	Da Falta de Vagas no Regime Semiaberto	37
5	DA PROGRESSÃO POR SALTO.....	40
5.1	Surgimento, Conceito e Características	40
5.2	Da Viabilidade da Progressão por Salto.....	43
5.3	Da Constitucionalidade da Progressão por Salto	44
5.4	Da fundamentação principiológica	47
5.5	Do Posicionamento Doutrinário.....	49
5.6	Do Posicionamento Internacional	51
5.7	Do Posicionamento dos Tribunais.....	53
6	CONCLUSÃO	58
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

É sabido que o Brasil adotou o Sistema Progressivo da Pena. Tal sistema opta por dar a oportunidade ao apenado de progredir, paulatinamente, regime. Um dos objetivos para a existência do referido instituto é que aos poucos o apenado tem o direito de conquistar sua liberdade, e por consequência, ressocializar-se. Para que seja concedido o aludido benefício, o apenado deve cumprir ao menos 1/6 da pena, em se tratando de crime hediondo 2/5 e caso seja reincidente no supracitado crime 3/5. Nesse viés, tem-se o segundo requisito de caráter subjetivo, o chamado bom comportamento carcerário. Logo, havendo a junção dos dois requisitos, o apenado pode ser beneficiado com a progressão de regime.

Diante do atual cenário do sistema carcerário e do seu consequente déficit de vagas, surgiu uma nova espécie de instituto, a chamada progressão por salto. A aludida progressão surge como forma de se respeitar a dignidade da pessoa humana do condenado, uma vez que ele não pode arcar com a omissão do Estado em relação à investimentos no sistema carcerário.

Acontece que com o déficit de vagas no regime semiaberto, o apenado que obteve seu benefício de progressão se vê obrigando a aguardar em regime fechado, durante anos, em regime mais gravoso, por vagas no semiaberto. Tal conduta configura o crime de Constrangimento Legal, previsto no artigo 146 do Código Penal além de ferir preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Nesse âmbito, surge uma corrente minoritária que defende o direito do apenado de aguardar por vagas no regime semiaberto, no regime aberto.

Regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a presente monografia pretende discutir a viabilidade da progressão por salto em face do supracitado princípio. A magnitude da dignidade da pessoa humana será demonstrada, assim como sua pertinência em relação ao tema.

No primeiro capítulo tem-se a contextualização da Execução Penal brasileira, seus objetivos, natureza jurídica e características fundamentais. Os tipos de regimes serão discutidos, levando-se em conta os principais órgãos presentes na Execução Penal.

No que se refere ao segundo capítulo, faz mister elucidar sua importância. Nele, os vitais princípios da Execução Penal serão demonstrados, assim como sua finalidade e

importância na seara executória. Trata-se de um capítulo que visa nortear a viabilidade da progressão por meio dos princípios existentes na Constituição e até mesmo no Direito Penal e Processual Penal, aplicáveis ao caso em tela.

Por fim, temos o terceiro e último capítulo, que ressalta e evidencia a polêmica e controvérsia por trás da progressão por salto. Nesse capítulo, o enfoque principal é a importância da dignidade da pessoa humana na supracitada progressão. Primeiramente, conceituou-se a progressão por salto e demonstrou-se suas características e finalidades. A doutrina majoritária também foi exposta, bem como seus motivos para a vedação da progressão por salto. Foi feito um paralelo entre as divergentes correntes, com intuito de demonstrar como a vedação representa um retrocesso.

A súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça também ganha um enfoque especial no terceiro capítulo, uma vez que antes de 2012 a Corte Superior considerava a progressão por salto viável, por conta da falta de vagas e por conta da dignidade da pessoa humana. A aludida Corte entendia que manter o condenado esperando em regime mais gravoso incidia como Constrangimento Ilegal. Porém, em 2012, o STJ resolveu firmar seu entendimento por meio da súmula 491 vedando a progressão por salto. Por conta disso, a maioria dos tribunais seguiram o pensamento da Corte, ignorando o caos do sistema carcerário.

Por conseguinte, foi necessário buscar na doutrina, na jurisprudência e em tratados internacionais o amparo que viabilizasse a progressão por salto. O importante aqui é perceber que o Estado não pode responsabilizar o condenado por seu desleixo.

Diante disso, tornou-se imprescindível o estudo da viabilidade da progressão por salto. Portanto, a presente monografia tem como objetivo elucidar, baseada em preceitos doutrinários, constitucionais, jurisprudenciais e até internacionais, a viabilidade da progressão supracitada, sempre se buscando a dignidade da pessoa humana.

2 EXECUÇÃO PENAL

O objetivo deste capítulo é discorrer sobre a Execução Penal, trazendo as características inerentes a este instituto. Será feita uma análise a luz da Constituição Federal, Lei Penal, Processual Penal e Lei de Execução Penal. Aqui, tem-se como prioridade esclarecer como funciona a Execução Penal no Brasil e quais são seus principais pressupostos. Dessa forma, inicia-se o capítulo conceituando o referido instituto e evidenciando suas características primordiais.

2.1 Conceito e Características

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a Execução Penal pode ser definida como a fase do Processo Penal em que se faz valer o comando contido na sentença penal condenatória, impondo-se, de maneira eficaz, a pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou a pecuniária¹. É na Execução Penal que a sentença ganha vida, ou seja, é só a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória que se dá início à referida Execução. Quando transitada em julgado a sentença, esta, automaticamente, torna-se título executivo judicial, pressuposto fundamental para a ocorrência da Execução. Nessa fase, respeita-se o que foi estabelecido pelo juízo do processo de conhecimento e ressalta-se o fato de que o Estado agora possui uma pretensão executória, não mais punitiva.

A sentença no âmbito penal é mutável, sofre mudanças devido as circunstâncias existentes na própria lei. Supõe-se que determinado réu foi condenado à 12 anos de prisão em regime fechado, teoricamente o apenado deverá cumprir exatos 12 anos nesse regime, porém ele possui alguns benefícios previstos em lei como o de progressão que viabiliza a sua ida para o regime semiaberto, existe ainda a remição, detração e etc. Os referidos institutos, de certa forma, descaracterizam a pena prevista na sentença condenatória, mas aumentam a chance da ressocialização do condenado. Por isso, é que se pode dizer que o título executivo em matéria de execução traz implicitamente a presença da cláusula *rebus sic stantibus* (estando as coisas como estão) que trata da possibilidade de alteração de um pacto. A referida cláusula preconiza que é possível que o pacto seja alterado sempre que as circunstâncias que envolverem o processo de conhecimento não forem as mesmas presentes no momento da execução. A cláusula pertence ao Direito Civil, porém é possível fazer uma

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Capítulo XXVII Execução penal.

analogia doutrinária com o Direito Penal, uma vez que existe a possibilidade do juízo da Execução modificar os termos desde que a situação dos fatos tenha mudado.

É importante lembrar que, nessa fase, a citação do executado, não é mais necessária. Acontece que o réu já tem conhecimento da ação penal ajuizada, além de já ter sido intimado da sentença proferida para recurso.

Por fim, faz mister ressaltar que a pena de multa representa exceção, ela necessita de citação.

2.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica da Execução não é tema pacificado na doutrina. Inicialmente, Maurício Kuehne acredita que a natureza da Execução Penal é mista. Segundo o autor, ela contempla normas que repercutem no Direito Penal, Processual Penal, Administrativo e de Execução.²

"Muito embora haja divergência, predomina o entendimento de que a disciplina quanto ao regime da execução das penas inserem o direito material, e como tal, daí derivando suas necessárias consequências, dentre as quais a irretroatividade, quando mais gravosa a situação para o réu."³

Paulo Lúcio Nogueira também defende que a Execução Penal tem natureza jurídica mista, complexa e eclética. O autor acredita que certas normas de Execução pertencem ao Direito Processual quando significam uma espécie de solução de incidentes, enquanto algumas que regulam a matéria de execução pertencem ao Direito Administrativo.⁴

Por fim, vale a pena ressaltar a opinião de Renato Marcão. O autor objetivamente diz que a Execução Penal tem natureza jurisdicional. Afirma que o título executivo proveniente da Execução Penal decorre sim de atividade jurisdicional. Ora, como trata-se de uma Execução forçada decorrente de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, ela só poderá ser feita pelo Poder Judiciário, mesmo que a matéria seja uma atividade complexa e pertença ao rol de atividades administrativas. Mas isto não significa dizer que a natureza transmuda, pelo contrário, o caráter de atividade jurisdicional prevalece em todos os âmbitos, não só no que concerne aos incidentes de execução.

² KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada**. Capítulo Do condenado ao internado. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43.

³ *Ibidem*, p. 43.

⁴ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5/6.

"Envolvida no plano administrativo, não se desnatura, até porque todo e qualquer incidente ocorrido na execução pode ser submetido à apreciação judicial, por imperativo constitucional (art 5º XXXV, da CF), o que acarreta dizer, inclusive, que o rol do art 66 da Lei de Execução Penal é meramente exemplificativo."⁵

A LEP parece ir ao encontro do entendimento acima citado, consoante artigo 194 da referida lei. Dispõe o supracitado artigo que o procedimento correspondente às situações legais será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução. Dessa forma, fica claro que os rumos da Execução Penal são coordenados por órgãos jurisdicionais, o próprio artigo da lei enfatiza o caráter de natureza jurisdicional da execução.⁶

Para o Nucci, a Execução Penal também tem natureza jurisdicional, tendo por finalidade tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, além de envolver é claro atividade administrativa.⁷

Conclui-se então, que a Execução Penal tem inequívoca natureza jurisdicional, possuindo, ainda, caráter de processo judicial contraditório. É a autoridade judicial que conduz a execução e dá última palavra, por isso sua natureza possui o cunho jurisdicional.

2.3 Autonomia da Execução Penal

Uma das características marcantes da Execução Penal é a sua autonomia. Para Nucci, tal instituto é autônomo, no sentido de possuir ciência própria e princípios próprios, mas ao mesmo tempo, exerce dependência com o Direito Penal e Direito Processual Penal. Renato Marcão ressalta:

"A autonomia do Direito de Execução Penal corresponde ao exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no art 2º se estabelece que a jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal."⁸

⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. Capítulo: Dos objetivos e da aplicação da Lei de Execução Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

⁶ Ibidem, p. 33.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Capítulo XXVII Execução penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 998.

⁸ MARCÃO, Renato. Op.cit., p. 33.

Portanto, é possível concluir que a Execução Penal possui autonomia e uma jurisdição especializada, todavia, recebe influências, e muitas vezes, necessita das regras previstas no Direito Penal e Processual Penal.

2.4 Finalidade e Objetivos

Primeiramente, faz mister ressaltar a finalidade da pena. A pena pressupõe uma necessidade social preventiva (geral) e uma reprovação pessoal do agente (especial) pela existência de culpabilidade, ou seja, a necessidade social excluiria ou limitaria a imposição da pena dado o grau de culpabilidade do agente, segundo a realidade do contexto social. O limite mínimo da pena é ditado pela necessidade mínima de prevenção geral, a pena não pode ser irrelevante para a comunidade, deve representar uma espécie de retribuição, daí seu caráter retributivo⁹. Em nosso Código Penal, o artigo 59 expressa a finalidade de sanção penal que a pena exerce, deixando claro que ela é necessária para a reprovação e prevenção do crime.

A finalidade fundamental da Execução Penal é tornar efetiva a pena imposta na sentença ainda na fase do processo de conhecimento. O artigo 1º da LEP preconiza que a aludida Execução tem como finalidade efetivar os dispositivos presentes na sentença ou decisão criminal. Além disso, ela tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, proporcionando a ressocialização. É possível notar que a LEP adotou o sistema de teoria mista ou eclética. Tal sistema preconiza que a pena não deve ser apenas retributiva e preventiva, mas também humana, princípio previsto, inclusive, na Constituição Federal.

Trata-se de importante característica e finalidade da Execução Penal, a aplicação direta do princípio da humanidade. Nucci ressalta que o referido princípio possui fulcro constitucional, conforme o artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, que preconiza a) que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84 inciso XIX, b) caráter perpétuo, c) de trabalhos forçados d) de banimento e) cruéis¹⁰. No mesmo viés, Renato Marcão esclarece que punir e humanizar são objetivos da Execução¹¹. A referida humanização serve para que o ideal de reintegração do preso em relação a sociedade

⁹ Notas de aula.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Capítulo XXVII Execução penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 997 à 1020.

¹¹ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. Capítulo: Dos objetivos e da aplicação da Lei de Execução Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

ocorra. A LEP não busca apenas punir, mas sim ressocializar o preso para que o mesmo não seja excluído quando voltar a sociedade. Por isso, em diversos artigos, ela estabelece direitos e deveres do apenado.

2.5 Espécies de Pena

Nesta parte do capítulo, tem-se como objetivo diferenciar e conceituar cada tipo de pena existente no ordenamento jurídico brasileiro. É de extrema importância analisar cada pena que é imposta ao condenado, à luz não só do Código Penal e Processual Penal, mas também da Carta Magna. Tal análise se faz importante, pois o condenado é sujeito de direitos e merece que sua dignidade seja respeitada em todas as fases penais.

2.5.1 Pena Privativa de Liberdade

Nos termos do artigo 32 do Código Penal, existem três tipos de penas no ordenamento jurídico brasileiro, as penas privativas de liberdade, a restritiva de direitos e por fim a pena de multa.

A característica fundamental da pena privativa de liberdade é a perda da liberdade pelo indivíduo. A referida pena é aplicada por meio da reclusão, detenção e prisão simples. A pena de prisão simples é destinada as pessoas que cometem contravenção, nesse caso a Lei de Execução Penal expressamente veda a imposição de regime inicial fechado. No tocante a reclusão e detenção, é imprescindível ressaltar a diferença entre os referidos institutos. Primeiramente, a reclusão deve ser cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto, ou aberto, já na detenção o cumprimento da pena se dará apenas por meio de regime aberto ou semiaberto. Ademais, a reclusão pode acarretar ainda a perda de poder pátrio familiar e a internação como medida de segurança, enquanto a detenção permite apenas o regime de tratamento ambulatorial. No caso de incidência de reclusão e detenção, deve a reclusão ser cumprida em primeiro lugar.

A sentença trará, além do quantum da pena, o regime aplicado ao caso. As possibilidades são fechado, semiaberto e aberto. O artigo 33 do CP estabelece os requisitos para o estabelecimento do regime inicial.

O artigo 105 da LEP também deixa claro como será o desenvolvimento da execução: "Transitada em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução." ¹²

Após a expedição do guia de recolhimento e após o trânsito em julgado da sentença, ela de imediato ganha força executiva e se inicia a execução. A partir disso, o condenado deve ser submetido ao regime previsto na sentença. É válido ressaltar que a decisão do juiz do processo de conhecimento não poderá ser alterada pelo juízo de execução, pois tem cunho de coisa julgada. A única exceção está prevista no artigo 111 da LEP, demonstrado logo abaixo:

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

Parágrafo Único: Sobrevindo condenação no curso de execução, somar-se-á a pena restante da que está sendo cumprida, para a determinação do regime".

Por fim, o artigo 112 da LEP deixa claro que o Brasil adota o regime progressivo de pena.

2.5.2 Pena Restritiva de Direitos.

Para Nucci, são penas alternativas as que são expressamente previstas em lei, tendo como objetivo evitar o encarceramento de determinados criminosos, autores de infrações consideradas mais brandas, limitando assim alguns de seus direitos¹³. Conforme o artigo 43 do CP temos como pena restritivas de direito: a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana.

Ela tem natureza jurídica de pena autônoma e substitutiva, nos casos previstos no artigo 44 do CP e necessita da anuência do condenado na substituição, o juízo não pode substituir e mandar executar a pena se o condenado não quiser, pois a Constituição Federal veda o trabalho forçado.

¹² CÁPUA, Valdeci Ataíde. **Adoção**: cotejo entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1984-007210-lep/lep105a109.htm>.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

2.5.3 Pena de Multa

Trata-se de sanção penal de caráter personalíssimo que consiste no pagamento de uma determinada quantia pecúnia, anteriormente fixada em lei. O pagamento é destinado ao Fundo Penitenciário¹⁴. Possui as mesmas finalidades que as outras penas, porém no Brasil, estaria se tornando ineficaz em razão da alteração introduzida pela lei 9.268/96, que impediu sua conversão em prisão simples (antigo art. 51, antes da alteração da lei 9.268/96) e, ainda, em razão de artifícios processuais destinados a protelar o pagamento.¹⁵

A LEP dispõe no artigo 164:

"Extraída a certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo, de dez dias, pagar o valor da multa ou nomear os bens a penhora."

Logo, a pena de multa se mostra mais branda, pois não limita a liberdade nem os direitos do indivíduo condenado, apenas age na esfera patrimonial do mesmo. É necessário que após a citação o apenado confirme o pagamento, se não, conforme o artigo citado, seus bens poderão ser penhorados.

2.6 Órgãos da Execução Penal

Nos termos do artigo 61 da LEP, são órgãos da Execução, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo de Execução, Conselho Penitenciário, Departamento Penitenciário, Patronato, Conselho da Comunidade e por fim a Defensoria Pública. Dentre os citados, os principais atores da Execução Penal são o juízo, Defensoria Pública e o Ministério Público.

Primeiramente, é importante ressaltar a importância do juízo da Execução. No artigo 66 da LEP, fica estabelecido a competência do juiz. Em regra, é competente para o processo de executório o juízo da Execução Penal da comarca onde estiver o estabelecimento cuja pena está sendo cumprida, porém é importante ressaltar o artigo 65 da LEP. O referido artigo

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 449.

¹⁵ LOBÃO, Alexandre. **Notas de Aula - 3º Semestre/2013**. Disponível em: <<http://olibat.com.br/aula-31-direito-penal-teoria-da-pena-06-11-12/>>.

autoriza que a lei local de organização judiciária indique regra específica a tal respeito, acrescentando que na ausência de regra particular, competente será o juiz da sentença.¹⁶

No que se refere as incumbências legais do magistrado, é necessário citar o artigo 66 da lei. Conforme o referido artigo, cabe ao juiz aplicar aos casos julgados a lei posterior que de qualquer modo favoreça o condenado e declarar extinta a punibilidade, quando for o caso. Deve ainda o juízo decidir sobre: soma ou unificação de penas, progressão ou regressão nos regimes; detração e remição da pena; suspensão condicional da pena; livramento condicional; incidentes da execução.

Bem, o rol é exaustivo, o juízo ainda tem como dever autorizar saídas temporárias, assim como determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução. Deve fiscalizar, também, a conversão da pena restritiva de direitos e de multa em privativa de liberdade; a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, a aplicação da medida de segurança, como também a substituição da pena por medida de segurança, a revogação da medida de segurança; a desinternação e o restabelecimento da situação anterior; o cumprimento de pena ou medida de segurança em outra comarca; a remoção do condenado na hipótese prevista no § 1º, do artigo 86, desta lei. O juízo ainda é responsável por zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança, por inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

Portanto, conclui-se que o magistrado possui um rol exaustivo de obrigações e deveres inerentes a sua profissão, que são necessárias e fundamentais para atuação democrática do Estado. O agir independente e impessoal do juízo são importantes características no que se refere à Execução Penal, até porque todos os seus atos estão sujeitos ao chamado controle de legalidade, exercido pelo Poder Judiciário.

2.7 A importância do Ministério Público

Nos termos do artigo 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é a instituição permanente e essencial a função jurisdicional do Estado, sendo que lhe é incumbindo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais

¹⁶ MARCÃO, Renato. *Lei de execução penal anotada*. 4. ed. São Paulo, 2013, p. 171.

indisponíveis¹⁷. O "Parquet" também tem sua finalidade estabelecida no artigo 67 e 68 da LEP. De acordo com a referida Lei, cabe ao Ministério Público a fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Dessa forma, além do Ministério Público possuir poder de fiscalizar ele ainda pode intervir em uma Execução Penal que apresente irregularidades. O órgão está obrigado a intervir inclusive recorrendo de decisões judiciais proferidas em sede de execução.

Nucci ressalta que é fundamental que o juiz dê oportunidade, sempre que possível para que Ministério Público tenha acesso aos autos. Tal medida serve para o que o órgão se manifeste, pleiteando o que entende pertinente, principalmente nos casos em que o magistrado nega acesso aos autos. Quando o juízo profere alguma decisão relativa a individualização da pena, é possível arguição de nulidade.¹⁸

"De outra sorte, caso lhe seja negado acesso aos autos, proferindo o magistrado decisões que individualizem a pena, na fase executória, modificando, de algum modo, o título gerado pela sentença condenatória - como ocorreria - com a transferência do sentenciado do regime fechado para o regime aberto, ou com a concessão de livramento condicional - é de se reconhecer a nulidade do que foi praticado sem anuência do Ministério Público."¹⁹

Cabe, ainda, ao Ministério Público, pleitear a favor dos benefícios do condenado, assim como requerer a regressão de regime quando necessário. O artigo 68 da LEP, taxa algumas responsabilidades do Ministério Público, bem como a de fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento, requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo e promover a instauração dos incidentes de excesso ou desvio de execução. Cabe ao "Parquet" requerer, também, aplicação de medida de segurança, assim como a substituição da pena por medida de segurança, a revogação da medida de segurança, a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. Por fim, é incumbido ao Ministério Público requerer a internação, a desinternação e o restabelecimento da situação anterior e interpor recursos de decisões proferidas pela autoridade judiciária, durante a execução.

¹⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Capítulo XXVII: Execução Penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1026.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. Capítulo XXVII: Execução Penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1026.

Fica disposto no parágrafo único do supracitado artigo que o Ministério Público deve visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio. Tais visitas são de extrema importância, pois, consoante Maurício Kuehne, estas servem para verificar se há pessoas presas ilegalmente ou alguma espécie de irregularidade, caso haja, o Ministério Público deverá adotar as medidas cabíveis a fim de que se evite o Constrangimento Ilegal previsto no artigo 146 do CP e cesse as irregularidades existentes. É importante que se ouça os apenados e suas reclamações, que se verifique as condições de higiene das celas e que se fiscalize se as penas estão sendo executadas de acordo com os regimes previstos na sentença. No fim da visita, o Ministério Público deve lavrar o termo circunstanciado em livro próprio, consignado tudo o que puder reputar de relevante.²⁰

Por fim, é imperioso concluir que o rol do artigo 68 não é taxativo e sim exemplificativo. De acordo com Antônio Scarance Fernandes, além das incumbências mencionadas nos artigos 67 e 68, cabe ao Ministério Público praticar outros atos que sejam necessários para o exercício de suas funções. Tanto é assim que nos artigos 195 e 196 da LEP, de forma genérica, é permitido ao Ministério Público dar início a qualquer procedimento judicial. No mesmo âmbito, é permitido que em procedimentos, por ele não iniciados, seja garantida pelo menos a fiscalização da Execução.²¹

2.8 Progressão de Regime

O presente tópico tem como premissa trazer uma análise da progressão de regime no Brasil. Primeiramente, foi feito um retrospecto histórico que explica as raízes e o surgimento da progressão no mundo, logo após, foi demonstrado como se dá o sistema progressivo no Brasil.

2.8.1 Breve Histórico

Bittencourt em sua obra, explica as referências históricas do Sistema Progressivo, iniciando seu raciocínio com o chamado Sistema Progressivo Inglês. Segundo o autor, a maioria dos estudiosos considera o Coronel Manuel Montesinos de Molina, como fundador desse sistema. Manuel se tornou governador do presídio de Valência, em meados de 1834, porém foi o capitão Alexandre Maconochie, que em 1840, na ilha de Norfolk, situada na

²⁰ KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada**. Capítulo: Do Ministério Público. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 68.

²¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **O Ministério Público na execução penal**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante. (Org.). *Execução penal*. São Paulo/SP: Max Lomonad, 1984, p. 31.

Austrália, deu origem ao chamado Sistema de Maconochie, regente maior do sistema progressivo inglês.

"Para essa ilha australiana da Inglaterra enviava seus criminosos mais perversos, quer dizer, aquelas que, depois de haver cumprido pena de *transportation* nas colônias penais australianas, voltavam a delinquir. A severidade do regime a que eram submetidos não era suficiente para impedir as fugas e os sangramentos motins que se sucediam."²²

O sistema Maconochie tinha como característica a medição da duração da pena por uma soma de trabalho e ainda pelo critério subjetivo da boa conduta do condenado.

"A soma era representada por certo número de marcas ou vales, de tal maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito."²³

Caso o apenado não se comportasse de maneira correta, à ele era imposto uma multa. Dessa forma, juntamente com uma boa conduta e com um trabalho realizado de maneira correta e proveitosa, ao apenado era debitado marcas até atingir sua progressão. Nota-se que as marcas que cada um deveria ter antes da liberação deveriam ser compatíveis com a gravidade do crime praticado.

O sistema progressivo era composto por 3 partes, sendo a primeira o isolamento celular e diurno em que apenado refletia sobre sua conduta criminosa, sendo submetido à trabalho árduo e péssima alimentação. A segunda referia-se ao trabalho em comum do preso sob a regra do silêncio, por fim, depois de atingir as determinadas marcas, o condenado chegava a 3ª etapa, chamada de liberdade condicional. Como o próprio nome diz o apenado possuía uma limitada liberdade, cheia de restrições. Ele deveria obedecer fielmente para que então fosse liberado de forma definitiva.

Por fim, o autor ressalta o sistema progressivo irlandês.

"Os sistemas progressivos, em seus diversos matrizes, procuram responder ao inato desejo de liberdade dos reclusos, estimulando-lhes a emulação que haverá de conduzi-los a liberdade. Exatamente aí está a grande diferença com os sistemas pensilvânico e auburniano, que somente pretendiam disciplinar o

²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Capítulo VII: Sistemas Penitenciários. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 151.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Capítulo VII: Sistemas Penitenciários. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152.

regime interior das prisões e a eventual correção dos reclusos no transcurso do tempo prefixado na sentença." ²⁴

A partir do sistema de Maconochie, Walter Crofton, diretor das prisões irlandesas, criou o sistema progressivo irlandês. Além de buscar uma forma mais eficaz de preparar a volta do apenado para a sociedade, Walter criou uma etapa intermediária entre as etapas de Maconochie. Tal etapa era considerada como um meio de prova da aptidão do apenado para a volta do convívio social. Ocorria entre a prisão comum em local fechado e a liberdade condicional.

2.8.2 Sistema Progressivo no Brasil

A Lei de Execução Penal adota também o sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade, em que se passa de um regime mais gravoso para o menos gravoso, desde que os requisitos previstos em lei sejam preenchidos. De acordo com o artigo 112 da LEP, têm-se dois requisitos, subjetivo e objetivo, este se remete ao cumprimento de pelo menos 1/6 da pena. No que se refere ao requisito subjetivo, é levado em conta o bom comportamento carcerário que é provado por meio de um atestado do diretor do estabelecimento prisional. Cumprido os dois requisitos, o condenado terá direito à progressão de regime, pois, atualmente, não é mais necessário a realização de exame criminológico. A progressão tem como um de seus objetivos a prevenção de formação de quadrilha e bandos dentro do presídio, o Estado acredita que ao garantir a progressão de regime, o apenado automaticamente estará mais perto da ressocialização. "A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado e semiaberto, tem como a razão maior a ressocialização do preso, que mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social". ²⁵

É notável que o benefício de progressão de regime é uma forma que a lei encontra para embasar a ressocialização do preso e incentivar o bom comportamento do detento na prisão. Lembra-se que a progressão em casos de Crimes Hediondos, é regida por lei penal especial, sendo de 2/5 quando não reincidente, e 3/5 quando reincidente. Nucci deixa claro que o mérito da progressão não deve ser baseado na infração cometida pelo detento e sim no

²⁴ Ibidem, p. 152.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959/SP, Tribunal Pleno, rel. Min Marco Aurélio julgado 23.2.2006.

seu comportamento, uma vez que a pena à ele já foi imposta e ele de certa forma já está "pagando". Sendo assim, existe a Comissão Técnica de Classificação em cada presídio, que é composta pelo diretor do presídio, dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social. Antigamente, antes da lei 10.972/2003, era de conhecimento notório a participação obrigatória dessa Comissão, dando a ela poderes de propor a progressão de regime e de atuar em questões referentes ao presídio, mesmo quando não provocada, porém atualmente, a referida Comissão tem como premissa a elaboração do programa de progressão para cada preso, não cabendo à ela propor a progressão.

Nucci enfatiza que quem determina a progressão é o juízo da Execução e caso ache necessário poderá determinar a colheita dos dados da Comissão para motivar e finalizar sua decisão quanto a progressão. O mesmo pode ser aplicado quanto a aplicação do exame criminológico, apesar de não ser mais obrigatório para a obtenção do benefício, a doutrina majoritária concorda com a súmula 439 do STJ que estabelece a necessidade do exame criminológico de acordo com as peculiaridades de cada caso, sendo necessário que o juiz exponha o motivo de se usar tal recurso. Isso tudo serve para complementar o "bom comportamento" ressaltado no caput do artigo 112 da LEP.²⁶

No que se refere à Crimes Hediondos, é de conhecimento notório que o STF em 2006 considerou, e com razão, que a vedação do benefício de progressão à crimes hediondos é inconstitucional, uma vez que fere o princípio da individualização da pena. A jurisprudência do STF foi consolidada na lei 11.464/07, permitindo a progressão para regime semiaberto, com 2/5 da pena cumprido e 3/5 da pena para reincidente²⁷. É competente para executar a progressão por regime, o juízo das Execuções, conforme previsto no artigo 66, inciso II, alínea b, da lei 7.210/84.

De acordo com Renato Marcão, a progressão de regime prisional adquire status de direito subjetivo do executado, tratando-se de um direito subjetivo de caráter público pertencente ao executado, não lhe podendo ser negado. Ao ganhar esse status, a progressão não poderá ser negada levando em conta a gravidade da pena uma vez que o princípio da individualização da pena já foi aplicado em fase anterior²⁸. No que se refere a ação penal em

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 401 à 421.

²⁷ Ibidem, p. 401 à 421.

²⁸ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 268.

curso, é imprescindível elucidar que não constitui óbice para a análise de pedido de progressão de regime, o fato do sentenciado estar respondendo outro crime em curso, pois estaria se fazendo uma antecipação de juízo condenatório, indo contra princípio da presunção da inocência.

Notando a defesa que o pedido de tramitação para a progressão está demorando mais do que deveria, deve-se de imediato impetrar Habeas Corpus.

"Havendo injustificada demora na apreciação do pedido de progressão de regime prisional, livramento condicional e comutação das penas, concede-se a ordem, sem supressão de instância, para que, de ofício, se instaurem os procedimentos necessários à concessão do livramento condicional e da redução da pena ao paciente, observando-se evidentemente todos os requisitos legais."²⁹

Portanto, é inadmissível que o apenado arque com o desleixo do Estado em promover a progressão, a defesa exerce papel fundamental em casos de injustificada demora na apreciação do pedido de progressão, pois, como citado anteriormente, o preso é sujeito de direitos e garantias constitucionais que devem ser arguidas em todo momento da Execução Penal. Não se pode submeter o apenado a condições desumanas, e nem ao crime de Constrangimento Ilegal ou Abuso de Autoridade, o juízo e o Estado existem para promover a democracia processual e não para negar vigência as leis infraconstitucionais e constitucionais.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC, 1.414/SP 5ªT. rel Min. Edson Vidigal, DJU DE 16.3.1992. P 3103.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EXECUÇÃO PENAL

A justiça penal não acaba juntamente com o trânsito em julgado da ação penal, pelo contrário, é na Execução Penal que se torna imprescindível assegurar e resguardar ao condenado os princípios constitucionais, penais e processuais penais que a lei o garante. É sabido que todo poder, se não limitado, tende a ser autoritário, por isso existe a necessidade de se estabelecer princípios constitucionais que por meio de sua supremacia, regem as relações jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o Estado tem o dever de seguir a Carta Magna em todos os âmbitos jurídicos, cabendo à Ele submeter-se estritamente à via legal e promover o devido processo legal e a correta execução da pena. Por conseguinte, na Execução Penal, tem o Estado a obrigação fundamental de assegurar o exercício das garantias constitucionais e processuais do condenado, pois, características como humanidade, dignidade da pessoa humana, dentre outras, são preceitos básicos de uma correta execução. Renato Marcão assevera:

"A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da integração existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução."³⁰

Por fim, em razão da natureza jurisdicional da Execução Penal, Renato Marcão defende que é necessário que sejam observados, os princípios da legalidade, imparcialidade do juiz, motivação das decisões judiciais, dentre outros. De maneira particular, para o autor, ainda é importante ressaltar os princípios da dignidade da pessoa humana, humanização da pena e intranscendência da pena³¹. Dessa forma, o objetivo principal deste capítulo é mostrar quais os princípios penais, constitucionais e processuais aplicáveis a Execução Penal.

3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Os princípios constitucionais e penais se integram com o objetivo de reforçar dois dos principais direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana e o devido processo legal³². A dignidade da pessoa humana é fundamento essencial da República Federativa do Brasil e princípio norteador da tutela jurisdicional penal, conforme disposto no artigo 1º, inciso III, da

³⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

³¹ *Ibidem*, p. 28.

³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

Constituição Federal. Tal princípio é fundamental e representa a base de sustentação dos direitos individuais. José Afonso da Silva conceitua³³, que os direitos individuais constituem ramo dos direitos fundamentais, que tem como característica o reconhecimento da autonomia dos indivíduos regidos pelos direito à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade. Neste mesmo viés, Guilherme de Souza Nucci fragmenta o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana, em duas vertentes, transcrito abaixo:

"Há dois primas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: Objetivo e Subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo as suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo artigo 7º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência."³⁴

Diante de tal trecho, fica evidente a tamanha importância da dignidade da pessoa humana na seara penal. O referido princípio serve como impulso para a limitação do poder punitivo do Estado. É importante ressaltar que não só no Direito Penal, mas em geral, os direitos fundamentais sempre buscam a benevolência, o bem estar social da coletividade assim como valorizam o indivíduo isoladamente, daí o surgimento dos chamados direitos individuais. Cesare Beccaria é sublime em afirmar que não existe liberdade onde as leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa³⁵. Luiz Régis Prado também se posiciona acerca do princípio da dignidade da pessoa humana:

"Desse modo, e conseqüentemente com a sua finalidade maior, o Estado de Direito democrático e social deve consagrar e garantir o primado dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusivamente com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização".³⁶

A dignidade da pessoa humana, com o advento da Constituição Federal, eleva-se a status de valor fundamental dos sistemas de direitos fundamentais. Alexandre Morais acredita que a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta

³³ AFONSO, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo, 2010, p. 190 a 200.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

³⁵ BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. Capítulo XXVII. 6. ed.1764, p. 316.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro- parte geral**. Capítulo III- Princípios fundamentais do Direito Penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 137.

singularmente na auto determinação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Assevera ainda que somente em situações excepcionais podem ser feitas limitações ao exercício de direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todos os seres humanos.³⁷

Vale a pena ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana, além de nortear todo Direito Penal e Processual Penal, incide também na Execução Penal. A dignidade do apenado deve sempre ser respeitada, principalmente no que se refere aos seus direitos individuais, garantias e benefícios da Execução, pois o princípio existe para afastar qualquer abuso do Estado ou de autoridades.

Não só as autoridades, mas também a própria sociedade precisa lembrar que ao apenado já foi imputado pena cabível e proporcional à sua infração, não se pode fazer justiça com as próprias mãos, muito menos torturar um apenado pela gravidade do crime que cometeu. Por isso, o princípio da dignidade da pessoa humana é importante, ele afasta qualquer possibilidade do Estado de se aproveitar da vulnerabilidade e fragilidade do condenado. Este já se encontra enclausurado, seu direito à liberdade, um dos maiores bens da vida, já foi perdido, só lhe resta a dignidade enquanto ser humano.

Por fim, mister elucidar que na Execução Penal, o princípio da dignidade da pessoa humana não anda sozinho, ele se desdobra principalmente no princípio da humanidade, proporcionalidade e legalidade. Busca-se, primordialmente, a preservação da integridade física, moral e psíquica do apenado assim como também a ressocialização.

Portanto, a necessidade de se aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana é inequívoca. Tal princípio é tão importante que norteia todas as áreas que se referem a Execução Penal, incluindo os estabelecimentos prisionais, configuração de benefícios, e etc.

3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade deve ser aplicado em todos os momentos processuais em respeito ao Estado Democrático de Direito. A execução penal e a legalidade são completamente indissociáveis, cabe ao Poder Judiciário, por meio do juízo competente

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. Capítulo 1- Direito Constitucional. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 22.

impulsionar, ou seja, nortear, a execução, que deve ser fiscalizada pelo Ministério Público, nos termos do artigo 67, da LEP³⁸. Neste ínterim, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIX, o enunciado do princípio da legalidade dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

No âmbito doutrinário, Nucci acredita que o princípio da legalidade é uma espécie de fixador do conteúdo de normas penais incriminadoras, ou seja os tipos penais, mormente, os incriminadores, que somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanado pelo Poder Legislativo, respeitando o procedimento previsto na Constituição Federal³⁹. Já em sede de Execução Penal, a atuação do princípio em questão, se refere principalmente ao fato de que as penas devem ser executadas em expressa conformidade com as leis e regulamentos norteadores da Execução Penal. Deve-se seguir os parâmetros legais e interpretar as regras previstas na Lei de Execução Penal em atenção as garantias e preceitos constitucionais.

Na LEP, o princípio da legalidade fica evidenciado no artigo 3º. Este estabelece que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Tem-se ainda o artigo 45 que dispõe que não haverá falta e nem sanção disciplinar, sem expressa previsão legal.

3.3 Princípio da Personalidade ou Responsabilidade Pessoal

Um dos princípios mais importantes na seara penal, este tem como premissa assegurar que a pena do condenado não ultrapasse de sua pessoa. Significa dizer que a punição, em matéria penal, não deve ultrapassar a pessoa do delinquente, impedindo assim que qualquer pessoa inocente ou da família pague pelo crime cometido pelo autor⁴⁰. Consoante o inciso XLV do artigo 5º da CF/88, nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo somente a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. Havendo o falecimento do condenado, a pena que lhe fora infligida, mesmo que seja de natureza pecuniária, não poderá ser estendida a ninguém, tendo em vista seu caráter

³⁸ MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 4. ed. São Paulo, 2013, p. 34.

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo III- Princípios do Direito Penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85/86.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 86.

personalíssimo.⁴¹

Dessa forma, a pena imposta na sentença condenatória deve ser imputada somente ao autor da infração penal, familiares e conhecidos não podem ser responsabilizados pela ação do autor. Por consequência, a Execução Penal também possui caráter personalíssimo, devendo ser executado somente quem foi condenado pela sentença.

3.4 Princípio da Proporcionalidade

Segundo Paulo Queiroz, o princípio da proporcionalidade serve para que a pena a ser cominada ou a ser aplicada, guarde justa proporção com o grau de ofensividade da conduta delituosa, objetivando orientar a criminalização de comportamentos pelo legislador, bem como a de sua individualização judicial, devendo a reação penal ser proporcional à infração cometida pelo criminoso, de acordo com o artigo 59, CP⁴². No mesmo viés, Luiz Régis Prado, resume que a pena deve ser proporcionada ou adequada à intensidade ou magnitude da lesão ao bem jurídico representada pelo delito e a medida de segurança à periculosidade do agente. Com efeito, a Constituição, ao estabelecer as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, consagra implicitamente a proporcionalidade, corolário natural da aplicação da justiça, que é dar a cada um o que é seu, por merecimento⁴³. Fixa o artigo 5º, XLVI, as seguintes penas: a) privação ou restrição de liberdade, b) perda de bens, c) multa, d) prestação social alternativa e por fim e) suspensão ou interdição de Direitos.

Na Execução Penal, o princípio da proporcionalidade também deve ser resguardado, uma vez que a pena imposta na sentença penal condenatória será executada. Logo, se a pena cominada for desproporcional ao crime, a Execução por consequência também será, ademais não se pode aplicar um regime mais gravoso para o condenado, pois tal conduta será considerada desproporcional aos ditames legais, além de constituir crime de Constrangimento Ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal.

⁴¹ GREGO, Rogério. **Curso de direito penal**. Capítulo 12- Princípio da Responsabilidade Pessoal. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 20.

⁴² QUEIROZ, Paulo. **Direito penal parte geral**. Capítulo II. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

⁴³ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro- parte geral**. Capítulo III- Princípios fundamentais do Direito Penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 145.

3.5 Princípio da Isonomia da Execução Penal

O referido princípio vem explicitado na Lei de Execução Penal, que dispõe em seu artigo 3º parágrafo único, que não haverá qualquer distinção de natureza racial, social e política entre os condenados. Dessa forma, entende-se que os condenados possuem direitos iguais, não sendo permitido nenhum tipo de distinção, sobretudo por motivos raciais, sociais e políticos. Trata-se, no caso, igualmente, de garantia executória estabelecida em lei e que também deverá ser observada ao longo de toda a via executória.⁴⁴

Sídio Rosa de Mesquita Júnior esclarece que o princípio é uma derivação do artigo 5º da Constituição (caput) e sintetiza que a referida isonomia é relativa, uma vez que os desiguais não podem receber o mesmo tratamento durante a execução da pena. Daí decorre o célebre princípio da individualização da pena, que será motivo de discussão mais adiante.⁴⁵

3.6 Princípio da Humanização da Pena

Um dos princípios mais discutidos em sede de Execução Penal, a humanidade da pena recebe destaque na presente monografia. O referido princípio encontra-se disposto no artigo 5º, inciso XLVII da Constituição Federal, e estabelece que não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. Com a palavra, Nucci:

"Significa que o direito penal deve pautar-se pela benevolência, garantindo o bem estar da coletividade, incluindo-se o dos condenados. Estes não devem ser excluídos da sociedade, somente porque infringiram a norma penal, tratados como se não fossem seres humanos, mas animais ou coisas".⁴⁶

Damásio de Jesus também segue a linha raciocínio de Nucci. Para o autor o réu é pessoa humana e a Constituição Federal tem função primordial de assegurar o princípio da humanidade em diversos dispositivos⁴⁷. O princípio em questão deve ser aplicado antes do processo, durante e principalmente na Execução Penal. O condenado deve ser tratado como um ser humano dotado de direitos legais quando estiver cumprindo sua pena.

⁴⁴ GOULART, José Eduardo. **Os princípios informadores do direito a execução penal**. Capítulo 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 107.

⁴⁵ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática**. Capítulo 1- Das fontes e autonomia do direito de execução criminal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 9.

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo III- Princípios do Direito Penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 85.

⁴⁷ JESUS, Damásio de. **Direito penal parte geral**. Capítulo I: Conceito de Direito Penal. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O princípio em tela busca também coibir a prática de penas corporais ou tortura, a fim de proteger a integridade do preso, conforme artigo 5º, inciso XLIX. Já na Lei de Execução Penal, fica clara a incidência do princípio da humanidade no artigo 40. Tal artigo dispõe que é imposto a todas as autoridades o respeito a integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

A luta pela humanização da pena é algo secular. Cesare Beccaria, Michel Foucault e alguns filósofos do Iluminismo já demonstravam a necessidade de se garantir os direitos individuais, além de serem, em sua maioria, contra as penas cruéis e degradantes da época. Neste âmbito, José Eduardo Goulart assinala:

"Foi através das idéias dos pensadores do século das luzes que se iniciou a reação legislativa contra a crueldade das penas. Assim, a Declaração dos Direitos dos Estados Unidos da América, proposta como emenda à Constituição daquele país,(1789), declara que "nor cruel *and unusual punishments inflicted*. Da mesma forma na França de 1789, a Declaração dos Direito dos Homens e do Cidadão veio a proscrever tais penas. A partir daí então as penalidades cruéis foram, paulatinamente, sendo erradicadas da maioria das legislações".⁴⁸

Portanto, a busca pela humanização é algo histórico e fundamental. Infelizmente, apesar de se ter todo aparato constitucional, é sabido que esse princípio não é respeitado, pelo contrário, a Constituição, parece muitas vezes, perder sua supremacia.

3.7 Princípio da Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena é consequência direta do princípio da legalidade e do princípio da personalidade. Primeiramente, é bom diferenciar os momentos da aplicação do princípio de individualização da pena. Consoante Nucci, têm-se 3 etapas que caracterizam a atuação do princípio em tela. A primeira é chamada de individualização legislativa (fixação do mínimo e do máximo para a pena em abstrato no momento de criação da norma), logo após tem-se a individualização judicial que representa o momento da quantificação da pena, aqui a sanção penal que é imposta pelo magistrado não é mais abstrata como na individualização judicial, mas sim concreta. Por fim, aparece a individualização

⁴⁸ GOULART, José Eduardo. **Os princípios informadores do direito a execução penal**. Capítulo 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 109.

executória que se dá na execução da sanção penal imposta na sentença condenatória, esta feita em estágios.⁴⁹

O princípio da individualização da pena está presente no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;"

Um exemplo concreto de aplicação da individualização da pena é o julgamento HC 97256/RS pelo Supremo Tribunal Federal. O Plenário, por seis votos a quatro, entendeu que a norma contida no art. 44 da Lei de Drogas, ao proibir a concessão de penas restritivas de direitos aos condenados pelos crimes de tráfico, violou a individualização da pena, pois é vedado ao legislador subtrair dos magistrados o poder-dever de aplicar a sanção mais adequada e suficiente para punir o réu.⁵⁰

Entretanto, não é só a Carta Magna que dispõe sobre este princípio, a LEP em seu artigo 5º preconiza que os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da pena. Sendo assim, está-se diante da chamada individualização executória, decorrente do preceito constitucional disposto no 5º, inciso XLVI. A individualização executória é a etapa feita pelo juiz da Execução Criminal, promovendo a devida adequação da pena aplicada à progressão de regime, permitindo que o sentenciado seja transferido, conforme seu merecimento, de um regime mais severo ao mais brando além de lhe proporcionar outros benefícios, como livramento condicional. É um

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 403.

⁵⁰ FALCONI, Francisco. **Breves considerações sobre o princípio da individualização da pena**. Disponível em: <<http://franciscofalconi.wordpress.com/2011/09/03/breves-consideracoes-sobre-o-principio-da-individualizacao-da-pena/>>.

processo dinâmico, no qual o preso, mercê de sua boa ou má conduta, experimenta a atenuação ou o agravamento do rigor da pena que lhe fora imposta na condenação. No que se refere ao agravamento do rigor da pena, admite-se, a regressão de regime, uma vez verificadas as hipóteses do art. 118 da Lei de Execução Penal.⁵¹

A classificação dos condenados abordada pelo artigo da LEP é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas de liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral de regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais⁵². É imprescindível que se faça o exame de personalidade no início da execução para melhor adequação do condenado e para que haja uma maior chance de ressocialização. Por isso, a individualização da execução paira sob dois requisitos, os antecedentes e a personalidade do sentenciado. Entende-se por antecedentes, a história de vida do condenado, sua conduta perante a sociedade, não se limitando apenas aos antecedentes criminais, já no âmbito da personalidade do condenado, segundo Renato Marcão, o termo personalidade se refere a maneira de ser e de funcionar de um psiquismo humano, e através do estudo de sua estrutura, examina-se o conjunto de relações que o indivíduo possui.⁵³

O órgão incumbido para a realizar a classificação dos condenados é a Comissão Técnica de Classificação que tem como função primordial elaborar um programa individualizador da pena privativa de liberdade com o objetivo de uma melhor adequação e proporcionalidade ao preso provisório ou condenado⁵⁴. A Comissão é composta por dois chefes de serviço, um psiquiatra, um psicólogo e um assistente social nos casos de pena privativa de liberdade, não sendo este o caso, a Comissão atuará junto ao Juízo de Execução, sendo integrada por fiscais do Serviço Social, conforme disposto no artigo 7º da Lei 7.210/84.

Por fim, faz mister ressaltar que o Exame Criminológico deixou de ser obrigatório para o benefício de progressão de regime, conforme súmula do Superior Tribunal de Justiça,

⁵¹ BASTOS, Marcus Vinícius. 2º semestre - Aula 14. 2013.

⁵² MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 4. ed. São Paulo, 2013, p. 52.

⁵³ *Ibidem*, p. 57.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Artigo 6º: “A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)”

mas no momento de individualização da pena o exame criminológico ainda é obrigatório, sendo facultado apenas no regime semiaberto, consoante disposto no artigo 8º da LEP.

3.8 Princípio da Motivação das decisões

O Princípio da motivação das decisões encontra fulcro na Constituição Federal, mas precisamente no artigo 93, inciso IX e no Código de Processo Penal, artigo 381. Segundo Fernando Capez, o princípio serve como garantia da sociedade, para aferir a imparcialidade do juiz e a legalidade da justiça das suas decisões⁵⁵. A Carta Magna assegura que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos (Princípio da Publicidade) e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, ou seja, tem o magistrado o dever de explicar o porque de sua decisão, baseado nos ditames legais pré-existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, a motivação para atender à finalidade inspiradora pregada pela Constituição Federal deve ser clara, coerente e completa.⁵⁶

Tal princípio é importante na Execução Penal, uma vez que o juízo deve fundamentar sua decisão quando, por exemplo, nega a progressão de regime ou livramento condicional. Deve-se elencar todos os motivos da decisão proferida, a fim de se evitar conotações aleatórias e ilegais. Ressalta-se que a defesa sempre tem o direito de recorrer ao juízo de execução por meio do chamado Agravo em Execução.

3.9 Princípio do Juiz Natural

O artigo 5º, inciso XXXVII e LIII, da Constituição Federal, proíbe que aconteça os chamados tribunais de exceção e assegura que o julgamento da causa seja feito por juízo previamente escolhido por regras de competência. O Estado tem o dever de assegurar as partes, um juiz previamente designado por lei, evitando-se assim o que o executado seja processado por autoridade incompetente.

Ademais, faz mister ressaltar, que a maior preocupação desse princípio é assegurar a imparcialidade do juiz, pois, em Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos se materializem de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio, o mínimo

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Capítulo 3- Processo. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

⁵⁶ FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. Capítulo 12-A Motivação das Decisões. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 141.

que as partes esperam do magistrado é a imparcialidade⁵⁷. Se o réu tem o direito de ser processado por autoridade competente, o condenado o direito de ser executado por autoridade, também competente.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios do processo penal**. Capítulo IV. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

4 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O presente tópico busca discorrer sobre a situação do sistema prisional. Brevemente, será feita uma análise sobre a estrutura carcerária, superlotação e escassez de vagas nos diferentes regimes prisionais.

4.1 Da Atual Situação

A célebre discussão jurídica, sociológica e política sobre o sistema prisional e sua falta de vagas, traz a tona toda a ineficiência do Estado em relação ao condenado, e conseqüentemente em relação a sociedade. Atualmente, vive-se uma triste realidade, a criminalidade aumenta e a coletividade sofre e urge desesperadamente por punição. Com isso, os presídios superlotam e se tornam ambientes inóspitos e não arcam com seu objetivo maior: a ressocialização.

A violência nas ruas traz um sentimento de insegurança e medo, a mídia faz questão de noticiar os crimes graves e fazer alarde sobre a insegurança que se vive, mas a verdade é que todos, inclusive o Estado, se esquecem dos "bandidos", ou seja, dos condenados por esses crimes. Ora, ninguém busca entendê-los ou ressocializá-los, é mais conveniente somente puni-los e conseqüentemente segregá-los. Hoje, o sistema prisional brasileiro encontra-se em falência, a maioria dos apenados saem com revolta e rancor, e acabam descontando na coletividade, que também os estigma.

Ao mesmo tempo em que se teme pela sociedade no que se refere a criminalidade, também se teme em relação ao condenado. A sociedade parece esquecer que o criminoso volta ao convívio depois de cumprida sua pena, e que se antes ele representava perigo, agora este se intensifica por conta da crueldade vivida no presídio. O crime é o dano social e o criminoso é o inimigo da sociedade, essa é a dura realidade. Qualquer tipo de garantia constitucional ou criminal é vista como uma forma de impunidade, a Lei de Execução Penal parece nem existir. Percebe-se verdadeiras afrontas à referida lei, desde que se refere à estrutura que um presídio deveria ter, até em relação a benefícios. Hoje, o que se vê são condenados cumprindo pena em regime mais gravoso, esperando por julgamentos há anos. Tem-se ainda prisões indevidas e ilegais, torturas, locais insalubres e assim por diante.

O sistema prisional tem servido para aumentar a raiva e o potencial ofensivo do apenado. As mazelas e os sofrimentos passados pelos condenados são inúmeras, vários crimes são cometidos, mas abafados. A época da Lei de Talião, olho por olho, dente por dente, não parece tão longe e ultrapassada. A vingança predomina tanto na sociedade quanto nas autoridades responsáveis pelos detentos. Michel Foucault, já dizia que a prisão é a imagem da sociedade e a imagem invertida da sociedade, imagem transformada em ameaça. Com a palavra, o filósofo:

“Se o crime é um dano social, se o criminoso é o inimigo da sociedade, como a lei penal deve tratar o criminoso ou deve reagir a esse crime? Se o crime é uma perturbação para a sociedade, se o crime não tem mais nada a ver com a falta, com a lei natural, divina e religiosa, e etc, é claro que a lei penal não pode prescrever uma vingança, a redenção de um pecado. A lei penal deve apenas permitir a reparação da perturbação causada à sociedade. A lei penal deve ser feita de tal maneira que o dano causado pelo indivíduo à sociedade seja apagado; se isso não for possível, é preciso que o dano não possa mais ser recommençado pelo indivíduo em questão por outro. A lei penal deve reparar o mal ou impedir que os males semelhantes possam ser cometidos no corpo social”.⁵⁸

Dessa forma, conclui-se que o Direito não é uma ferramenta hábil para se iniciar uma guerra ou cometer vinganças. A sociedade precisa entender que no Direito não se pune o réu baseado no senso comum de justiça, por mais que a revolta seja grande, quanto mais se descontar a raiva coletiva no apenado, mais criminoso ele se torna.

Outro problema recorrente nos presídios refere-se a formação profissional dos agentes que trabalham no aludido ambiente. São pessoas completamente desqualificadas sem nenhum tipo de preparo educacional ou psicológico. O trabalho dessas pessoas não é feito de forma imparcial, é realizado, muitas vezes, baseado em vingança popular e na necessidade de punição pelas próprias mãos. A verdade é que os presídios estão lotados de agentes penitenciários corruptos, brutos e desqualificados que só pioram o ambiente hostil e violento⁵⁹. O apenado, sofrendo de abusos e tortura, encontra motivos de sobra para criar rebeliões, formar quadrilhas e bandos. Ele acredita que seu destino é ser bandido, já que sua dignidade fica em último plano e ninguém o vê como ser humano.

⁵⁸ FOUCALT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Capítulo IV. Conferência 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002, p. 81/82.

⁵⁹ CAMARGO, Ana Claudia. **Reintegração dos presos por meio da educação a distância**. Capítulo sexto: Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília: Ser, 2011, p. 110 à 132.

Depois de contextualizado o ambiente prisional, passamos a análise de sua estrutura. Neste ínterim, afim de ressaltar a situação alarmante do sistema carcerário brasileiro, a edição de janeiro da revista britânica *The Economist* trouxe uma matéria sobre as precárias condições do sistema prisional brasileiro. A reportagem cita o vídeo filmado dentro da penitenciária de Pedrinhas, Maranhão, em que várias cabeças aparecem em cima de dois corpos. A revista afirma que o infernal sistema prisional brasileiro é superlotado, violento e brutalizante. Segundo, *The Economist*, 218 presos foram assassinados desde janeiro de 2013, em prisões de 24 dos 27 Estados do País e que dezenas de outros morreram em circunstâncias suspeitas. Por fim, a revista salienta que o número de prisões e vagas para detentos quadruplicou, para 550 mil, nos últimos 20 anos, apesar de a população do País ter crescido apenas 30% no período.⁶⁰

A supracitada reportagem conseguiu, além de contextualizar de maneira correta a situação prisional brasileira, evidenciar a omissão do Estado em relação ao sistema. *The Economist* é uma renomada revista britânica, que percebeu a necessidade de mostrar para o mundo o caos que assola o sistema prisional brasileiro. Chega ser irônico o fato de que o Estado, teórico garantidor de segurança, saúde, dignidade, não arca com sua obrigação por descaso, e se vê exposto em matérias internacionais que só mostram a realidade carcerária. Se uma revista da magnitude da *The Economist* se preocupa com o sistema carcerário do Brasil, é porque a situação, é no mínimo, medonha.

4.2 Da Falta de Vagas no Sistema Prisional

Além do tratamento degradante sofrido pelos apenados e das condições insalubres nas celas, o sistema prisional enfrenta um de seus maiores problemas: a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais. De acordo com a pesquisadora Ana Cláudia Camargo⁶¹, um dos principais obstáculos enfrentado pelo sistema prisional, é a sua escassez de vagas. Ana Cláudia explica que o crescimento desordenado da criminalidade fez com que os presídios superlotassem mais rápido e que com isso o déficit de vagas crescesse. As celas que suportavam um pequeno número de detentos se tornaram verdadeiros amontoados de pessoas

⁶⁰ TERRA NOTÍCIAS. *The Economist* critica "infernal" sistema prisional brasileiro. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/the-economist-critica-infernal-sistema-prisional-brasileiro,45a5f637edf93410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>>.

⁶¹ CAMARGO, Ana Cláudia. **Reintegração dos presos por meio da educação a distância**. Capítulo sexto: Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília: Ser, 2011, p. 110 à 132.

jogadas. Obviamente, as condições vividas nas celas se tornaram mais insalubres e sub-humanas.

A pesquisa de Ana Camargo apesar de sido feita em meados 2010, ainda encontra-se atual. A situação calamitosa do sistema prisional perdura até hoje. O juiz, Tourinho Neto, ex-Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça e responsável pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário Brasileiro, em entrevista à TV Justiça deixou claro que a situação prisional do Brasil é terrível. Segundo o magistrado, o réu preso em medida cautelar passa três anos aguardando julgamento, quando não aguardando vagas no regime semiaberto. Para o magistrado, a situação é degradante uma vez as celas são cubículos fétidos e sujos.

Nota-se uma clara violação infraconstitucional, uma vez que a Lei de Execução Penal estabelece que o detento em regime fechado tem direito a cela individual, aparelho sanitário e condições salubres. Tal artigo da lei é ignorado pelo Estado e demais responsáveis.

Ainda nesse âmbito, Ana Cláudia fez questão de trazer, em sua pesquisa, estatísticas relacionadas ao sistema carcerário. Segundo dados do INFOPEN, o Sistema de Informações de Penitenciárias, o Estado de São Paulo é o que tem o maior número de presos, seguido por Minas Gerais e Paraná. A pesquisadora alertou que o crescimento se dá principalmente por conta da disparidade social e econômica existente no Brasil. Nesse viés, o DIPEN, a divisão penitenciária do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) constatou que a população carcerária em 1997, totalizava 223.220 pessoas sendo 143.027 homens condenados, 70.540 em caráter provisório, 6.328 mulheres condenadas e 3.325 provisórias. Em 2010, o número aumentou de forma alarmante, o sistema prisional passou a contar com 496.251 presos.⁶²

No que se refere ao ano de 2014, a situação alarmante não mudou. O Brasil, hoje, possui um déficit de 200 mil vagas no sistema penitenciário. Um levantamento feito pelo site G1 juntamente com os governos dos 26 estados e do Distrito Federal constatou que a população carcerária atual do Brasil é de 563.723 presos. Só há, no entanto, 363.520 vagas nas unidades prisionais do país. Logo, por óbvio, conclui-se que não há vagas para os condenados e mais ainda, evidencia-se que o número de presos é maior do que quatro vezes o registrado há 20 anos.

⁶² CAMARGO, Ana Claudia. **Reintegração dos presos por meio da educação a distância**. Capítulo sexto: Sistema Penitenciário Brasileiro. Brasília: Ser, 2011, p. 110 à 132.

Atualmente, pode-se fazer o cálculo de que há 280 detentos por 100 mil habitantes. Em 1993, a proporção era de 85 para cada 100 mil. Trata-se de uma calamidade. De acordo com o Ministério da Justiça, em menos de um ano, aproximadamente 14.000 mil pessoas foram presas⁶³. Com a palavra, o coordenador nacional da Pastoral Carcerária, padre Valdir João Silveira:

"Nenhum estado que construiu mais presídios está dando conta do déficit de vagas. O que é preciso que ocorra é o que está na lei. Isto é, os presos que aguardam julgamento devem ser julgados no tempo certo e os que estão no semiaberto não devem ficar no fechado. Hoje, 40% dos detentos estão aguardando julgamento. A culpa não é só do Executivo, mas do Judiciário, que tem a obrigação de fiscalizar e acompanhar o sistema prisional. Se a situação está como está, é porque não foi feito esse trabalho"⁶⁴

Fica claro, que o sistema prisional está em plena decadência. Um caso emblemático foi vivido no Espírito Santo, a situação retrata fielmente a escassez de vaga. A penitenciária do supracitado Estado vivia uma situação tão precária que os presos foram amontoados em contêineres. Tal fato ocorreu no município de Serra, Região Metropolitana de Vitória. A unidade prisional tinha capacidade para abrigar apenas 144 presos, mas haviam 306 detentos vivendo no estabelecimento. Os direitos e garantias individuais foram violentamente ignorados. No caso em tela, os presos foram literalmente tratados como objetos imprestáveis que são jogados em depósitos, isto é, em contêineres. Afinal, a conduta nada abala uma vez que para parte de uma sociedade alienada, o preso não passa de "lixo humano".⁶⁵

4.3 Da Falta de Vagas no Regime Semiaberto

Faz mister ressaltar a peculiaridade que o regime semiaberto possui. Bem, quando se fala da superlotação do sistema prisional, refere-se à instituição como um todo. Normalmente, o que serve de análise é o regime fechado, por ser mais rígido e por apresentar maiores casos de violação ao direito dos presos. Acontece, que não é só o regime fechado que sofre as mazelas da superlotação, atualmente, o regime semiaberto tem sofrido intensamente com a escassez de vagas. A importância desse regime é notória, uma vez que ele é o principal

⁶³ VELASCO, Thiago Reis e Clara. **Brasil tem hoje deficit de 200 mil vagas no sistema prisional**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/brasil-tem-hoje-deficit-de-200-mil-vagas-no-sistema-prisional.html>>

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema carcerário brasileiro**. A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: <<http://revista.visaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>>

propulsor de benefícios como progressão de regime. Doutrinadores e estudiosos da área penal concordam que o referido regime encontra-se praticamente em falência.

Em 28/05/2013⁶⁶, o ministro Gilmar Mendes convocou a audiência pública com duração de dois dias com o objetivo de discutir com juízes, procuradores e outros especialistas o sistema prisional brasileiro, a fim de subsidiar o julgamento de recurso extraordinário (RE 641.320), com base no qual o plenário do STF vai decidir – com repercussão para todas as instâncias do Judiciário - se o condenado a pena no regime semiaberto (ou que a ele tenha progredido) pode ficar em regime aberto ou prisão domiciliar, caso não haja, no sistema prisional local, adequado para acomodá-lo à noite. Mister ressaltar que Gilmar Mendes é o relator desse recurso.

Segundo o Ministro, o regime semiaberto dos condenados a penas de reclusão “parece pura ilusão”, diante da escassez de estabelecimentos apropriados (albergues, colônias agrícolas ou industriais). Para o Ministro só há 3 formas para solucionar o problema: “só há três formas de buscar soluções para a falência do sistema prisional, comprometimento federativo, alocação de recursos financeiros e integração institucional.”⁶⁷

Diante da situação enfrentada, inúmeros habeas corpus vêm sendo impetrados para garantir o direito líquido e certo do condenado. O Ministro explica que o crescimento da medida, objetiva a merecida progressão ao regime prisional e a liberdade provisória. O Ministro informou que São Paulo é o estado que possui a maior população carcerária do país, há cerca de 6 mil presos que teriam direito à progressão para o semiaberto mas por falta de estrutura adequada para abrigá-los, isso não ocorre.

Logo, o entendimento do Ministro além de suma importância, retrata o caos que o sistema prisional vive. O panorama apresentado demonstra o quanto o sistema é desumano e esquecido. É necessário que as autoridades e o Estado decidam investir nele, não há solução melhor. Ora, a situação carcerária do Brasil é um fato social, aliás, um problema social. Como dizia o filósofo Cessare Beccaria, a finalidade das penas não é atormentar e afligir um ser

⁶⁶ CARNEIRO, Luiz Orlando. Gilmar Mendes diz que regime de prisão semiaberto é "pura ilusão". **Jornal do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/05/28/gilmar-mendes-diz-que-regime-de-prisao-semiaberto-e-pura-ilusao/>>.

⁶⁷ Ibidem.

sensível, o seu fim é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo.⁶⁸

⁶⁸ O PENSADOR. **Cesare Beccaria**. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/autor/cesare_beccaria/>

5 DA PROGRESSÃO POR SALTO

Este tópico refere-se a definição da progressão por salto. Suas características primordiais e razões de seu surgimento também serão discutidas.

5.1 Surgimento, Conceito e Características

A Reforma Penal do Código brasileiro adotou o regime progressivo de cumprimento de pena, o que possibilita ao preso mudar de regime, desde que cumpra 1/6 da pena (crimes não hediondos), e ostente bom comportamento. Tal medida existe para que o preso paulatinamente, se adapte ao regime imposto na sentença penal condenatória e se comporte para que sua liberdade suprimida, aos poucos seja devolvida. O artigo 112 da LEP versa sobre o assunto, assim como o artigo 33 do Código Penal.

A progressão de regime tornou-se uma ótima medida para se aperfeiçoar a ressocialização do condenado. Trata-se de uma forma permitida pelo legislador para se evitar a formação de quadrilhas e bandos e permear a paz dentro do sistema prisional. Todavia, não é raro acontecer do apenado preencher os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela Lei de Execução Penal, mas permanecer no regime mais gravoso, diante da falta de vagas no regime semiaberto.

Diante da falta de estrutura no sistema prisional e a inexistência de vagas no regime adequado, o condenado, por diversas vezes, se ver obrigado em cumprir a maior parte da pena no regime fechado. Como tal conduta viola os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, surgiu no mundo jurídico uma corrente jurisprudencial e doutrinária que passou a admitir, de modo excepcional, a aplicação da progressão de regime “por salto”.⁶⁹

Conceitua-se a progressão por salto como sendo aquela em que o condenado progride diretamente para o regime aberto, sem passar antes pelo semiaberto. Daí o nome, uma vez que o condenado vai direto por aberto, justificando a nomenclatura de salto. A legislação brasileira e a jurisprudência vedam a progressão por salto, por isso a medida representa verdadeira exceção e deve ocorrer nos casos em que não haja vaga suficiente no regime semiaberto. A aludida medida deve ser aplicada provisoriamente.

⁶⁹ CAPEZ, F. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 113.

O fundamento norteador da progressão de regime “por salto” é o princípio da dignidade da pessoa humana. A referida progressão baseia-se na aplicação do princípio supracitado e no argumento de não ser correto, nem adequado, que o condenado cumpra pena em regime mais severo devido à omissão do Estado. Não se pode imputar ao apenado à culpa do sistema prisional não possuir meios apropriados para recebê-lo no regime menos severo.

No que se refere à vedação da progressão por salto, a corrente a favor do instituto já se posicionou acerca do tema. Manter o apenado em regime mais gravoso do que lhe é por direito, nada mais é que Constrangimento Ilegal, previsto no artigo 146, CP. Além disso, tal conduta constitui uma afronta direta ao princípio da dignidade da pessoa humana. A corrente acredita ser cruel submeter o condenado integralmente, durante o cumprimento da sentença, a regime mais rigoroso por falta de vaga no regime adequado⁷⁰. Trata-se de um problema do Estado e não do condenado.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça julgou o HC 118.316/SP:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. DEFERIMENTO DE PEDIDO DE PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PERMANENCIA 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 semiaberto 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 semiaberto, que este aguarde, em regime aberto ou prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, salvo se por outro motivo não estiver preso”⁷¹

A referida ementa de 2009 demonstrou que a progressão por salto possuía embasamento e justificativa. Pelo o que parece, o STJ sabiamente julgou o HC, levando em conta o contexto fático e legal da situação. A dignidade do condenado foi preservada.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula firma entendimento sobre progressão de regime prisional Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106654>.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HC 118.316/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16/4/2009.

Apesar de durante muito tempo a corrente jurisprudencial possuir fortes argumentos para a viabilidade da progressão em questão, a maioria dos doutrinadores e juristas optaram por configurar a progressão por salto como algo impossível. Nucci explica um dos motivos para a vedação:

“Não se tem admito a denominada progressão por salto, ou seja, a passagem direta do fechado ao aberto, suprimindo o estágio no regime semiaberto. Alega-se que tal medida poderia afetar a meta de ressocialização do condenado, que, aos poucos, vivenciando as regras de cada um dos três regimes, pode atingir amadurecimento suficiente para seguir ao regime aberto”.⁷²

Nesse viés, faz mister ressaltar o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça. Apesar da Corte ter permitido a progressão por salto no caso citado acima, no ano de 2012, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou nova súmula que veda a chamada “progressão por salto” no regime prisional. O texto da Súmula 491 diz: “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.” Segundo o Ministro Og Fernandes, tal vedação serve para que os regimes sejam cumpridos de acordo com etapa da vida prisional do condenado.⁷³

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRECEDENTES. PROGRESSÃO POR SALTO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. No caso, o Paciente foi ouvido no procedimento administrativo instaurado para apuração da prática de falta disciplinar e devidamente assistido pela Defensoria Pública, que apresentou consistente defesa técnica. Observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

2. A Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, determina que o apenado ficará sujeito à transferência para o regime mais gravoso se praticar fato definido como crime doloso ou falta grave.

3. O entendimento desta Corte é no sentido de que devem ser respeitados os períodos cumpridos em cada regime prisional. Nem mesmo o fato de o apenado ter cumprido tempo suficiente para os dois estágios no regime fechado autoriza a progressão direta para o aberto.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula firma entendimento sobre progressão de regime prisional Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106654>.

4. Ordem de habeas corpus denegada.”⁷⁴

Mais uma vez, fica comprovado que a Corte acredita que o condenado deve passar por todas as etapas do regime, mesmo não havendo vagas no regime menos gravoso. Contraditório tal pensamento, uma vez que o condenado fica praticamente a pena inteira no fechado, ao invés de progredir. Nesse ínterim, Guilherme de Souza Nucci, enfatiza que benefício da progressão se dá apenas no papel, pois, na realidade, os apenados continuam recolhidos no regime fechado, sob o pretexto de inexistência de vagas no semiaberto.⁷⁵

“O executivo fomenta um autêntico paradoxo, pois não há relato aberto de autoridade policial que deixa de cumprir mandado de prisão - cautelar ou regime fechado - afirmando não haver vagas. Noutros termos, quem é enviado ao cárcere, para efeito de prisão preventiva ou para ingresso no regime fechado, sempre encontra vaga, muito embora não possa ser inserido em presídio lotado, insalubre e sem condições dignas de manutenção. No entanto, quando se trata de passagem do fechado para o semiaberto, controla-se o número de vagas, com o fim de não sobrecarregar o semiaberto”.⁷⁶

Tal passagem enfatiza o desleixo do Estado. O paradoxo citado por Nucci faz todo sentido. A progressão por salto é vedada sob o argumento de que o apenado deve passar por todas as etapas, mas se não há vagas no regime subsequente, não tem problema, o apenado deve ficar no fechado mesmo assim, esperando por uma atenção do Estado. A incongruência é notável. Não se pode submeter um condenado ao regime mais gravoso. Juristas e doutrinadores que defendem a interpretação literal e o princípio da legalidade acerca da progressão de regime, se esquecem que o Brasil não apresenta um sistema prisional digno.

Dessa forma, conclui-se que a progressão por salto traz consigo uma polêmica jurídica. A medida apesar de possuir um caráter excepcional e provisório, representa um verdadeiro desafio para as autoridades e doutrinadores quando o assunto é a sua aplicação.

5.2 Da Viabilidade da Progressão por Salto

O presente tópico tem por objetivo discutir a viabilidade da progressão por salto em face do princípio da dignidade da pessoa humana. Subsidiariamente os demais princípios

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 202.202/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 432.

⁷⁶ Ibidem, p. 432.

constitucionais, as doutrinas, jurisprudências e, por fim, tratados internacionais serão usados como forma de fortalecer o ponto de vista defendido na presente monografia.

5.3 Da Constitucionalidade da Progressão por Salto

O princípio da dignidade da pessoa humana é o elo norteador de toda tutela jurisdicional. Para mais, a dignidade da pessoa humana também é fundamento da Constituição Federal. O aludido princípio encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior. A importância da dignidade da pessoa humana para o Direito Penal é fundamental. Na Execução Penal o princípio também exerce um papel significativo.

Como citado no tópico anterior, a majoritária corrente doutrinária e jurisprudencial veda progressão por salto, sob diversos argumentos. O principal deles refere-se ao fato de que o preso deve paulatinamente passar por todos os regimes para uma melhor ressocialização. Bem, tal pensamento não merece prosperar em face da atual situação carcerária. O apenado que conseguir paulatinamente ser ressocializado no ambiente hostil do cárcere brasileiro será um vitorioso. A falta de estrutura e a falta de vagas, tópicos já debatidos na presente monografia, influenciam negativamente a ressocialização, impossibilitando-a na maioria das vezes. Logo, o argumento usado por essa corrente não condiz com a realidade.

A falta de estrutura e a falta de vagas dão ensejo à progressão por salto. A medida existe para que a dignidade da pessoa humana, direito fundamental, seja preservada. Como o próprio Ministro Vicente Leal deixou claro no RESP 140.015/DF, baseando-se no 3º artigo da Lei de Execução Penal, ao condenado são assegurados todos os direitos não atingidos na sentença, impondo-se o cumprimento desta nos precisos termos do comando expresso no seu dispositivo. Sendo assim, o direito à uma vida digna, mesmo que no presídio, é direito do condenado. Estar preso não é sinônimo de perder seu valor enquanto ser humano. Pelo contrário, o apenado tem direito à saúde, assistência material, educacional e etc. O artigo 40 da lei de Execução Penal é um exemplo clássico do direito à dignidade humana do condenado: “Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”⁷⁷

⁷⁷ BRASIL. **Lei de Execução Penal - LEP - L-007.210-1984**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1984-007210-lep/lep040a043.htm>.

Grife-se integridade física e moral dos condenados. Todo ser humano é dotado desse preceito constitucional, e a partir do momento que o apenado não é valorizado enquanto ser humano, a ressocialização cai por terra e entra a revolta. Isso ocorre porque muitas vezes o preso deixa de ser visto como cidadão que possui garantias constitucionais, e passa a ser visto como um objeto de vingança. O direito à liberdade já lhe foi suprimido, não cabe à sua dignidade também ser retirada. Por isso, o cidadão-presos precisa ser reconhecido como ser dotado de dignidade, entendendo-se esta como qualidade inerente à essência do ser humano, bem jurídico absoluto, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível⁷⁸

“O preso não perde apenas sua liberdade, mas também sua dignidade. Está submetido à humilhação e acaba se sentindo um nada. E é nesse contexto que, depois de cumprida a sua passagem pela casa prisional, voltará ao convívio social. Estigmatizado. Rotulado. Sem possibilidade de adaptação. Invariavelmente retornará à criminalidade.”⁷⁹

Intolerável define a situação do apenado no sistema prisional brasileiro.

Dentro do presídio, a progressão de regime tem um significado para o presidiário. Ele vê nela uma possível mudança de vida, uma esperança de chegar a sua tão sonhada liberdade, mais rápido. Sendo assim, imaginemos então, um detento que obteve seu árduo benefício de progressão, e se vê obrigado a esperar meses, na melhor das hipóteses, pois a maioria trata-se de anos, por vagas no regime semiaberto. O sentimento que o toma é de impotência, de estar sofrendo um abuso pelas autoridades estatais. Todo seu esforço para o bom comportamento e ainda o cumprimento exímio do requisito objetivo, não parecem servir de nada. Neste momento ele é tratado como um objeto e não como ser humano dotado de direitos. A progressão de regime é um direito do apenado e não um favor do legislador. A moral e a auto estima do apenado já ficam abaladas após a condenação penal, pioram na Execução já que seu esforço não é recompensado.

Ora, é frustrante estar preso em um regime mais gravoso, além de ser completamente ilegal de acordo com o Código Penal. A solução mais cabível e que mais respeita a dignidade da pessoa humana é submeter o apenado ao regime aberto, enquanto espera por vagas no

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 125.

⁷⁹ DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. 9 setembro. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>.

regime semiaberto. Agindo assim, os juristas estariam respeitando o apenado e sua dignidade. Não cabe a ele ser prejudicado pela omissão do Estado em relação ao regime semiaberto.

O condenado nada mais é que parte hipossuficiente nessa discussão. Por isso, o princípio da dignidade pessoa humana ganha tanta expressão na progressão por salto, ele serve para evitar abusos dos tribunais e também do Estado, em relação ao direito do condenado. O juízo brasileiro parece esquecer que estamos lidando com o um ser humano e não como uma coisa. Como já dizia, Immanuel Kant, filósofo: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade." ⁸⁰

A progressão por salto se faz necessária justamente para demonstrar que os presos não são animais e nem coisas. Teoricamente, não deveria o presídio servir como depósito de gente e o apenado apenas como um número. Mas essa é a dura realidade.

Nesse ínterim, a Carta Magna em seu artigo 5º, é bem clara e taxativa ao demonstrar que os presos são suscetíveis de direitos como qualquer outro cidadão que esteja livre na sociedade. Segundo Cezar Roberto Bitencourt⁸¹, todos os princípios explícitos ou não na Constituição, têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um adequado sistema de controle penal voltado completamente para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal mínimo e com caráter garantista, conceito defendido pelo filósofo Luigi Ferrajoli. Logo, é notável que a interpretação da norma sempre deve estar voltada a dignidade da pessoa humana, ao princípio da humanidade, proporcionalidade, e assim por diante.

Ademais, faz mister ressaltar que manter o apenado em regime mais gravoso, configura Constrangimento Ilegal, crime previsto no artigo 146 do Código Penal. A liberdade, direito fundamental, é esquecido completamente pela corrente que defende a vedação da progressão. Ainda pode-se alegar a conduta do Estado como Abuso de Autoridade. Para o Direito penal Abuso de Autoridade é o crime que comete alguém com poderes públicos que,

⁸⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal - parte geral 1**. Capítulo II. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40 -54.

no âmbito da sua gestão, realiza atos que desobedecem aos deveres impostos pela lei⁸². Obrigar o apenado a ficar em celas pequenas, fétidas e insalubres, representa uma afronta direta à dignidade da pessoa humana e também Abuso de Autoridade. A progressão por salto é a medida mais cabível, nesse caso, para que se preserve a ideia de estar lidando com um ser humano. A sociedade já estigma o condenado, não cabe ao Estado, agir da mesma forma.

Logo, pode-se concluir que a decisão simplista de inadmitir a progressão por salto ignora a ineficiência do Estado em providenciar a remoção do sentenciado para o estabelecimento adequado e previsto em lei para o cumprimento de sua pena, no fim das contas quem paga por isso é o réu com a privação de sua liberdade e também a sociedade diante dos custos advindos para manutenção de um condenado na prisão.⁸³

5.4 Da fundamentação principiológica

A Progressão por salto encontra fulcro também no princípio da humanidade, uma vez que é proibido penas cruéis, conforme disposto no artigo 5º, inciso XLVI, alínea e. Ora, manter o condenado em regime mais gravoso, nada mais é que submete-lo à uma pena cruel e desumana. Ele não merece estar ali, sendo constrangido a cumprir sua pena em um regime mais gravoso, prejudicando sua integridade física e moral, e esquecendo também a condição de pessoa humana. Ainda neste rumo, ao se inadmitir a progressão por salto, fere-se o princípio da proporcionalidade presente no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. É importante que se busque a proporcionalidade da pena que é imposta ao condenado. Veja, não se pode aplicar uma pena maior do que é previsto penalmente e não deve se aplicar um regime mais gravoso que o previsto. Dessa forma, manter um apenado com o benefício em dia, em regime mais gravoso, é desproporcional à sua pena que agora deve ser cumprida em regime semiaberto, não fechado. A única forma de aliviar a tensa situação, é progredi-lo ao regime aberto.

O tema em questão ainda encontra no fulcro em um dos mais importantes princípios constitucionais: individualização da pena. No caso em tela, será tratado mais precisamente, a

⁸² CONCEITO DE ABUSO DE AUTORIDADE. **O que é, definição e significado.** Disponível em: <<http://conceito.de/abuso-de-autoridade#ixzz2xmdzqprM>>.

⁸³ GECAP- USP. Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da USP. **Finalidades da pena - 7 informações básicas sobre encarceramento.** Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php?option=com_content&view=article&id=45:artigo-a-progressao-de-regime-prisional-per-saltum-e-a-sumula-491-do-stj&catid=27:artigos-publicados&Itemid=31>.

individualização executória. Previsto no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, o referido princípio também está presente na Lei de Execução Penal.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos.”⁸⁴

Não é qualquer preso que faz jus a progressão por salto. O instituto é medida excepcional, por isso encontra fulcro na individualização da pena. Só é passível da progressão por salto, o condenado que preencher os requisitos e estiver sendo mantido em regime mais gravoso, por não haver vagas no regime semiaberto. A própria LEP deixa claro em seu artigo 41 inciso XII, que é direito do preso ser igualmente tratado, salvo quando as circunstâncias exigirem individualização da pena. Tanto é que os condenados são classificados, segundo os seus antecedentes criminais e sua personalidade, a fim de se perpetuar a individualização da pena, consoante artigo 5º da LEP⁸⁵. Logo, o aludido princípio constitucional existe justamente para que as sanções impostas aos infratores sejam personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. No caso da Execução Penal, a aplicação da progressão de regime também deve respeitar a individualização da pena. Não se deve analisar o artigo 112 da LEP de forma isolada e padronizada. Deve o magistrado ficar atento as circunstâncias que envolvem a situação fática. Por isso, na atual conjuntura do sistema prisional, progressão por salto encontra fulcro no princípio em questão.

Por fim, mister ressaltar que a progressão por salto também encontra amparo no princípio da legalidade. Primeiramente, nos exatos termos da Lei de Execução Penal, é assegurado ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. O direito à

⁸⁴ JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/busca?q=artigo+5%C2%BA%2C+inciso+XLVI%2C+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal>>.

⁸⁵ BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. artigo 5º.

progressão, à uma pena justa e não cruel, ao devido processo legal, à dignidade da pessoa humana, estão intactos e perpetuados pelo princípio da legalidade.

Dessa forma, fica evidente que a progressão por salto encontra amparo na Constituição Federal. Visa-se perpetuar a dignidade da pessoa humana, a integridade moral e física do condenado. Não cabe ao condenado ser responsabilizado pela inércia do Estado. Ignorar o desleixo do Estado e optar por deixá-lo em regime mais gravoso, além de ferir diretamente a Carta Magna, constitui crime e embaraça a justiça. Ademais, a segurança é um direito social.

5.5 Do Posicionamento Doutrinário

A maioria da doutrina se posiciona contra a progressão por salto: “Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semiaberto, além da demonstração do mérito.”⁸⁶

Obviamente, ao se analisar a progressão por salto isoladamente, a ilegalidade da mesma é notória, mas ao se contextualizar com a situação carcerária brasileira, ela se torna viável.

Os autores que defendem a viabilidade da progressão por salto se baseiam primordialmente na Constituição. Neste rumo, começemos então com o doutrinador, Guilherme de Souza Nucci. O autor, antes de expor seu pensamento acerca da progressão por salto, alertou que antigamente se mostrava contrário à referida progressão, pois acreditava que o Estado iria equiparar o número de vagas do regime fechado, ao do regime semiaberto. Logo, em sua concepção, não havia motivos para que o apenado esperasse por vagas no regime aberto. O pensamento do autor não passou de utopia, a tão sonhada e defendida equiparação de vagas nunca ocorreu, pelo contrário, o que se configurou, ao longo do tempo, foi o aumento do desleixo estatal acerca do tema. Órgãos como o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que tem como principal função propor diretrizes de política criminal quanto à prevenção do delito e o Departamento Penitenciário Nacional, que tem o dever de

⁸⁶ KUEHNE, Maurício. **Lei de execução penal anotada**. Capítulo: Da Execução das Penas em espécie. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 349.

acompanhar o cumprimento das normas de execução penal no estabelecimento prisional, parecem ser completamente ineficazes⁸⁷. Nesse viés, Nucci:

“É fundamental para a garantia da dignidade da pessoa humana, que os direitos previsto em leis sejam fielmente observados pelo Estado-juiz. Logo, cumprindo a parcela necessária de sua pena no regime fechado e auferindo direito a seguir para o semiaberto, deve-se aguardar período razoável para que o Executivo providencie a vaga no semiaberto, assim não ocorrendo, deve o juiz promover a transferência do sentenciado ao regime aberto, iniciando-se o cumprimento de todas as condições do referido regime.”⁸⁸

No mesmo sentido, Celso Delmanto:

“Em face das garantias da individualização da pena (CR, art. 5º, XLVI), complementada pelo art. 5º, XLVIII que determina que *"a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito"*, e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), é inconstitucional exigir, como pressuposto para a expedição da guia de recolhimento, a prisão do condenado em regime mais gravoso para, somente depois, verificar-se a existência de vaga no regime semiaberto ou aberto judicialmente fixado em decisão transitada em julgado. Não havendo vagas em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, previstos para o regime semiaberto, há de se conceder a prisão domiciliar enquanto aquela falta perdurar”.⁸⁹

Nota-se que os dois autores concordam que não havendo vagas em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar deve o apenado aguardar por vagas no regime aberto. Os doutrinadores são os únicos que conseguem perceber a viabilidade da progressão por salto. É uma tristeza a maioria da doutrina se posicionar contra a referida progressão. É impressionante que no mundo do Direito ainda exista o senso comum. A crítica e análise do tema deve ser feito pelos doutrinadores, até porque o Supremo Tribunal Federal tenta buscar uma solução para o caso. No fundo, o sistema progressivo alimenta a ilusão de favorecer mudanças que sejam progressivamente automáticas, mas nem sempre reais, por isso os doutrinadores precisam se aprofundar no estudo da questão.

Rogério Greco, já se posicionou acerca de cumprimento de pena em regime mais gravoso, apesar de ser contra a progressão por salto. Contraditório tal pensamento, o autor parece analisar a progressão por salto isoladamente, por isso não concorda:

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios do processo penal**. Capítulo XXVII: Execução Penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1022.

⁸⁸ Idem. **Manual de direito penal**. Capítulo XXII: Penas Privativas de Liberdade. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 415 a 416.

⁸⁹ DELMANTO, Celso et. all. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 216 e 229.

“Apesar da previsão legal, o Estado não consegue vaga ou não possui estabelecimentos previstos para que o condenado cumpra sua pena de acordo com as disposições contidas na lei penal. Indagamos: Deverá o agente, em virtude da negligência do Estado, cumprir sua pena em regime mais rigoroso do que aquele que lhe fora imposto? Entendemos que não. Isso porque o condenado tem direito subjetivo de cumprir sua pena sob o regime que lhe fora concedido de acordo com sua aptidão pessoal, na sentença condenatória. Da mesma forma, não pode o condenado cumprir sua pena em regime mais rigoroso, por desídia do Estado.”⁹⁰

Conclui-se, ao menos que os três autores concordam que o apenado não deve ser prejudicado pela desídia do Estado. Portanto, a progressão por salto, é cabível.

5.6 Do Posicionamento Internacional

A progressão por salto também encontra amparo na seara internacional.

Em 14 de Dezembro de 1990, foram adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 45/111, os chamados princípios básicos relativos ao tratamento de Reclusos. Baseados nas Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, criados pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção de Crimes e Tratamento de Delinquentes, os princípios surgem para facilitar a aplicação das referidas regras e para salientar a necessidade da preservação da dignidade da pessoa humana do condenado. Sendo assim, faz mister ressaltar os princípios uma vez que se aplicam a Execução Penal Brasileira. As autoridades internacionais promovem o correto e justo tratamento do apenado. Dentre eles, faz mister ressaltar:

“[1] Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito devido à dignidade e ao valor inerentes ao ser humano.

[4] A responsabilidade das prisões pela guarda dos reclusos e pela proteção da sociedade contra a criminalidade, deve ser cumprida em conformidade com os demais objetivos sociais do Estado e com a sua responsabilidade fundamental de promoção do bem-estar e do desenvolvimento de todos os membros da sociedade.

[5] Exceto no que se refere às limitações evidentemente necessárias pelo fato da sua prisão, todos os reclusos devem continuar a gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e, caso o Estado interessado neles seja parte, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos 6 e no Protocolo Facultativo que o acompanha, bem como de todos os outros direitos

⁹⁰ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal- parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 488/489.

enunciados noutros instrumentos das Nações Unidas.”⁹¹

Consoante os princípios apresentados, fica evidente que a preocupação em guardar a dignidade, a integridade física e a moral dos apenados não se restringe ao âmbito nacional. A maioria dos princípios já se encontram embasados no ordenamento jurídico, porém são muitas vezes esquecidos. À vista disso, as Organizações das Nações Unidas exercem um grande papel no que se refere ao reconhecimento e aplicação dos direitos individuais dos presos na Execução Penal. Nota-se que mesmo havendo princípios constitucionais e infraconstitucionais é necessário que exista princípios internacionais norteando a Execução.

Neste ínterim, nada mais sábio do que elucidar o Pacto de San José de Costa Rica que também trata dos direitos humanos e individuais do apenado, a exemplo cite-se o previsto em seu artigo 5º:

“Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

Nota-se que o referido artigo frisa que toda pessoa, nesse caso, inclui-se o apenado, tem direito a integridade em todos os sentidos possíveis. Ademais, o Pacto deixa claro que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito e dignidade. Ora, isso é justamente o que a progressão por salto busca, trata-se de um direito subjetivo do apenado para que seja resguardada sua integridade e sua dignidade. Com a palavra, José Jairo Baluta:

“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

⁹¹ MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 4. ed. São Paulo, 2013, p. 50.

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”.⁹²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos têm como premissa a preservação da dignidade humana do condenado, da integridade física e moral e dos direitos do condenado. A Declaração e o Pacto fazem questão de ressaltar que a pena privativa de liberdade deve ter caráter de ressocialização e reeducação. O condenado é o ator principal no que se refere ao sistema prisional, por isso possui tantos princípios e garantias, mesmo que só no papel.

Não é a toa que organizações internacionais, tratados e pactos são firmados promovendo o tratamento digno do condenado, pois se busca de toda maneira ressocializar o criminoso. Outrossim, é promovendo a viabilidade da progressão por salto que os preceitos constitucionais exercem sua supremacia e a dignidade da pessoa humana atinge seu objetivo. Os tratados e os pactos servem como base para a viabilidade da progressão por salto, uma vez que todos buscam a realização do direito do condenado e a preservação de seu valor moral e digno.

5.7 Do Posicionamento dos Tribunais.

Antes de 2012, o Superior Tribunal de Justiça vinha julgando situações de progressão por salto, a favor do réu. Nota-se a que a referida Corte optava por não responsabilizar o apenado pela omissão do Estado acerca do regime menos gravoso. Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM CASA DE ALBERGADO. CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR ATÉ A DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA. POSSIBILIDADE. 1. A teor do entendimento desta Corte, admite-se a concessão da prisão domiciliar ao apenado, cumprindo pena em regime aberto, que se enquadre nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal ou, excepcionalmente, como no caso em tela, quando se encontrar cumprindo pena em estabelecimento compatível com regime mais gravoso, por inexistência de vagas em casa de albergado. 2. Recurso especial conhecido e provido.”⁹³

Tem-se ainda outro julgado importante que ressalta a incidência de Constrangimento

⁹² BALUTA, José Jairo. **O processo penal à luz do Pacto de São José de Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997, p. 76.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 28/02/2008, T5 - Quinta Turma.

Ilegal:

A ordem merece ser concedida. Com efeito, é entendimento consolidado desta Corte Superior que submeter apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve o direito de progredir constitui flagrante constrangimento ilegal. À guisa de ilustrar:

Bem assim, incabível justificar-se a permanência do paciente em condições prisionais mais rigorosas do que as que lhe cabem, ou seja, em Penitenciária ao invés de Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, sob o argumento de que faltam vagas no estabelecimento penal adequado. Em tais casos, lícito é o cumprimento da reprimenda em regime aberto, ou em regime domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado.

Ante o exposto, opina o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, para que, confirmando-se a ausência de vaga em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, seja, ao paciente, deferido o direito de aguardá-la em regime aberto ou, se também verificada a falta de vaga em Casa de Albergado, em regime domiciliar."⁹⁴

Consoante as decisões jurisprudenciais apresentadas, nota-se que a progressão por salto era viável para Corte Superior. Ela considerava inadmissível impor ao apenado, progredido ao regime aberto ou semiaberto, o cumprimento da pena como se ainda estivesse em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado.

O que mudou de 2012 até agora? Absolutamente nada, a situação somente piorou. O STJ resolveu ignorar por completo o caos e a ineficiência do Estado em relação ao regime semiaberto e editou um súmula de número 491 que veda a progressão por salto. Ora, a referida progressão representa um verdadeiro retrocesso. Supondo que o Estado tivesse investido no regime semiaberto, e com isso a insuficiência de vagas tivesse sido suprimida, o STJ poderia editar a súmula, um vez que não seria mais necessário fazer com o que o apenado aguardasse no regime aberto, mas nada disso ocorreu. A situação continua calamitosa e degradante, o STJ ao vedar a progressão feriu a Carta Magna. Os tribunais resolveram também vetar a progressão por salto:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME POR SALTO. SÚMULA N. 491 DO STJ. O art. 112 da LEP consagra o sistema progressivo de execução da pena, tornado incabível a chamada progressão por salto do regime fechado diretamente para o aberto, com base, unicamente, no tempo de pena implementado. Inteligência da Súmula n. 491

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 117.089 - Sp (2008/0216692-3). Relator: Ministro Nilson Naves. Impetrante: Antônio Oliveira Nunes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Antônio Oliveira Nunes (preso)

do STJ. AGRAVO DESPROVIDO”.⁹⁵

Ainda nesse viés:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO DE EXECUÇÃO. RETROATIVIDADE DO MARÇO INICIAL PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME. PROGRESSÃO POR SALTO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL (ART. 112 DA LEP). AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Ao contrário do que pretende o agravante, o benefício da progressão de regime não pode ter como termo inicial data retroativa àquela da decisão judicial concessiva, em face do disposto, de forma cristalina, no art. 112 da Lei nº 7.210/84, que exige o efetivo cumprimento de um sexto da pena no regime anterior.

2. O atraso na prestação jurisdicional não pode ser justificativa para descumprimento da legislação vigente, sob pena de ruir todo o arcabouço jurídico que, em última análise, sustenta a pretensão punitiva estatal.

3. Agravo de Execução não provido. Decisão Unânime”.⁹⁵

Ora, os argumentos usados são ínfimos e desatualizados. Não se pode cobrar que o apenado progrida lentamente, se não existe vaga no regime menos gravoso. Os tribunais parecem esquecer que estão lidando com uma vida, com a dignidade do condenado. É crime mantê-lo em regime mais gravoso, isso é óbvio.

Porém, graças ao bom senso da justiça, O STF, já se posicionou a favor da progressão por salto, justamente por ser a medida mais cabível:

“Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. DESCONTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I – Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II – Ante a falta de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto, deve o recorrente aguardar a abertura da vaga em regime aberto. III – Ordem concedida.”⁹⁶

Tem-se ainda:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo Nº 70051422145, Oitava Câmara Criminal, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 31/10/2012.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 109244 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA. I - Consignado no título executivo o regime semi-aberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II - À falta de local adequado para o semi-aberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura de vaga. III - Ordem concedida”. Importante enfatizar, ainda, que a Constituição Federal de 1988 tem como um de seus princípios norteadores o princípio da humanidade. Daí a pena assumir o caráter de prevenção e retribuição ao mal causado. Todavia, não se pode olvidar, também, o seu necessário caráter ressocializador, devendo o Estado preocupar-se, portanto, em recuperar o apenado, nos estritos termos da pena que lhe foi imposta. No ponto, colho excerto do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 105.175/SP: a execução penal, além de objetivar a efetivação, a implementação da condenação penal imposta ao sentenciado, busca também propiciar condições para a harmônica integração social daquele que sofre a ação do magistério punitivo do Estado. Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, “a”, do CPC).”⁹⁷

Vale a pena lembrar que é aguardado o julgamento do RE 641320 pelo STF, que trata sobre a progressão por salto. Até o presente momento, nota-se o apoio da Corte em aplicar a aludida progressão. O STF consegue enxergar a viabilidade da progressão por salto, pois leva em conta os preceitos constitucionais dedicados ao preso, e possui uma análise crítica e real do sistema carcerário.

Dessa forma, conclui-se que a jurisprudência não é pacífica. O STF assim como os demais tribunais citados, já se posicionaram a favor da progressão. Novamente, toca-se no ponto de que o apenado não pode ser penalizado pela omissão do Estado. Ora, o tema em questão, claramente, encontra fulcro na jurisprudência. A viabilidade é notória.

Ainda nesse âmbito, no mês de abril de 2013, o site G1, da Globo, apresentou uma reportagem que retrata o caos do sistema prisional brasileiro, ressaltando a importância da aplicação da progressão por salto:

“A falta de vagas no sistema prisional pode levar 23 mil condenados do regime semiaberto em todo o país para a prisão domiciliar. No regime semiaberto, o preso trabalha em colônias agrícolas ou industriais, segundo determina o Código. Mas, devido à falta de vagas em colônias, muitos ficam em alas especiais dentro de presídios, deixam o local durante o dia para trabalhar e retornam à noite para dormir. Mas mesmo nessas alas, há superlotação – está em gestação no governo um plano para reduzir a

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 753111 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/10/2013, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 10/10/2013 PUBLIC 11/10/2013.

superlotação em presídios.”⁹⁸

De acordo com dados da mesma reportagem, só aqui em Brasília 850 presos aguardam em regime fechado, vagas para o regime semiaberto. O coordenador do CNJ e do Departamento de Monitoramento de Fiscalização do Sistema Carcerário Brasileiro, Luciano Losekan também se mostra a favor da progressão por salto:

“O coordenador do CNJ explica que muitos detentos do semiaberto são réus primários e praticantes de pequenos delitos. Ele pondera, no entanto, que "prisão domiciliar sem fiscalização de nada adianta". Luciano Losekan frisa que, na falta de vagas, são registradas situações "esdrúxulas", como um juiz autorizar prisão domiciliar para quem matou uma pessoa ou manter em regime fechado, com presos perigosos, quem cometeu um furto.”⁹⁹

É muito mais fácil punir o apenado e deixá-lo recluso do que enfrentar corajosamente a situação carcerária e promover a justiça. A progressão por salto significa, mesmo que pequena, uma solução. Dessa forma, ficou claro que a progressão por salto possui viabilidade em nosso ordenamento jurídico.

⁹⁸ OLIVEIRA, Mariana. **Falta de vagas pode levar 23 mil do semiaberto à prisão domiciliar**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/04/falta-de-vagas-pode-levar-23-mil-do-semiaberto-prisao-domiciliar.html>>.

⁹⁹ Ibidem.

6 CONCLUSÃO

O estudo da viabilidade da progressão por salto se mostrou válida no sentido de preservar a integridade, o bom comportamento carcerário e o direito ao benefício do preso. Ficou comprovado que não é justo nem compatível com a seara penal, o preso aguardar por vagas no regime semiaberto, no regime mais gravoso por tempo indeterminado. Que tipo de Estado desestimula o bom comportamento do detento?! Pelo visto o desleixado e utópico Estado Brasileiro Democrático de Direito.

Buscou-se ressaltar ineficiência e o desmazelo do Estado no tocante ao sistema prisional. Por mais que juristas e doutrinadores e até mesmo o STJ entendam que é inadmissível tal progressão, a situação referente a falta de vagas no sistema só fortalece a progressão por salto. Notou-se um desleixo também da doutrina, que não parece se interessar pelo estudo aprofundado do assunto. Dizer que a progressão por salto é inadmissível, é a mesma coisa que ignorar todas as circunstâncias jurídicas que a circunda. A crítica ao sistema parece não ser prioridade da doutrina, no que se refere ao sistema progressivo.

Pelo estudo realizado na presente monografia, foi possível constatar que a Lei de Execução Penal nada mais é que uma verdadeira ilusão quando o assunto é assistência e dignidade do condenado. Todos os preceitos defendidos por ela são completamente ignorados pelo Estado e autoridades responsáveis. Pode-se incluir a progressão de regime neste rumo, uma vez que além dos pedidos dos benefícios muitas vezes serem indeferidos sem motivação idônea, quando deferidos, não são cumpridos. Nada adianta o legislador garantir os direitos do condenado, se na prática eles não são aplicados.

Além disso, percebe-se que os preceitos constitucionais, penais e processuais que norteiam a Execução Penal, também foram esquecidos. Com uma simples leitura da Lei Pátria, seria possível constatar que a progressão por salto tem sua viabilidade baseada na dignidade da pessoa humana, individualização da pena, princípio da humanidade e assim por diante. Portanto, fingir que eles não existem, além de frustrar a tão buscada justiça, representa uma afronta à Carta Magna.

Vale ressaltar que a progressão de regime por salto ainda é questão controvertida na jurisprudência e doutrina. De um lado, juízes e ministros acreditam ser inadmissível a aludida progressão, pois ela frustra a ressocialização paulatina e fere o princípio da legalidade. Teme-

se em dizer que o princípio da legalidade é frustrado quando se veda a progressão, direito inequívoco do apenado. Ficou comprovado que tais argumentos não são compatíveis com a situação carcerária brasileira, eles se baseiam em situações utópicas, que não representam a realidade social do país brasileiro. A corrente majoritária opta por culpar o apenado pela falta de vagas, isso nada mais é que inconstitucional, ponto exaustivamente debatido na presente monografia.

De outro lado, apoiados na Constituição e normas infraconstitucionais, uma parte da jurisprudência e doutrina defende a viabilidade da progressão por salto. Valorizam a dignidade da pessoa humana do condenado e percebem a exceção da aludida progressão. Aguarda-se também um posicionamento final do STF, que até agora se mostra a favor da progressão por salto.

Conclui-se, ainda, que a necessidade de estudar o tema em questão não é apenas de caráter jurídico brasileiro. Tratados internacionais, Declarações das Organizações Unidas e outras importantes ferramentas internacionais ajudam a sustentar a viabilidade da progressão por salto. Ficou claro que cenário internacional considera o condenado como sujeito de direitos e que ele não pode ser vítima de pena cruel e degradante.

É importante que a sociedade encare o sistema carcerário como um problema social que se remete à ela em todos os sentidos possíveis. Manter o condenado em regime mais gravoso, só piora sua revolta. Ao se constranger ilegalmente o agente fere-se sua integridade moral, marcando-o pra sempre. Ora, a progressão por salto se tornou uma espécie de direito subjetivo do condenado e a sociedade deve respeitá-lo, os magistrados não podem ser guiados por clamor social e pelo senso comum.

Dessa forma, diante de todo conteúdo exposto, conclui-se que a progressão por salto é viável tanto em face do princípio da dignidade da pessoa humana, quanto ao que se refere ao déficit de vagas no regime semiaberto.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo, 2010.

ARRUDA, Sande Nascimento de. **Sistema carcerário brasileiro**. A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/sistema-carcerario-brasileiro-a-ineficiencia-as-mazelas-e-o-213019-1.asp>>

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

BASTOS, Marcus Vinícius. **2º semestre - Aula 14**. 2013.

BECCARIA, César. **Dos delitos e das penas**. Capítulo XXVII. 6. ed.1764.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 202.202/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 28/02/2008, T5 - Quinta Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC, 1.414/SP 5ªT. rel Min. Edson Vidigal, DJU DE 16.3.1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula firma entendimento sobre progressão de regime prisional Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106654>.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. HC 118.316/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 16/4/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE: 753111 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 08/10/2013, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 10/10/2013 PUBLIC 11/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.959/SP, Tribunal Pleno, rel. Min Marco Aurélio julgado 23.2.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 109244 SP, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 22/11/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Agravo Nº 70051422145, Oitava Câmara Criminal, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 31/10/2012.

CAMARGO, Ana Claudia. **Reintegração dos presos por meio da educação a distância**. Brasília: Ser, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 12. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.

_____. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Luiz Orlando. Gilmar Mendes diz que regime de prisão semiaberto é "pura ilusão". **Jornal do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/05/28/gilmar-mendes-diz-que-regime-de-prisao-semiaberto-e-pura-ilusao/>>.

DELMANTO, Celso et. all. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social**. 9 setembro. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>.

Disponível em: <http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1984-007210-lep/lep040a043.htm>.

FALCONI, Francisco. **Breves considerações sobre o princípio da individualização da pena**. Disponível em: <<http://franciscofalconi.wordpress.com/2011/09/03/breves-consideracoes-sobre-o-principio-da-individua-lizacao-da-pena/>>.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **O Ministério Público na execução penal.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BUSANA, Dante. (Org.). Execução penal. São Paulo/SP: Max Lomonad, 1984.

FOUCALT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

GECAP- USP. Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da USP. **Finalidades da pena - 7 informações básicas sobre encarceramento.** Disponível em: <http://www.gecap.direito rp.usp.br/index.php?option=com_content&view=article&id=45:artigo-a-progressao-de-regi me-prisional-per-saltum-e-a-sumula-491-do-stj&catid=27:artigos-publicados&Itemid=31>.

GOULART, José Eduardo. **Os princípios informadores do direito a execução penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal- parte geral.** 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de direito penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal parte geral.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSBRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/busca?q=artigo+5%C2%BA%2C+inciso+XLVI%2C+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o+Federal>>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KUEHNE, Maurício. **Lei de Execução Penal anotada.** 9. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LOBÃO, Alexandre. **Notas de Aula - 3º Semestre/2013.** Disponível em: <<http://olibat.com.br/aula-31-direito-penal-teoria-da-pena-06-11-12/>>.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Lei de execução penal anotada.** 4. ed. São Paulo, 2013, p. 171.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Princípios do processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

O PENSADOR. **Cesare Beccaria**. Disponível em: <http://pensador.uol.com.br/autor/cesare_beccaria/>

OLIVEIRA, Mariana. **Falta de vagas pode levar 23 mil do semiaberto à prisão domiciliar**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/04/falta-de-vagas-pode-levar-23-mil-do-semiaberto-prisao-domiciliar.html>>.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro- parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal parte geral**. Capítulo II. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TERRA NOTÍCIAS. **The Economist critica "infernai" sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/the-economist-critica-infernai-sistema-prisional-brasileiro,45a5f637edf93410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>>.

VELASCO, Thiago Reis e Clara. **Brasil tem hoje deficit de 200 mil vagas no sistema prisional**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/brasil-tem-hoje-deficit-de-200-mil-vagas-no-sistema-prisional.html>>