



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DA REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE FATO DEFINIDO COMO
CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO PENAL

Carolina de Souza Sabino

Rio de Janeiro
2019

CAROLINA DE SOUZA SABINO

DA REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE FATO DEFINIDO COMO
CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO PENAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

DA REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO DURANTE A EXECUÇÃO PENAL

Carolina de Souza Sabino

Graduada pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada.

Resumo – A temática abordada no presente trabalho é a análise da constitucionalidade da hipótese prevista no art. 118, I, da Lei de Execuções Penais que trata da possibilidade de regressão de regime por cometimento de novo crime antes da sentença penal condenatória relacionada a essa nova infração penal. Diante dessa hipótese, mostra-se fundamental que o aplicador da lei faça uma interpretação conforme a Constituição, de forma que seja possível adequar a previsão legislativa as garantias constitucionais, que devem ser asseguradas a todos os indivíduos, independentemente de sua condição pessoal, o que também inclui aqueles que estão em situação de cárcere.

Palavras-chave – Execução Penal. Presunção de Inocência. Regressão de Regime. Novo crime.

Sumário – Introdução. 1. Da análise constitucional do art. 118, I, da Lei de Execução Penal. 2. Da inviabilidade da regressão de regime por cometimento de novo crime durante a execução penal. 3. Das consequências da regressão de regime nos moldes do art. 118, I, da LEP. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a hipótese de regressão de regime prisional por cometimento de fato definido como crime doloso durante a execução penal. O objetivo é demonstrar que a punição daquele que pratica novo crime durante a execução penal deve seguir os mesmos parâmetros constitucionais que permeiam o processo penal, afastando a hipótese presente na Lei de Execução Penal que permite a regressão de regime desde logo haja a notícia do cometimento de novo crime.

Nesse sentido, as questões abordadas no artigo perpassam à análise dos princípios constitucionais aplicáveis no momento da regressão de regime, visto que a Lei de Execução Penal é diploma anterior à própria Constituição Federal, e por isso, contém dispositivos que devem ser interpretados à luz da Lei Maior.

O ponto principal do trabalho é demonstrar que as previsões constitucionais a favor dos direitos dos indivíduos em situação de encarceramento não devem ser afastadas apenas pela condição pessoal que o indivíduo apresenta.

Dessa forma, a punição pelo ato ilegal deve ser feita apenas após a persecução penal, e ainda posterior a sentença transitada em julgado, o que se dá em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando de que forma é possível identificar que a hipótese prevista na Lei de Execução Penal de regressão de regime por cometimento de novo crime conflita com dispositivos constitucionais, principalmente no que se refere ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, serão apontados dispositivos constitucionais que permitem identificar esse conflito como forma de reforçar a ideia central do trabalho.

No segundo capítulo segue-se identificando a razoabilidade ou não da regressão de regime na hipótese estudada, a qual é aplicada sem antes garantir ao apenado toda a estrutura prevista na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Para tanto, será discutido como a regressão de regime por cometimento de novo crime pode trazer consequências prejudiciais ao apenado que não foram previstas pelo legislador e que ultrapassam a finalidade da punição pretendida pela norma aplicável.

Já o terceiro capítulo aprofunda a parte prática da pesquisa com o fim de examinar se a hipótese de regressão de regime por cometimento de novo crime deve ser aplicada pelo juiz da execução penal apenas após uma interpretação conforme a Constituição. O objetivo é constatar a necessária releitura do art. 118, I, da Lei de Execução Penal como forma de adequar a norma ao ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho não tem a finalidade de esgotar o assunto de maneira plena, mas visa o debate sobre a divergência existente entre o que está previsto constitucionalmente e o que é aplicado no cotidiano no âmbito da execução penal. O que se pretende é demonstrar que as determinações constantes na Constituição Federal são de aplicabilidade geral, não sendo possível haver distinções quanto a aplicabilidade de direitos em relação aqueles que estão em situação de cárcere.

O método hipotético-dedutivo foi aplicado na presente pesquisa, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa ora realizada, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, visto que o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. DA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO ART. 118, I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho analisando de que forma é possível identificar que a hipótese prevista no diploma que regula as execuções penais de regressão de regime por cometimento de novo crime conflita com princípios constitucionais, principalmente no que se refere ao da presunção de inocência.

A mencionada lei, apesar de ser anterior ao texto constitucional, possui um conteúdo moderno, tendo como um dos seus maiores pilares a garantia aos direitos fundamentais dos presos, o que inclui, precipuamente, o fim de ressocializá-los, ao lado das outras funções, que necessariamente não ocorrem ao mesmo tempo, mas que também tem como finalidade a função retributiva, preventiva geral e especial e reeducativa.

Sobre isso, ainda que esse seja o propósito da lei em análise, ainda assim é possível identificar dispositivos legais que vão de encontro a esse objetivo, podendo ser identificadas algumas hipóteses em que o apenado se encontra desprovido de qualquer direito fundamental previsto constitucionalmente, o que demanda uma atuação positiva do aplicador lei com o fim de afastar essas situações.

Os princípios constitucionais, atualmente, possuem extrema relevância no ordenamento jurídico, e em virtude do seu valor normativo, assim como as regras, devem ter aplicabilidade imediata. Em razão disso, independentemente da situação pessoal do indivíduo, se está em situação de cárcere ou não, esses princípios devem ser observados como forma de cumprimento do texto constitucional.

Sobre isso, os princípios constitucionais de maior relevância e aplicação obrigatória na execução penal, principalmente no que pertine à hipótese de regressão de regime por cometimento de fato definido como crime doloso pelo sentenciado são: o princípio do devido processo legal, que impõe que o processo seja adequado e legitimado pelas normas previstas no código processual, possibilitando a restrição da liberdade do indivíduo apenas quando houver observância dessa prerrogativa; princípio do *ne bis in idem*, configurado pela impossibilidade de dupla punição pelo mesmo fato cometido pelo indivíduo; princípio da legalidade, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei; e princípio da presunção de inocência, caracterizado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, garantindo que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

Nesse ponto, de acordo com o princípio constitucional da presunção de inocência, a sentença transitada em julgado seria o único meio capaz de demonstrar que houve a prática de

crime doloso, situação que apenas existirá após a garantia do contraditório e da ampla defesa. Esses institutos não são assegurados na esfera administrativa, já que nesse momento o acautelado é apenas ouvido momentos antes da decisão que determina a regressão ou não, em audiência de justificação, conforme previsão do art. 118, § 2º da LEP¹.

A presunção de inocência, de acordo com Aury Lopes Jr.², se configura como “um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida, o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos”.

Destaca-se que a interpretação dos princípios constitucionais durante a atuação jurisdicional deve ser feita de acordo com a finalidade prevista pela Lei Maior, de forma que sejam afastadas crenças ou opiniões pessoais daquele que aplicará a lei. Isso porque, ideais próprios não podem configurar fonte de interpretação da lei, o que poderia culminar para uma ofensa ao princípio da isonomia, o que fere toda a unidade que compõe o ordenamento jurídico, impedindo qualquer tipo de segurança jurídica que se espera das relações jurídicas, possibilitando a vida harmoniosa em sociedade.

Por isso, é impossível entender que a hipótese de regressão em análise se trata apenas de uma simples punição administrativa, visto que ela refletirá de maneira decisiva no cumprimento da pena, que tem suas diretrizes norteadas por diplomas legais, não podendo ter sua cognição limitada pela discricionariedade administrativa.

Nesse sentido é que se pode falar que a hipótese de regressão em análise afronta a Constituição Federal, principalmente por ser norma anterior à Carta Magna. O legislador, ao não exigir que haja sentença penal condenatória, bastando a notícia do cometimento de crime doloso para regredir de regime o apenado, impede que direitos constitucionais sejam garantidos aos apenados.

Ademais, é importante que o judiciário exerça um papel mais ativo no que se refere a aplicação do diploma que regula as execuções penais, dando destaque à análise dos dispositivos que afrontam o texto constitucional, possibilitando o seu afastamento pela aplicação do instituto da interpretação conforme a Constituição.

Para tanto, a análise da regressão de regime por cometimento de novo crime deve ser feita de forma restrita, já que o ordenamento jurídico não permite outra solução senão apenas a aplicação de normas que estejam de acordo com o texto constitucional, visto que o

¹BRASIL. *Lei nº 7210/84*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

²LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

ordenamento jurídico é uno e coerente, fazendo com que todas as normas que dele derivam estejam em consonância com a norma fundamental, identificada como a presente no topo da pirâmide jurídica.

O momento de criação da LEP é anterior ao próprio regime democrático, refletindo os valores de uma época em que o país não vive mais. Sobre o assunto, destacando a importância da interpretação da norma ao contexto histórico de sua aplicação, entendendo Miguel Reale³ que:

[...] dizemos, assim, que uma regra ou uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação nas circunstâncias históricas e sociais em que se encontra no momento o intérprete. Isto não quer dizer que sejamos partidários do Direito livre. Assim, o juiz não pode deixar de valorar o conteúdo das regras segundo tábua de estimativas em vigor no seu tempo. O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.

Dessa forma, cabe ao julgador responsável pela execução penal no caso concreto afastar a aplicação literal da norma em debate de forma que fique evidenciado que a regressão de regime por cometimento de novo crime está condicionada a existência de trânsito em julgado da sentença condenatória respectiva.

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal entendem que é suficiente a aplicação da regressão direta do apenado mediante a notícia de cometimento de novo crime, ainda que não exista sentença penal condenatória relativa à nova conduta, o que pode ser considerado como uma grave violação ao princípio da presunção de inocência.

Nesse aspecto, ainda que esse seja o entendimento dos Tribunais Superiores, o tema em análise continua sendo de grande relevância em virtude do atual panorama que o ordenamento jurídico se encontra, visto que a questão central deste trabalho voltou a ser objeto de discussão no STF, que deve analisar um ponto relevante que poderá impactar na questão ora em debate.

Até o ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal entendia que a execução provisória da pena só deveria ocorrer quando do último julgamento do recurso possível, como forma de prestigiar o princípio da presunção de inocência. Esse entendimento ficou pacificado até o ano de 2016, momento em que ficou determinado que seria possível a execução da pena logo após a condenação em segunda instância.

Contudo, como o tema ainda levanta grandes debates, atualmente estão pendentes para análise Ações Diretas de Constitucionalidade com o fim de retornar o debate sobre o

³REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 508.

assunto no STF, o que indica uma inconstância sobre a definição da constitucionalidade da prisão preventiva no momento em que ainda não há uma sentença definitiva transitada em julgado.

2. DA INVIABILIDADE DA REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE NOVO CRIME DURANTE A EXECUÇÃO PENAL

Ao analisar a finalidade do processo penal, de plano, a ideia que se instala é a de quele objetiva exclusivamente à aplicação a lei penal, como um instrumento do poder punitivo do Estado. Contudo, principalmente com o advento do atual texto constitucional, deve-se relacionar o processo penal como um meio limitador da atuação punitiva do Estado, podendo servir, também, para absolver inocentes. Isso se deve ao fato de que o processo penal permite que as garantias constitucionais sejam asseguradas ao indivíduo diante da acusação estatal.

A aplicação da pena deve ser feita pelo Estado de acordo com os preceitos constitucionais. Com isso, o *jus puniendi* deve ser exercido diante da aplicação de todas as formalidades intrínsecas ao direito de punir atribuído ao Estado. O *jus puniendi*, então, possui relação estreita com os princípios constitucionais, que permitem a correta aplicação da pena ao indivíduo, que não pode ser prejudicado exclusivamente pela sua condição pessoal.

Nesse sentido, o legislador, ao não exigir que haja sentença penal condenatória nos termos analisados, bastando a notícia do cometimento de crime doloso para regredir de regime de cumprimento de pena o reeducando, impede que direitos constitucionais sejam garantidos a ele.

A partir daí o que se tem é a dualidade entre a previsão legal da hipótese de regressão em face de princípios previstos constitucionalmente, em especial, ao que trata da presunção de inocência. Sobre o tema, J.J. Gomes Canotilho⁴ ressalta que “os preceitos ou normas (regras e princípios), que integram a Constituição, encontram-se num grau hierarquicamente superior em face de todas as demais normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro”.

Com isso, tendo em vista o fato de a Constituição encontrar-se no topo do sistema jurídico, não é possível admitir que haja dispositivos de lei incompatíveis com ela, seja no aspecto formal ou material.

⁴CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 92.

No que tange à regressão de regime por cometimento de novo crime durante a execução penal, é possível identificar a polarização ora analisada. Isso porque, essa hipótese legal menciona que a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, refletindo clara afronta a inúmeros princípios constitucionais.

Sabe-se que durante a execução penal, quando a autoridade administrativa atuante no sistema carcerário tem a notícia do possível cometimento de novo crime pelo apenado, a informação é passada ao juiz da execução penal responsável para que ele aplique, desde logo, a regressão de regime.

Sobre esse novo crime, também é iniciada nova persecução penal, paralela à execução da pena, com o fim de identificar autoria e materialidade, que se estiverem presentes, darão início a uma ação penal, permeada pelas garantias previstas pela Constituição Federal ao processo penal.

Dessa forma, deve ser feita uma análise anterior a instauração do processo penal correspondente, o que ocorre na esfera administrativa, em procedimento sumário e incidental, caracterizado como um meio insuficiente para a correta constatação do episódio. Com isso, esse julgamento precário pode vir a conflitar com eventual absolvição do acautelado no processo judicial, que também analisará o fato, mas que é posteriormente instaurado, o que pode ocasionar a aplicação de duas sanções distintas sobre a mesma conduta.

Logo, essa hipótese deve ser aplicada em respeito as previsões constitucionais, em especial, seus princípios, de maneira que, diante da notícia do cometimento do fato definido como crime doloso, para a aplicação das sanções respectivas a essa conduta, deverá o juiz se certificar que há uma respectiva sentença judicial transitada em julgado, em respeito ao princípio da presunção de inocência.

Destaca-se que o momento de criação do texto normativo que regula as execuções penais é anterior ao próprio regime democrático, refletindo os valores de uma época em que o país não vive mais.

Sobre isso, é importante ressaltar que essa lei foi recepcionada pela Carta Magna em razão de sua aparente compatibilidade formal e material com a Constituição atual. Contudo, sabendo que o texto maior inovou em inúmeros aspectos no ordenamento jurídico brasileiro, não é de se estranhar que seria impossível que uma lei anterior à carta política não apresentasse incompatibilidade com os preceitos fundamentais constitucionais.

Nesse sentido, é necessária uma atuação positiva quanto ao afastamento ou adequação de normas claramente inconstitucionais que estão inseridas em diplomas que foram recepcionados pela Constituição de 1988.

Isso se deve ao fato de que a punição administrativa em decorrência da notícia de cometimento de novo crime afeta drasticamente a situação pessoal do apenado, momento em que é aplicada a norma infraconstitucional em detrimento da Constituição Federal. Com isso, sabendo que apenas em respeito ao processo penal, que é norteado pelas garantias constitucionais, é possível direcionar efetivamente uma instrução criminal, deve a norma em análise ter seu texto interpretado conforme a Constituição.

Dessarte, é importante que o judiciário exerça um papel mais ativo no que se refere a aplicação da Lei de Execução Penal, dando destaque à análise dos dispositivos que afrontam a Constituição Federal, possibilitando o seu afastamento pela aplicação do instituto da interpretação conforme a Constituição. Para tanto, a análise da regressão de regime por cometimento de novo crime deve ser feita de forma restrita, já que o ordenamento jurídico não permite outra solução senão apenas a aplicação de normas que estejam de acordo com o texto constitucional.

Dessa forma, cabe ao julgador responsável pela execução penal, no caso concreto, afastar a aplicação literal da norma que prevê a hipótese em análise de forma que fique evidenciado que a regressão de regime por cometimento de novo crime está condicionada a existência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória respectiva.

Ademais, sabendo que os princípios também têm força normativa, no caso do princípio da presunção de inocência, preceito constitucional, conclui-se que ele está hierarquicamente acima da regra estabelecida previsto no artigo analisado, diploma legal que deve se adequar ao comando maior.

Por consequência, como sabido, a interpretação de dispositivos legais à luz de princípios constitucionais não ofende a súmula vinculante n.10, a qual diz que viola a cláusula de reserva de plenário a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Isso porque, no caso, não haverá afastamento ou declaração de inconstitucionalidade do artigo analisado, o qual continuará a ter vigência, mas será aplicado diante de uma interpretação conforme a Constituição Federal.

3. DAS CONSEQUÊNCIAS DA REGRESSÃO DE REGIME NOS MOLDES DO ART. 118, I DA LEP

Superadas as questões trazidas nos capítulos anteriores, passa-se à análise das consequências advindas da hipótese de regressão de regime por cometimento de novo crime durante a execução penal, momento em que serão abordadas algumas inconsistências advindas da aplicação dessa hipótese legal.

Conforme disciplina o art. 52, primeira parte, da Lei nº 7210/84⁵ a prática de crime doloso durante a execução caracteriza falta grave. Nesse sentido, a análise da falta grave que ora se faz é baseada apenas nas que são caracterizadas como crime, já que o diploma normativo que trata da execução penal apresenta outras modalidades de falta grave que também gerarão a regressão de regime, mas que não necessariamente são tipificadas como ilícito penal, apenas possuindo relevância no âmbito da execução penal.

Sobre isso, ao combinar o art. 50 ao art.118, I, da Lei de Execução Penal⁶ identifica-se que algumas hipóteses não foram previstas pelo legislador quando da edição das respectivas normas.

Isso porque, sabendo que apenas por meio do processo penal haverá o respeito a direitos, regras e princípios constitucionais, a partir dele é que se concretizará a preservação da liberdade jurídica do indivíduo contra o Estado. Nesse sentido, então, é que se pode falar que apenas por meio do processo penal é que se pode identificar a possível atuação do apenado que se configure prática de crime doloso, mas que, de certa forma, é legitimada pelo Estado.

A hipótese em análise é da eventual ocorrência de algum ato de legítima defesa realizado pelo acautelado que será considerado como prática de infração disciplinar caso não haja a demonstração eficaz da ocorrência da excludente de ilicitude. Nesse sentido, é possível identificar que o procedimento administrativo disciplinar, na maioria das vezes, é insuficiente para comprovar a circunstância em exame, já que o instituto possui peculiaridades para a sua configuração, o que exige exame atento quanto a sua presença.

Sobre o assunto, explica Bitencourt⁷:

⁵BRASIL. *Lei nº 7210/84*, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

⁶Ibidem.

⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 11 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 317.

A legítima defesa, nos termos em que é proposta pelo nosso código Penal, exige a presença simultânea dos seguintes requisitos: agressão injusta, atual ou iminente; direito próprio ou alheio; meios necessários usados moderadamente; elemento subjetivo; *animus defendendi*. Este último é um requisito subjetivo; os demais são objetivos.

A excludente de ilicitude é um instituto do direito penal que tem previsão no Código Penal. Para a sua caracterização é preciso demonstrar que houve, de forma indubitosa, uma atuação do agente de forma moderada para repelir injusta agressão atual ou iminente, em relação a direito próprio ou de terceiro.

Ao partir do pressuposto de que o modelo carcerário do Brasil é precário, esse fator facilita a falha do Poder Público quanto ao monopólio da força, que tem como regra a responsabilidade do Estado quanto à resolução dos conflitos, sendo a autodefesa apenas uma exceção.

Dessa forma, em virtude do emaranhado de relações que se estabelecem em uma unidade prisional, é possível que haja a necessidade do acautelado se socorrer do instituto da legítima defesa, situação que dificilmente seria constatada por meio da análise do procedimento administrativo disciplinar.

Além disso, não se pode retirar do indivíduo a possibilidade de se utilizar da legítima defesa como excludente de ilicitude apenas pela sua condição pessoal de apenado, já que todos os indivíduos são iguais perante a lei.

Destaca-se que durante a execução da pena o direito à integridade física e moral do acautelado ainda subsistem, os quais não são passíveis de suspensão, havendo apenas restrição de direitos de outra esfera, como da liberdade, de recreação e de visita, por exemplo.

Nesse sentido, tendo em vista que o intuito da aplicação da pena é a de também ressocializar o indivíduo, não é coerente impedir o apenado de se autodefender em uma situação de perigo apenas pelo receio de que, em todo caso, sua conduta lhe gerará prejuízos, ainda que não a tenha dado causa.

Essa situação ainda se agrava ao fato de que o juízo da execução penal não é especializado em investigar e julgar fatos típicos, mas apenas em executar penas, fiscalizar seu cumprimento, o que torna a atividade atípica de apuração do delito totalmente irregular, podendo-se falar em um verdadeiro juízo de exceção.

Outro ponto a ser destacado é que, dada a possibilidade de regressão de regime prevista na hipótese analisada neste trabalho, é possível que o apenado regrida para modalidade mais gravosa que a prevista originariamente em sua pena estipulada em sentença penal condenatória.

Com isso, diante da possibilidade de a decisão administrativa sobre a falta grave ser alterada posteriormente em virtude do resultado do processo criminal que também apurará o fato em sede judicial, é possível que o apenado seja transferido para regime mais gravoso sem que isso tenha sido previsto na própria sentença penal condenatória, o que viola o princípio da individualização das penas.

O princípio da individualização das penas está presente em três momentos: na fase legislativa, judiciária e executória. Na fase legislativa, compete ao legislador estabelecer pena mínima e máxima para cada dispositivo penal, em atenção à adequação da pena ao fato delituoso, em respeito ao princípio da proporcionalidade. Na fase judicial, a individualização da pena ocorre no momento da elaboração da sentença, oportunidade em que é definido o quantum penal a ser atribuído ao indivíduo, além do regime de cumprimento de pena, que de acordo com o princípio da legalidade, deve respeitar os limites da tipicidade do fato e do quantum da pena. Por fim, na fase executória é determinado o programa de classificação dos condenados, de forma que cada um receba a forma de execução adequada de acordo com as suas condições pessoais.

Dessa maneira, em respeito ao princípio da individualização das penas, o juiz, no momento da prolação da sentença, adequa a sanção ao fato praticado pelo indivíduo, levando em conta, principalmente na fixação da pena, dentre outros aspectos, a conduta social e a personalidade do agente.

Esse fator ainda se agrava a partir do momento em que se identifica que as consequências trazidas pela regressão não antes prevista em sentença ao acautelado ocorre em um ambiente totalmente prejudicial ao indivíduo, como já identificado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento realizado pelo Ministro Marco Aurélio Mello.

O julgamento se deu sobre a medida cautelar na ADPF nº 347⁸, em setembro de 2015, momento em que utilizou-se a técnica de Declaração de Estado de Coisas Inconstitucional no âmbito do sistema carcerário em relação a jurisdição constitucional brasileira. No julgamento cautelar, visto que o mérito ainda não foi apreciado, constatou-se que o sistema carcerário brasileiro é um grande violador dos direitos fundamentais dos presos, motivo pelo qual, um dos pedidos da ação consta como:

[...] d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão [...];
e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 11 set. 2019.

condicional e a suspensão condicional da pena [...]; f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal e g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f” [...].

Nesse contexto, quando ocorre a regressão de regime no juízo da execução penal de forma precária, sem observância as particularidades mencionadas ao longo do trabalho, há ofensa ao princípio da individualização das penas, pois será possível que o agente, inicialmente condenado ao regime semiaberto, por exemplo, seja transferido para o regime fechado, o qual tem maior restrição da liberdade previsto no Código Penal.

Em decorrência disso, se houver posterior descaracterização da falta grave na esfera judicial, a regressão terá ocorrido de forma desnecessária, e o tempo em que o acautelado passou no regime mais gravoso causará consequências irremediáveis, que afrontam o princípio ressocializador da pena.

Ademais, destaca-se que essa situação ainda se agrava quando se está diante da possibilidade de regressão cautelar de regime de cumprimento de pena, permitida no ordenamento jurídico brasileiro, e ocorre na hipótese em que, diante do cometimento de falta grave, o apenado tão logo regride de regime, sem a oitiva do condenado. Com isso, o indivíduo pode regredir de regime antes mesmo da realização da audiência de justificação, a qual, atualmente, só é exigida quando da regressão definitiva. O STJ, nos termos do voto da Ministra Maria Thereza De Assis Moura, no julgamento paradigmático do HC 325.262/SP⁹, entendeu da seguinte forma:

[...] Nos termos da jurisprudência desta Corte, é desnecessária nova oitiva do sentenciado em juízo antes da homologação da falta grave se ele teve a oportunidade de se manifestar no âmbito do procedimento administrativo instaurado para apurar a infração disciplinar, acompanhado da defesa técnica. Precedentes. 3. A caracterização da falta grave justifica a regressão de regime prisional, a interrupção do lapso temporal para obtenção de benefícios, exceto para o livramento condicional, o indulto e a comutação de pena, bem como a perda dos dias remidos [...].

De acordo com esse entendimento, basta que o procedimento administrativo disciplinar assegure o contraditório e a ampla defesa para que se torne desnecessária a nova oitiva do apenado após a notícia do cometimento de novo crime. Contudo, ainda assim pode-

⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 325.262/SP*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642389049/habeas-corpus-hc-462719-rs-2018-0196974-8/relatorio-e-voto-642389090>>. Acesso em: 20 set. 2019.

se entender que a não realização da audiência de justificação, mesmo que o PAD tenha se realizado de maneira regular, fere direitos constitucionais do apenado.

Isso porque, a restrição da liberdade do indivíduo vai ser determinada por órgão que não é jurisdicional, podendo o apenado ser enviado para o regime de restrição máxima de liberdade, como o regime fechado, sem que a questão tenha sido remetida ao próprio juízo da execução, que é o juiz natural, e o apto para reconhecer a falta grave e para determinar a aplicação das consequências legais decorrentes desse fato.

Dessa forma, verifica-se que a dispensa de procedimentos garantidores de direitos, como os que asseguram a ampla defesa e o contraditório, são justificados pela ineficácia do Estado em promover a persecução penal em tempo hábil, o que faz com que o poder de punir do Estado esteja sobreposto ao direito de defesa do indivíduo em situação de cárcere.

Ressalta-se que o STF reconheceu, no Recurso Extraordinário (RE) 776823¹⁰, cujo tema identifica-se pelo de n. 758, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a repercussão geral do tema ora em debate, situação em que será discutida a necessidade ou não de condenação com trânsito em julgado para considerar como falta grave o cometimento de novo crime durante a execução da pena, cuja ementa se destaca em virtude dos pontos relevantes relacionados à matéria:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANIFESTAÇÃO SOBRE REPERCUSSÃO GERAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. ART. 52 DA LEP. FALTA GRAVE. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO POR CRIME DOLOSO PARA CARACTERIZAÇÃO DA FALTA GRAVE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. RELEVÂNCIA JURÍDICOSOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA NOS AUTOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Desse modo, como cabe ao STF proferir o julgamento final sobre o assunto, e como a este Tribunal compete a guarda da Constituição Federal, outro entendimento não pode ser proferido senão o que garante o afastamento da aplicação literal da hipótese de regressão de regime por cometimento de novo crime antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória respectiva.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 776823/RS. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6751916>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CONCLUSÃO

O presente trabalho se debruçou sobre a importante discussão acerca da análise da constitucionalidade da regressão de regime por cometimento de novo crime antes da sentença penal condenatória relacionada a essa nova infração penal. Como visto, a controvérsia central se pautou no estudo da compatibilidade ou não do diploma que rege as execuções penais, em específico, a norma aplicada a essa hipótese, com a Constituição Federal, já que esta é posterior a aquela.

Em regra, quando a autoridade administrativa atuante no sistema carcerário tem a notícia do possível cometimento de novo crime pelo apenado, a informação é repassada ao juiz da execução penal responsável para que ele aplique o art. 118, I, da Lei de Execução Penal.

A partir daí, não são assegurados ao indivíduo em situação de cárcere o direito ao contraditório e a ampla defesa, direitos previstos constitucionalmente, já que desde logo pode o juiz regredir, de maneira cautelar, o apenado, situação que agrava demasiadamente sua atual forma de cumprimento de pena.

Durante as reflexões trazidas neste trabalho foi possível concluir que, na hipótese do art. 118, I, da LEP, é necessário que o aplicador da lei faça uma interpretação conforme a Constituição, de forma que seja possível adequar a previsão legislativa com as garantias constitucionais, que devem ser asseguradas a todos os indivíduos, independentemente de sua condição pessoal, o que inclui aqueles que estão em situação de cárcere.

Diante desse panorama, destaca-se a importância da análise da norma em questão, visto que o *jus puniendi* é um direito exclusivamente atribuído ao Estado, que deve ser exercido diante da aplicação de todas as formalidades inerentes a ele. O *jus puniendi*, então, possui relação estreita com os princípios constitucionais, que permitem a correta aplicação da pena ao indivíduo, que não pode ser prejudicado exclusivamente pela sua condição pessoal.

Dessa forma, por saber que a Constituição Federal se encontra no topo do sistema jurídico, não é possível admitir que haja dispositivos de lei incompatíveis com o Texto Maior, principalmente no que se refere a um dos princípios mais importantes atribuídos aos indivíduos, que é o princípio da presunção de inocência.

Em razão disso, é evidente o perigo que se instala sobre o possível processo de flexibilização na proteção a esse direito, e também quanto aos outros tratados neste trabalho, que como analisado, ao serem inicialmente flexibilizados em relação aos indivíduos em situação de cárcere, inevitavelmente esse panorama poderá se refletir sobre as outras esferas

jurídicas da população, trazendo insegurança jurídica e incertezas sobre a aplicação do direito em si.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral*. 11 ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 325.262/SP*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642389049/habeas-corpus-hc-462719-rs-2018-0196974-8/relatorio-e-voto-642389090>> Acesso em: 20 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642389049/habeas-corpus-hc-462719-rs-2018-0196974-8/relatorio-e-voto-642389090>>. Acesso em: 11 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra. Editora Coimbra, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18 ed. v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.