

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

CAROLINA DE SOUZA SABINO

**REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE NOVO CRIME
DURANTE A EXECUÇÃO PENAL: uma análise à luz do princípio da
presunção de inocência**

**Juiz de Fora
2016**

CAROLINA DE SOUZA SABINO

**REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE NOVO CRIME
DURANTE A EXECUÇÃO PENAL: uma análise à luz do princípio da
presunção de inocência**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva.

**Juiz de Fora
2016**

CAROLINA DE SOUZA SABINO

**REGRESSÃO DE REGIME POR COMETIMENTO DE NOVO CRIME
DURANTE A EXECUÇÃO PENAL: uma análise à luz do princípio da
presunção de inocência**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Ms. Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Ellen Cristina Carmo Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. João Becon de Almeida Neto
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016

A Deus, dedico o meu agradecimento maior, pois sempre será a força que me sustém diariamente.

AGRADECIMENTOS

Cinco anos se passaram e eu tenho muito a agradecer. Não falo, exclusivamente, pelo término do curso superior, que por si só é considerado um grande feito, mas por aquilo que realmente pode ser reputado como conquista, que foi o apoio e a presença da minha família.

Considerando que o prazer da vida, para mim, é estar na companhia daqueles que amo e diante de todo o apoio recebido durante esse período que agora finaliza, outra coisa não posso fazer senão agradecer ao meu pai, iniciando por ordem de antiguidade, exemplo de perseverança, honestidade e sabedoria, que desde pequena me ensinou os valores e as vantagens que o estudo nos proporciona, não medindo esforços para que meus sonhos se realizem, encarando-os como seus.

À minha mãe, a pessoa que sentiu minhas dores e que permaneceu firme durante os meus momentos de fraqueza, me apoiando com o seu carinho e cuidado e que sempre me alertou para não esquecer do casaco para ir às aulas, pois na “UFJF faz muito frio de manhã”, (Sabino, Tânia Maria).

À Roberta, minha irmã mais velha, que me inscreveu no vestibular e confiou que daria certo, aquela que sempre acreditou em mim e que sempre estará disposta a me ajudar, uma certeza que nunca será questionada.

À caçula, Juliana, a filha com mais benefícios, que esteve a todo o momento pronta para cuidar de mim, uma segunda mãe, presente em toda etapa importante da minha vida, pronta para me escutar e tomar partido ao meu favor.

Dessa forma, espero poder agradecer vocês eternamente, pois o meu desejo é que estejamos juntos sempre. Também desejo ser o motivo do agradecimento de vocês, já que além de me amarem, também os amo.

“Porque o fim da lei é Cristo, para a justiça de todo aquele que crê”.

Romanos 10:4

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a regressão de regime pelo cometimento de fato definido como crime doloso durante a execução penal sob um aspecto constitucional. A controvérsia central reside na aplicação desta hipótese de regressão regime sem a existência de uma sentença penal condenatória referente ao novo crime, o que ofende inúmeros princípios constitucionais e, em especial, o princípio da presunção de inocência, previsto pela primeira vez no ordenamento brasileiro pela Constituição Federal de 1988.

Para tanto, estudou-se os princípios constitucionais que incidem na execução penal, especialmente os que são atingidos pela aplicação do dispositivo legal em análise, passando-se ao exame das hipóteses de regressão de regime previstas na Lei de Execução Penal, com análise direcionada a aplicação do art. 118, I, primeira parte, da LEP. Por fim, foram identificadas as inconsistências e consequências decorrentes do constrangimento sofrido pelo sentenciado diante da situação em debate, expondo, posteriormente, casos reais obtidos junto ao juízo das execuções penais da Comarca de Juiz de Fora relacionados ao estudo deste trabalho.

Palavras-chave: Regressão de Regime. Novo Crime. Presunção de Inocência. Controvérsias.

ABSTRACT

This study aims to analyze the regression regime because commission defined as intentional crime during the criminal enforcement through constitutional provisions. The main controversy lies in the application of this hypothesis regression system without the existence of a criminal sentence on the new crime, which offends many constitutional principles and, in particular, the principle of presumption of innocence, first predicted in the Brazilian legal system by 1988 Federal Constitution.

Therefore, we studied the constitutional principles that focus on criminal enforcement, especially those affected by the application of the legal provision under review, going to the examination of cases of regression planned scheme in the Penal Execution Law, with targeted analysis application of art. 118, I, first part of the LEP. Finally, the inconsistencies and consequences of the embarrassment suffered by the sentenced to the situation under discussion were identified, exposing subsequently actual cases obtained from the Court of Criminal Enforcement of Juiz de Fora County related to the study of this work

Keywords: Regime regression. New Crime. Presumption of Innocence. Controversies.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
LEP	Lei de Execução Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES NA EXECUÇÃO DA PENA.....	12
1.1 Princípio da presunção de inocência.....	14
1.2 Princípio do devido processo legal.....	15
1.3 Princípio do <i>ne bis in idem</i>	16
1.4 Princípio da legalidade.....	17
2 A FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO PENAL E A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO.....	19
2.1 Jurisprudência dos Tribunais.....	23
2.2 Súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça e a Repercussão Geral reconhecida.....	25
2.3 Inconsistências e consequências.....	26
2.4 O princípio da presunção de inocência frente ao art. 118, I, primeira parte, da Lei de Execução Penal.....	35
3 CASOS OCORRIDOS NA COMARCA DE JUIZ DE FORA.....	41
3.1 W. L. G. S.....	41
3.2 F. A. V.....	42
3.3 F. S. S.....	43
CONCLUSÃO.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

A execução penal, regida pela Lei 7210/84, é conhecida pelo seu texto moderno e por propor o respeito aos direitos fundamentais dos presos, focando, principalmente, na ressocialização dos mesmos. Contudo, ao fazer uma análise detida do texto legal, observa-se inúmeras situações em que o sentenciado se encontra vulnerável diante desta atuação jurisdicional a que é submetido.

Tal situação se agrava pelo fato de a Lei de Execução Penal ser anterior a promulgação da Constituição Federal, o que faz com que alguns de seus dispositivos se tornem inconstitucionais em razão do teor inquisitivo presente em parte do texto legal.

Dessa forma, o presente trabalho pretende analisar a controversa aplicação do art. 118, I, primeira parte, da LEP, o qual versa sobre a regressão de regime de cumprimento de pena decorrente da prática de crime doloso durante a execução penal, compreendida sob a ótica dos princípios constitucionais, mais especificamente do princípio da presunção de inocência, considerando sua relevância na seara criminal, área onde há grande interferência estatal no âmbito da liberdade individual.

A aplicação dos princípios constitucionais é de grande importância para o ordenamento jurídico em razão de sua normatividade, o que torna sua aplicabilidade, nos casos concretos, imediata. Assim, tais princípios também devem ser utilizados como parâmetros para a aplicação das demais normas, as quais deverão ser interpretadas de acordo com o texto constitucional.

No tocante à regressão de regime motivada pelo cometimento de novo delito, observa-se que tal possibilidade pode entrar em conflito com determinadas previsões constitucionais, podendo ferir diversos de seus princípios, em especial o princípio da presunção de inocência.

A jurisprudência majoritária entende que a aplicação direta do dispositivo legal basta quando se tem a prática de novo delito, não havendo violação ao princípio da presunção de inocência a regressão de regime enquanto não sobrevier a sentença penal condenatória. Todavia, alguns aplicadores do direito e parcela da doutrina possuem posicionamento diverso, entendendo pela interpretação constitucional do artigo.

É nesse sentido que o problema do presente estudo está baseado: a simples prática de novo delito pelo sentenciado basta para a aplicação do artigo 118, I, primeira parte, da LEP ou há necessidade de que se aguarde o trânsito em julgado da sentença condenatória?

O objetivo geral deste trabalho é examinar a aplicação da hipótese de regressão de regime prevista no art. 118, I, primeira parte, da LEP, frente aos princípios constitucionais. Já o objetivo específico pretende identificar se há conflito entre a previsão legal e o texto constitucional, dando atenção particular para análise da aplicação do princípio da presunção de inocência, o que se fará com base no entendimento dos aplicadores do direito que atuam nesta seara e também na doutrina relacionada ao tema.

Destaca-se que o presente trabalho foca tão somente no estudo do cometimento de fato novo definido como crime doloso pelo sentenciado que ocasione a regressão de regime de cumprimento de pena, de forma que não será analisada a possibilidade de tal falta grave sujeitar o preso, ou condenado, ao regime disciplinar diferenciado.

No mais, a importância do presente trabalho reside, basicamente, no relevante estudo da contraposição entre previsão legal e texto constitucional, que neste caso se dá pela análise da hipótese de constranger o sentenciado a cumprir pena em regime mais severo face à simples notícia de cometimento de novo delito, sem a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado, situação que pode violar o texto constitucional.

Dessa forma, o primeiro capítulo deste trabalho analisará a importância da aplicação dos princípios constitucionais no âmbito da execução penal. Após, serão analisados, detalhadamente, os princípios incidentes na execução penal, delimitando o exame àqueles que são atingidos pela aplicação do artigo 118, I, primeira parte, da LEP.

No segundo capítulo será examinada a falta grave na execução penal e a prática de fato definido como crime doloso, demonstrando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema, com posterior identificação de suas inconsistências e consequências, dando especial atenção ao princípio da presunção de inocência.

Por fim, no terceiro e último capítulo, serão apresentados casos concretos ocorridos no juízo das execuções penais da Comarca de Juiz de Fora que estão envolvidos com o tema deste trabalho.

Ressalta-se que o método utilizado neste trabalho foi o dedutivo, realizado através de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES NA EXECUÇÃO DA PENA

A Constituição Federal está no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerada, em virtude de sua relevância e conteúdo, como norma hierarquicamente superior às demais. Essa condição não se modifica no âmbito da execução penal, devendo todo texto legal, de forma geral, estar atrelado às garantias constitucionais previstas na Carta Magna.

No Estado de Direito, onde estão solidificados os conceitos de constitucionalidade e legalidade, a eficácia de qualquer intervenção penal, seja ela também em processo de execução de pena, não pode estar relacionada à diminuição das garantias individuais, uma vez que as mesmas devem ter observância obrigatória.

Nesse sentido, os princípios constitucionais, considerados como norteadores da atividade jurisdicional, de acordo com Canotilho (2003, p. 1255), são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. Assim, diferente do que ocorre com as regras, os princípios não fazem proibições ou permissões expressas, são aplicados ao caso concreto, através do processo de ponderação.

A interpretação dos princípios deve ser feita de acordo com a finalidade presente no ordenamento jurídico, desvinculando-se da crença do intérprete sobre qual deveria ser esse fim, sob pena de tornar a atividade desenvolvida pelos operadores do direito uma mera expressão de ideais próprios.

Assim, tendo como plano de fundo o Estado de Direito, é imprescindível que o valor da pessoa humana seja utilizado como parâmetro de todo o ordenamento jurídico com o consequente reconhecimento do caráter vinculante dos princípios constitucionais na busca pela sua efetivação, no sentido de tornar realidade os mandamentos de otimização por eles trazidos.

Sobre o assunto, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 975):

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema,

subversão de seus valores fundamentais, contumélia irrenunciável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

A execução penal também deve se ater aos princípios constitucionais pertinentes ao direito penal e processual penal, como forma de respeito ao Estado de Direito e à observância aos direitos sociais, civis e políticos dos cidadãos, já que durante a execução da pena, direitos de origens diversas são atingidos pela sentença penal condenatória.

A atual Constituição Federal inovou em relação às demais Constituições anteriores quando buscou consolidar e efetivar as liberdades e garantias fundamentais, incluindo na ordem jurídica nacional princípios antes não previstos constitucionalmente. Essas alterações são percebidas desde logo quando da leitura do seu preâmbulo, onde há clara intenção de assegurar o exercício ao indivíduo de direitos sociais e individuais, o que inclui o direito a liberdade, a segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Nesse sentido, tendo em vista essa nova formulação constitucional, as normas infraconstitucionais vigentes apenas terão aplicabilidade caso guardem compatibilidade com o texto da Constituição em vigor. Logo, havendo incongruência entre as normas ordinárias e as atuais previsões constitucionais, não haverá recepção de tais dispositivos.

Assevera-se que em caso de recepção, haverá um ordenamento jurídico indiviso, com a vigência de normas jurídicas compatíveis com o novo texto constitucional, no sentido de não se admitir a manutenção de dispositivos que não estejam de acordo com a Lei Maior.

Contudo, o que se vê, na prática, é a aplicação de normas incompatíveis com a Constituição Federal de 1988, as quais, claramente, violam princípios e direitos fundamentais. Logo, até que seja declarada a inconstitucionalidade dessas normas, cuja eficácia se dará obrigatoriamente perante todos, em respeito ao princípio da supremacia da Constituição, deve o aplicador do direito, diante das possibilidades de aplicação da norma, realizar a interpretação conforme a Constituição.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 1185) “Deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição”.

Como se sabe, a Constituição é utilizada como parâmetro para a validade do ordenamento jurídico pátrio, o que deve ser observado não apenas no momento da confecção de novas leis, mas, principalmente, no processo de interpretação das mesmas, não sendo

permitido ao aplicador do direito ater-se à simples leitura das normas sem utilizar o processo de interpretação que leva em consideração as previsões constitucionais.

No caso do presente trabalho, a interpretação literal do artigo 118, I, primeira parte da LEP não condiz com o texto constitucional, o que afeta diretamente inúmeras garantias previstas na atual Constituição.

Feitas essas considerações preliminares sobre o assunto, é oportuno examinar alguns princípios constitucionais incidentes na execução penal, especificamente quanto ao caso da prática de fato definido como crime doloso pelo sentenciado durante a execução de sua pena.

1.1 Princípio da presunção de inocência

O ordenamento brasileiro introduziu o princípio da presunção de inocência pela primeira vez com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, com previsão em seu art. 5º, LVII, no título dos direitos e garantias fundamentais.

Consagrado como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito, também conhecido como princípio do estado de inocência ou princípio da não culpabilidade, o princípio da presunção de inocência significa que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Visando proteger a liberdade pessoal, a norma contida no art. 5º, LVII da Constituição Federal indica que para romper com esse estado de inocência é preciso que o Estado promova, de maneira eficaz, a comprovação da culpa do réu.

Conforme Norberto Avena (2011, p. 30):

Na medida em que a Constituição dispôs expressamente acerca desse princípio, incumbe aos Poderes do Estado torná-lo efetivo – o Legislativo, criando normas que visem a equilibrar o interesse do Estado na satisfação de sua pretensão punitiva com o direito à liberdade do acusado; o Executivo, sancionando essas normas; e o Judiciário, deixando de aplicar no caso concreto (controle difuso da constitucionalidade) ou afastando do mundo jurídico (controle concentrado da constitucionalidade) disposições que não se coadunam com a ordem constitucional vigente.

Dessa forma, tem-se que os princípios constitucionais, em especial o princípio da presunção de inocência, são limitadores do poder estatal, garantindo, assim, proteção a dignidade da pessoa humana.

No mais, conforme prevê o princípio em análise, o acusado de praticar uma infração penal deverá ser protegido por eventual sanção penal antecipada, no sentido de que, necessariamente, haja um julgamento justo, em respeito ao devido processo legal e ao contraditório e ampla defesa. O Estado deve assegurar que todas as garantias constitucionais sejam observadas ao suposto autor, garantindo que o mesmo não tenha sua liberdade cerceada até que se prove sua culpa, com consequente sentença transitada em julgado.

Vale ressaltar que o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade norteia o Direito brasileiro não somente através da Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LVII, sendo também prevista no art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no art. 8º, inciso II, da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 14, inciso II, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

1.2 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal estabelece que os indivíduos somente terão sua liberdade restringida quando observado o devido processo legal. Trata-se de um princípio constitucional geral do Estado de Direito, aplicando-se também a diversos ramos do ordenamento jurídico, como do processo penal, administrativo e civil.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu art. XI, inciso I, assegura que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A Constituição Federal de 1988 foi a que inicialmente previu de forma expressa a cláusula do devido processo legal, em seu art. 5º, LIV, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Este dispositivo contempla, portanto, toda circunstância em que o indivíduo vê seu direito ameaçado, ainda que de esfera patrimonial.

Da mesma forma, o princípio em análise prevê que o processo seja propriamente devido, adequado e legitimado pelo Estado Democrático de Direito, atrelado à ideia de um governo limitado pelo Direito, no sentido de que os indivíduos possam resistir ao arbítrio dos governantes.

O princípio do devido processo legal deve atuar no processo de execução penal em razão da magnitude de um princípio constitucional desse nível. Logo, esse princípio não deve se ater apenas ao processo de conhecimento, estendendo-se àquela etapa em que o indivíduo sofrerá a coerção executiva da sanção aplicada.

Nesse sentido, já que a liberdade individual só sofrerá algum tipo de restrição quando observado o princípio do devido processo legal, nos casos em que serão necessários ajustes para a sua continuidade, tal procedimento apenas se concluirá quando também observado o princípio em análise.

1.3 Princípio do *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* prevê a proibição de nova punição ao indivíduo pelo mesmo fato, impossibilitando que o Estado submeta-o a uma dupla condenação ou a um duplo processo em razão de uma mesma prática delituosa. Isso se deve ao desacerto em sujeitar alguém a uma segunda punição derivada de um mesmo fato delituoso, ou à insegurança de um novo processo, por uma mesma infração penal.

O referido princípio é considerado como uma restrição ao poder punitivo do Estado, sendo essencial ao Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana em que se procura preservar a garantia da liberdade, visando resguardar a segurança jurídica do indivíduo frente ao Estado, ainda que, eventualmente, seja sacrificado o interesse da coletividade.

Destaca-se que o princípio em análise manifesta-se como *ne bis in idem* material, consubstanciado na impossibilidade de impor ao indivíduo mais de uma sanção penal em razão da mesma prática delitiva e como *ne bis in idem* formal, caracterizado como a proibição da instauração uma nova ação penal motivada pelo do mesmo fato, bem como a realização de um novo julgamento após o indivíduo já ter sido previamente julgado por essa razão ou por já estarem em curso processo ou investigação instaurados por idêntico motivo.

Desta forma, sendo o princípio do *ne bis idem* limitador da atuação punitiva do Estado, constata-se sua necessária aplicação no processo de execução penal, principalmente no caso de regressão de regime por cometimento de novo crime, uma vez que além da regressão, o sentenciado sofrerá os efeitos decorrentes da sanção imposta pelo processo de conhecimento que apurará a prática do novo delito.

1.4 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, garantia do Estado Democrático de Direito, está previsto no art. 5, II, da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Dessa forma, apenas a lei pode determinar proibições e criar direitos, estando os indivíduos submetidos a estes comandos legais, podendo fazer tudo o que a lei não proíbe, contanto que o comportamento não seja vedado por lei.

Todavia, o princípio em análise não se resume apenas na confecção de leis com sua posterior aplicação, abrangendo também a função de garantir a criação de leis que estejam de acordo com o procedimento preestabelecido para sua elaboração, assim como certificar se o conteúdo desta regra está de acordo com os preceitos constitucionais.

Assim, o princípio da legalidade, então, estabelece que o legislador respeite o procedimento adequado previsto para a confecção das leis, observando o que o texto constitucional estipula sobre o tema. Assim, terá legalidade formal a lei que respeita as previsões constitucionais estabelecidas para a sua aprovação.

Observada a legalidade formal, passa-se para a análise da validação da regra, que se dará quando verificada a legalidade material. Esta, por sua vez, estará presente quando a previsão legal permanece de acordo com as garantias e direitos constitucionais, em respeito ao Estado de Direito e à Constituição Federal, lei hierarquicamente superior que deve orientar a atuação de todo o ordenamento jurídico.

Assim, uma lei não deve ser aplicada apenas por ser uma lei, mas por ser dotada de validação formal e orientação constitucional.

No mais, destaca-se que no próximo capítulo deste trabalho será feito um confronto entre os princípios constitucionais acima estudados e a aplicação do art. 118, I, primeira parte

da LEP, que trata da hipótese da regressão de regime por cometimento de novo delito durante a execução penal, onde serão detalhadamente destacados os aspectos em que tais mandamentos são feridos, dando atenção especial ao princípio da presunção de inocência.

2 A FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO PENAL E A PRÁTICA DE FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO

Os regimes de cumprimento de pena previstos na Lei de Execução Penal são três ao total: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto, com distinção entre eles quanto ao nível de restrição da liberdade do sentenciado. Durante a execução da pena, a possibilidade de progressão de regime ocorre quando o apenado preenche o requisito temporal, que corresponde ao cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior em caso de crimes comuns, 2/5 quando o crime é hediondo e não há reincidência e 3/5 na situação de reincidência em crime hediondo.

Ademais, também é condição cumulativa para progressão de regime de cumprimento de pena o preenchimento do requisito subjetivo, que caracteriza-se quando o sentenciado possui bom comportamento carcerário. Contudo, em razão da LEP não conceituar o que seria bom comportamento carcerário, na Comarca de Juiz de Fora, o juízo das Execuções Penais faz uma analogia à mesma previsão existente no Decreto anual de indulto, entendendo que o requisito subjetivo estará preenchido pelo sentenciado quando inexistir cometimento de falta grave nos últimos doze meses de cumprimento da pena.

Já a regressão de regime ocorre quando há a transferência do condenado para o regime mais rigoroso, atualmente regulamentada no art. 118 da Lei de Execuções Penais.

A respeito do tema, aponta Renato Marcão (2015, p. 193):

Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão. Vale dizer: a regressão acarreta o ingresso no regime semiaberto, estando o condenado no aberto, ou no fechado, se na ocasião se encontrar no regime intermediário ou semiaberto.

A hipótese regressiva encontra-se no texto do art. 118 da Lei de Execução Penal, a saber:

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

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

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

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

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

Durante a execução da pena, o sentenciado está obrigado a cumprir as normas de execução, possuindo o Estado o poder de exigir seu cumprimento, sendo cabível, quando necessário, a utilização de meios coercitivos e disciplinares exigidos à defesa da ordem dos estabelecimentos prisionais.

Sobre o sistema regressivo, afirma Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 742):

Da mesma maneira que a pena será executada na forma progressiva, é legalmente admissível que possa ocorrer a regressão, isto é, a passagem de regime menos severo (aberto ou semiaberto) ao mais rigoroso (semiaberto ou fechado).

(...) Além dessas situações, o desrespeito às regras dos regimes mais brandos (semiaberto e aberto) pode provocar a transferência a regime mais rigoroso (ex.: devendo permanecer em casa de albergado durante a noite, encontra-se o sentenciado, durante a madrugada, participando de baderna em algum lugar público).

De tal modo, em síntese, a pena privativa de liberdade está sujeita a forma regressiva nos casos de: prática de fato definido como crime doloso, cometimento de falta grave, o resultado da soma das penas se tornar incompatível com o regime em que estiver o recluso e, nos casos de regime aberto, o sentenciado frustrar os fins da execução. Assevera-se que o não pagamento injustificado da pena de multa cumulativamente imposta também é causa ensejadora da regressão de regime.

A prática de novo crime doloso durante a execução da pena como uma espécie de falta grave, ainda que o delito não tenha sido objeto de decisão judicial transitada em julgado, está prevista no artigo 118, I, primeira parte, da LEP:

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

I – praticar fato definido como crime doloso (...).

No mesmo sentido está a regra do artigo 52, primeira parte, da LEP, situada na subseção que trata das faltas disciplinares:

Art. 52. A prática de fato definido como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeito o preso provisório, ou condenado sem prejuízo da sanção pena, ao regime disciplinar diferenciado (...)

O responsável por decidir sobre a regressão é o juízo da execução, não competindo tal deliberação, dessa forma, à autoridade administrativa. Assim, quando há cometimento de falta grave pelo sentenciado, a autoridade administrativa deve comunicar o ocorrido ao juízo da execução para a adoção das medidas cabíveis.

Caso o condenado pratique falta grave durante o cumprimento de pena em regime fechado, tendo em vista não existir regime de cumprimento de pena mais gravoso, não haverá regressão para modalidade mais gravosa. Tal situação apenas está sujeita a sanção disciplinar e a interrupção do prazo de cumprimento de pena, devendo o apenado cumprir novamente o lapso temporal exigível para progredir de regime em relação ao tipo de crime em execução.

O reconhecimento da prática de fato definido como crime doloso durante a execução penal como uma espécie de falta grave, sem que esse delito tenha sido objeto de decisão judicial transitada em julgado, é um tema amplamente questionado no âmbito doutrinário e jurisprudencial. O verbo utilizado no texto normativo para identificar a conduta delituosa, conduzindo o sentenciado ao regime prisional mais desfavorável, demonstra que a prática inicial dos atos destinados à prática delituosa desde logo é capaz de determinar a regressão de regime.

Nos termos apresentados pelo dispositivo legal, não há que se questionar sobre a existência de eventual indiciamento ou processamento contra o autor do injusto culpável, tampouco sendo exigível a consumação do delito ou o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Destaca-se que no caso de cometimento de crimes culposos ou contravenções penais a regressão de regime não é obrigatória, podendo caracterizar-se como frustração dos fins da execução penal, que por força do artigo 118, parágrafo 1º, da lei 7.210/84, o condenado será transferido para um regime mais rigoroso.

Conforme exposto, a regressão de regime pela aplicação do art. 118, I primeira parte da LEP tem gerado grande debate entre os juristas em razão do próprio texto normativo utilizado em sua redação.

Renato Marcão (2015, p. 195) é um dos autores que entendem que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é desnecessário quanto se tem a notícia de cometimento de fato definido como crime doloso pelo executado. Nesse sentido, o autor expõe

O inciso I do art. 118 da Lei de Execução penal determina a regressão pela simples prática de fato definido como crime doloso. Não é preciso aguardar que o executado venha a ser condenado pela prática do referido crime doloso.

A prática de crime culposo ou contravenção penal não autoriza, sob tal fundamento, a regressão de regime.

Não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença condenatória transitada em julgado.

Não ocorre, na hipótese, violação ao princípio da presunção de inocência ou estado de inocência.

Coaduna com esse entendimento Julio Fabrinni Mirabete (2014, p. 524):

Não é necessário que o crime doloso tenha sido objeto de sentença penal condenatória transitada em julgado. Quando a lei exige a condenação ou o trânsito em julgado da sentença é ela expressa a respeito dessa circunstância, como aliás o faz no inciso II do art. 118. Ademais, a prática de crime doloso é também falta grave (art. 52 da LEP) e, se no inciso I desse artigo, se menciona também a infração disciplinar como causa da regressão, entendimento diverso levaria a conclusão final de que essa menção é superabundante, o que não se coaduna com as regras de interpretação da lei. Deve-se entender, portanto, que, em se tratando de prática de crime doloso, a revogação independe da condenação ou aplicação da sanção disciplinar.

Em contrapartida, Ricardo Luiz da Costa Tjader (1993, p. 1738) aduz:

A prática de nova infração criminosa somente gera regressão de regime (bem como revogação do serviço externo ou saídas externas) após a existência da respectiva sentença condenatória transitada em julgado, por respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e da igualdade de todos perante a lei (CR/88, art. 5º, caput, e inc. LIV).

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior (2002, p. 458):

Não constitui nenhuma heresia falar em presunção de inocência em relação ao que já foi condenado de forma definitiva, pois estamos tratando dos fatos supervenientes a sentença condenatória.

Em relação a esses fatos supervenientes, o apenado continua protegido pelo manto constitucional da presunção de inocência, vista como garantia de estado jurídico e de tratamento.

Tal consideração implica na cara da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena será por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.

Adaptando-se isso a realidade do processo de execução, o apenado continua merecendo tratamento de inocente no que se refere a novos delitos cometidos e, também, em relação a faltas disciplinares.

Desta feita, diante das considerações expostas, infere-se que os posicionamentos que entendem pela regressão do sentenciado a regime mais gravoso em razão do cometimento de novo delito apresentam desconformidade com a Constituição Federal, já que são desconsiderados os limites impostos ao poder sancionatório estatal previstos no texto constitucional estabelecidos através dos princípios lá estipulados, como a presunção de inocência, o devido processo legal e o *in dúbio pro reo*.

Nestes termos, reputa-se mais adequado o posicionamento que entende pela inconstitucionalidade do artigo 118, I, primeira parte, da LEP, tendo em vista a clara afronta ao texto constitucional.

2.1 Jurisprudência dos Tribunais

A jurisprudência se mostra uníssona em relação ao assunto ora em debate, entendendo pela total aplicação do artigo 118, I, primeira parte, da LEP.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, exemplificado pelo seguinte julgamento do agravo em execução realizado pela 2ª Câmara Criminal:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – NOVA
CONDENAÇÃO NO CURSO DE EXECUÇÃO PENAL –
RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE –
REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – TERMO INICIAL PARA A
CONTAGEM DO PRAZO PARA AQUISIÇÃO DE BENEFÍCIOS
PRISIONAIS – TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA

CONDENAÇÃO – RECURSO PROVIDO – Reconhecida a prática de falta grave, consistente no cometimento de novo crime, e procedida à regressão de regime prisional do reeducando, conta-se a partir do trânsito em julgado da última condenação o lapso temporal necessário para a obtenção dos benefícios previstos na lei de execuções penais, ressalvado o livramento condicional. (TJ-MG - AGEPN: 10231110086064001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires. Data de Julgamento: 10/04/2014, Câmaras Criminais / 2ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 28/04/2014).

O Superior Tribunal de Justiça comunga do mesmo entendimento:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. OBRIGATORIEDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. REGRESSÃO DE REGIME. PRÁTICA DE NOVO CRIME DOLOSO. POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE. - 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que é indispensável a prévia instauração de procedimento administrativo para apurar falta grave praticada pelo reeducando no curso da execução penal, não bastando, para tanto, a oitiva do reeducando, em audiência de justificação. **3. Por outro lado, consolidou-se neste Tribunal diretriz jurisprudencial no sentido de que, a teor do art. 118, I, da LEP, o reeducando que comete fato definido como crime doloso pode ser regredido de regime prisional, mesmo sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória referente ao novo delito.** 4. In casu, embora não tenha sido apurada falta grave mediante processo administrativo, verifica-se que o paciente teve sua prisão preventiva decretada, em 22/6/2015, nos autos n. 0000787-35.2015.8.24.0042, pela prática do delito de estupro de vulnerável (novo crime), sujeitando-se, portanto, à regressão de regime prisional. 5. Inexistência, assim, de constrangimento ilegal, a justificar a concessão da ordem de ofício. 6. Habeas corpus não conhecido. (STJ-HC 333615 / SC 2015/0204047-0, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data do Julgamento: 15/10/2015, T5 – QUINTA TURMA, Data da Publicação/Fonte: DJe 21/10/2015).

O Supremo Tribunal Federal também demonstra o entendimento de que não é necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PRÁTICA DE NOVO CRIME. ART. 118, I, DA LEI 7.210/1984. REGRESSÃO DE REGIME. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. **2. O art. 118, I, da Lei 7.210/1984 prevê a regressão de regime se o apenado “praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”.** 3. Para caracterização do fato, não exige a lei o trânsito em julgado da condenação criminal em relação ao crime praticado. Precedentes. 4. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito. (HC 110881, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 20/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-154 Divulgação: 07-08-2013, Data de Publicação: 08-08-2013).

O que se abordou nos acórdãos que tratam do assunto em questão, visualizados nas páginas online dos tribunais brasileiros, é de que a letra da lei não abre espaço para questionamentos sobre a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória incidente sobre o novo crime cometido pelo sentenciado durante a execução de sua pena. Nesse sentido, apontam que o fato de o art. 118, inciso I da LEP não conter expressamente a determinação de se aguardar o trânsito em julgado da sentença do novo crime atribuído ao condenado é proposital. Se fosse necessária a situação de irrecorribilidade da sentença penal condenatória, o texto do artigo seria dotado de tal exigência expressa.

Alega-se, sobre a necessidade, apenas, de se ter certeza sobre autoria, o que se faz presente com o recebimento da denúncia ofertada.

Sobre a existência de constrangimento ilegal em razão da não observância do princípio da presunção de inocência, os tribunais apresentam o argumento de que a permanência do apenado em regime menos gravoso é condicionado ao estrito cumprimento de condições preestabelecidas pelo juiz da execução penal, o que se inclui a restrição de não praticar fato novo definido como crime doloso ou outra falta grave.

No mais, o que se observa com a leitura dos julgados é que, no caso de ser decretada a regressão de regime em razão da prática de novo crime, sendo o condenado absolvido, o mesmo deve retornar ao regime que estava submetido.

2.2 Súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça e a Repercussão Geral reconhecida

No dia 18 de maio de 2015 foi publicado o verbete sumular 526 do Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte texto:

O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.

Também nesse sentido, em virtude do teor das discussões que o tema está vinculado, o Supremo Tribunal Federal entendeu pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria no dia 2 de setembro de 2014, sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no Recurso Extraordinário de n.º 776823. A intenção é verificar se a condenação com trânsito em julgado é imprescindível para considerar como falta grave o novo crime cometido pelo sentenciado durante a execução de sua pena.

O RE acima citado foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra decisão do Tribunal de Justiça gaúcho que considerou que o reconhecimento da falta grave pelo cometimento de novo crime durante a execução penal se daria apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória referente ao novo delito.

O ministro Ricardo Lewandowski entendeu que o tema apresentado pelo Ministério Público possui relevância capaz de viabilizar a repercussão geral, estando diretamente ligado aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa.

Destaca-se que embora o Superior Tribunal de Justiça tenha sumulado seu entendimento, o tema em questão não está pacificado e, por atingir aspectos constitucionais, deve o Supremo Tribunal Federal se manifestar sobre o assunto. Caso o STF se posicione de modo diverso ao apontado pelo STJ, este tribunal normalmente revê o posicionamento adotado, com o fim de alinhar seu pensamento.

2.3 Inconsistências e consequências

O Estado é titular exclusivo do direito de punir e, após o cometimento de uma prática delitiva pelo indivíduo, tal direito pode ser concretizado, sendo direcionado àquele que praticou o fato punível. No contexto do Estado Democrático de Direito, tornam-se

imprescindíveis os limites impostos pelos princípios constitucionais em razão da interferência do Estado no âmbito da liberdade individual no processo de execução penal.

Expõe Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2008, p. 27):

Exatamente no momento em que a esfera de liberdades do indivíduo é concretamente vulnerada, suas garantias parecem diminuir, os instrumentos de proteção mais difíceis de acessar e a legislação menos clara, com pouco respaldo de construções dogmáticas.

A execução penal, ainda que aparentemente contenha normas exclusivamente processuais, também é dotada de normas de natureza material, o que ocorre nos casos em que adquire potencialidade de ampliar ou restringir a liberdade do indivíduo. Nesse sentido, considerando também o sentenciado como sujeito da execução e não objeto dela, tem-se que a execução criminal deve estar vinculada ao respeito aos direitos individuais, não podendo restringir arbitrariamente as garantias do sentenciado, a não ser pelos limites já estabelecidos constitucionalmente.

A formulação apresentada pelo texto do artigo 118, I, primeira parte, da LEP deixa dúvidas sobre a necessidade ou não do trânsito em julgado da sentença penal condenatória incidente sobre o fato delituoso cometido pelo sentenciado durante a execução de sua pena.

Inicialmente, verifica-se que a Lei de Execução Penal é de 11/07/1984, época em que ainda era vigente a Constituição Federal de 1969, a qual não abrangia o princípio da presunção de inocência. Tal princípio, conforme já mencionado, foi introduzido na ordem constitucional vigente em 1988, data posterior à criação da LEP.

Assim, algumas matérias tratadas pela LEP podem não ter validade quando colocadas à luz do texto constitucional atual, o que, no presente caso, se verifica com artigo 118, I, primeira parte, que trata do tema deste trabalho. É nesse sentido que entende-se que a LEP deve ser interpretada conforme a Carta Magna, não sendo permitido que a execução penal restrinja direitos individuais em clara oposição aos limites previstos pelos princípios constitucionais.

Nesse sentido, em relação ao afastamento da aplicação dos princípios constitucionais, verifica-se, primeiramente, que da leitura do enunciado normativo do artigo 118, I, primeira parte, da LEP há clara tentativa de burla à Constituição Federal em razão da inobservância do devido processo adequado nos casos de privação ou restrição de liberdade diante do procedimento adotado pelo juízo da execução penal para a apuração de falta grave.

O processo, através de seus mecanismos, tem por finalidade a resolução de situações da vida, viabilizando a pacificação social. É nesse aspecto que o mesmo não deve ser considerado como um fim em si mesmo, de forma que o direito processual e material estejam amalgamados, possibilitando que o processo cumpra devidamente o seu papel.

Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de haver o devido processo adequado com a respectiva intervenção do direito material quando aplicável, norteando e direcionando a marcha processual para a resolução do litígio.

Nesse sentido, destaca-se as lições de Pedro Scherer de Mello Aleixo (2007, p. 417/435):

III. A atual transição da tutela jurisdicional à técnica processual

(...) Não se pode perder de vista que o processo é, no sentido estreito da palavra, tão somente um meio de natureza auxiliar e que as formalidades processuais não podem ser perseguidas como fins em si mesmas (...).

IV. Derivação de um direito público subjetivo e justiciável à apropriada proteção processual

(...) Partindo da premissa adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão de que a todo direito fundamental material estão associados direitos procedimentais, pode-se chegar a conclusão de que o status de direito subjetivo dos direitos materiais repercute nos direitos processuais, de modo que estes últimos também devem ser considerados direitos subjetivos (...).

(...) Diante do caráter lacunoso da legislação, o qual decorre da mera inatividade do legislador ou da impossibilidade de se abranger integralmente todas as constelações de fatos passíveis de serem disciplinadas juridicamente, deve o juiz conformar a regra processual de acordo com os direitos materiais subjacentes ao caso concreto. Ora, na atual quadra histórico-evolutiva, não pode o Judiciário se compadecer com uma interpretação que aponte para incapacidade de o processo atender aos reclamos do direito material. O juiz não está autorizado, enfim, a “cruzar os braços” diante da primeira insuficiência da lei processual.

Assim, a ofensa ao princípio constitucional do devido processo adequado a privação da liberdade do indivíduo em razão da regressão de regime em decorrência do cometimento de novo crime durante a execução penal sem que tal situação seja viabilizada pelo processo penal de conhecimento.

A Constituição Federal, no que tange à execução penal, exige a existência da sentença penal condenatória, no sentido de que seja definido o fato novo caracterizado como crime doloso, o que apenas será obtido em fase de conhecimento, no juízo criminal, e em respeito ao princípio do juiz natural e do devido processo legal.

A título de exemplificação, tem-se a decisão proferida pela 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PRÁTICA DE FATO PREVISTO COMO CRIME DOLOSO DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA – DECISÕES CONTRADITÓRIAS – PUNIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA E ABSOLVIÇÃO NA PENAL – PREPONDERÂNCIA DESTA POR VERSAREM SOBRE O MESMO FATO – PRECEDENTES – RECURSO NÃO PROVIDO.

1. “Se as circunstâncias do fato previsto como crime, pelo qual a condenada foi, depois, inocentada, são exatamente as mesmas que levaram à anterior punição disciplinar, ilógico seria manter-se anotada a respectiva falta grave” (TAPR – Segunda C. Criminal (extinto TA) - RA – 158031-4 – Curitiba – Rel.: Antônio Renato Strapasson – Unânime - - J. 22.02.2001);

2. “Toda sentença penal absolutória repercute na instância disciplinar quando a falta funcional, em sua definição legal, se escudar exata e precisamente num tipo penal. Nesses casos, o decisório criminal definitivo, qualquer que seja o seu fundamento, constituirá res judicata no âmbito disciplinar (José Armando da Costa).” (TJPR – 3ª C.Criminal – RA – 327362-5 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel.: Mendes Silva – Unânime - - J. 18.05.2006);(TJ-PR – SL: 11607739 PR 1160773-9 (Decisão Monocrática), Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 28/11/2013, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1247 null).

Salienta-se que havendo necessidade de segregação do condenado em razão da suposta prática delituosa por ele cometida, o juiz do processo de conhecimento deve decretar a sua prisão cautelar. Caso contrário, com a aplicação do artigo em análise, tem-se juízos diversos julgando os mesmos fatos, possibilitando que seja decretada a privação da liberdade do indivíduo por um juízo que não possui um arcabouço fático que possibilite, como previsto no processo de conhecimento, a decretação da prisão preventiva.

O próprio juiz da execução não tem condições para declarar a prática de crime doloso pelo sentenciado em razão da necessária colheita das provas cabíveis para a elucidação dos fatos, o que deve ser feito em respeito ao princípio da ampla defesa. Logo, considerando que o trabalho exercido nas Varas de Execução Penal é dinâmico e célere, impossível seria conciliar toda a atividade relacionada à execução da pena com a realização de audiências de instrução e julgamento junto a ampla colheita de provas para caracterizar a prática de fato definido como crime doloso pelo sentenciado.

Nesse sentido é o posicionamento do Des. Nereu José Giacomolli, no agravo em execução nº 70045074564 do TJRS:

Segundo o artigo 52 da LEP, a prática de fato definido como crime constitui falta grave. A prática de outros fatos, definidos na Lei de Execução Penal também constituem falta grave. Porém, esses fatos devem passar pela apuração administrativa e/ou judicial para que, efetivamente, possam ser reconhecidos como falta grave, sob pena de não haver provimento jurisdicional acerca do fato, de sua existência, extensão e de seus efeitos.

Ademais, ao ceifar-se a possibilidade de cognição jurisdicional, retrocede-se à responsabilidade objetiva, ou seja, atribui-se consequências jurídicas pela simples ação ou omissão.

O fato imputado pode não ter ocorrido; o apenado poderá ter agido sob o abrigo de alguma causa excludente, em qualquer dos planos: tipicidade, ilicitude ou culpabilidade.

Ainda. O apenado poderá ser absolvido por outras causas, tanto em primeiro grau, quanto em outras instâncias jurisdicionais, com consequências irreversíveis caso seja reconhecida a falta grave, com todos os seus consectários, antes de uma decisão jurisdicional, pela simples ação ou omissão.

Portanto, considera-se praticado o fato, na dimensão jurídica, após decisão judicial acerca deste. (TJRS – AGV: 70045074564 RS, Relator: Nereu José Giacomoli, Data de Julgamento: 16/02/2012, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/03/2012).

A evidente ausência da aplicabilidade dos princípios constitucionais no âmbito da execução penal se dá, também, pela repulsa da sociedade no que se refere a essa fase processual, não havendo assimilação do povo com aquele que está preso, estando tal situação marcada por preconceitos.

Essa ausência também se justifica pela burocracia e formalidade inerentes ao sistema judicial, que tem como circunstância maior um positivismo jurídico que a tudo se aplica, desconsiderando os casos concretos, dotados de individualidades, além da falta de interação com outros ramos do saber. A execução penal torna-se mero processo que conduz a aplicação de normas formais, com a conseqüente desconsideração da real situação posta em análise.

É nesse sentido que extrai-se a ideia generalizada de que pouco importa a observância dos direitos daqueles que permanecem “do outro lado”, ainda que a sentença condenatória que dá ensejo ao processo de execução não recaia sobre todos os direitos do condenado.

A decisão que determina a regressão de regime em razão do cometimento de fato definido como crime doloso já caracteriza o indivíduo como culpado mesmo diante da inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Nesse diapasão, Simone Schroeder (2007, p. 491) aduz:

O legislador, no art. 118 da Lei no 7.210/84, referendou que o condenado ter 'praticado' fato definido como crime doloso ensejaria a regressão para regime prisional pior, sustenta-se a infringência dos princípios constitucionais, pois implicaria num prejulgamento do réu, ao equiparar a sentença condenatória com trânsito em julgado, com os mesmos efeitos de uma prática delituosa, sem a devida instrução processual. Perquire-se a violação dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e o contraditório, inclusive o princípio da presunção de inocência [...].

A possibilidade de regressão de regime apresentada pelo art. 118, I, primeira parte, da LEP tem finalidade de antecipar a penalidade e não a cautelaridade. Isso porque a prisão cautelar não deve ser equiparada a regressão de regime, uma vez que esta última tem caráter de pena.

O sentenciado, quando encontra-se cumprindo pena, não oferece riscos a garantia da ordem pública, econômica ou a conveniência da instrução criminal e segurança da aplicação da lei penal, ainda que detentor do livramento condicional ou em regime aberto, já que em tais situações são impostas as mesmas limitações no âmbito da liberdade individual, conforme previsão dos arts. 115 e 132 da LEP. Tais artigos estabelecem condições especiais que deverão ser cumpridas por aqueles que serão transferidos para o regime aberto ou que serão beneficiados com o livramento condicional, como a obrigação de o sentenciado recolher-se à habitação em hora fixada, não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial e retornar do trabalho nos horários fixados.

Esse é o entendimento do magistrado Ricardo da Costa Tjader (1993, p. 1738):

Poderiam sustentar alguns que a regressão do regime de pena teria um caráter cautelar, assemelhado ao da prisão preventiva, [...]. **Entretanto o caráter cautelar deve ser imediatamente excluído**, pois medidas desta natureza não têm prazo mínimo para a revogação da medida, que deve ser mantida apenas enquanto for absolutamente necessária como cautela social. Enquanto isso, em tema de regressão de regime, existe prazo mínimo para que seja 'desfeita' a regressão, o qual é de 1/6 do tempo de pena faltante. **Só este elemento já mostra que a regressão tem caráter de pena [...], e não de cautela [...].**

Dessa forma, na ausência de decisão definitiva da ação penal superveniente, a regressão de regime com fundamentos na defesa ou prevenção social está disfarçada de punição, já que apenas antecipa eventual pena a ser imposta ao indivíduo.

No caso de cometimento de crime durante a execução penal, também não há cabimento a decisão do magistrado que regride de regime o sentenciado que não teve decretada sua prisão cautelar por não estarem preenchidos os pressupostos que autorizariam essa constrição.

Da mesma forma, na hipótese em que for grave a natureza do novo delito, indicando que o apenado não deva continuar no regime prisional em que se encontra, ainda assim não se justifica a regressão de regime, já que alguns fatores podem conduzir para a sua absolvição, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito, que só podem ser identificados no curso da ação penal.

Nestes termos, também se revela desnecessária a regressão de regime no caso de flagrante quando, em razão da natureza do crime, a posterior unificação já apresente como resultado o regime de pena cumprida atualmente pelo sentenciado, implicando-lhe em prejuízo.

Depreende-se, desse modo, que o tema em análise não está pacificado, uma vez que uns argumentam favoravelmente à regressão e outros, à sua impossibilidade. Todavia, os argumentos que legitimam a regressão de regime sem a existência de sentença irrecorrível estão fundados exclusivamente em uma interpretação literal do dispositivo legal em análise, sem considerar a existência de princípios e garantias constitucionais.

Dessa forma, considerando que autoria e materialidade da prática delitiva só serão certificadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, reforça-se o argumento de que a regressão por eventual prática de novo delito não deve ser sustentada. A alegação sobre a periculosidade do indivíduo como indicador de necessária punição durante a execução de sua pena só indica a aplicação de uma reprimenda em razão da condição de condenado e não pela possível prática exercida, a qual deve ser analisada a tempo e modo devidos, sob pena de adotar uma postura de um direito penal do autor.

O fato de o indivíduo ter transgredido uma norma em determinada ocasião não significa que transgredirá novamente. Ainda que isso aconteça de forma recorrente, tal

situação não invalida o princípio do *in dubio pro reo*, possibilitando que Estado deixe de conferir as garantias às quais tem direito.

Frise-se que esta hipótese de regressão não fere tão somente os princípios já mencionados, como também atinge um dos pilares do Estado Democrático de Direito, conhecido como o princípio da proibição da dupla punição, ou apenas, princípio do *non bis in idem*.

O artigo 118 da LEP apresenta duas hipóteses distintas que ocasionam a regressão de regime. A primeira delas, objeto de estudo deste trabalho, é classificada como regressão sancionatória, decorrente da prática de fato definido como crime doloso ou falta disciplinar de natureza grave.

Paralela a essa situação está a hipótese do inciso II do artigo 118 da LEP, entendida como regressão-adequação, prevista nos casos em que o sentenciado sofre nova condenação e a nova pena a ele imputada somada ao restante já em execução impede a permanência do sentenciado no regime mais brando. Essa possibilidade de regressão considera a quantidade de penas somadas imputadas ao sentenciado, desconsiderando a prática de falta disciplinar, devendo ser interpretada em conjunto com o art. 111 da LEP, que determina:

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 da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Dessa forma, quando ocorre a possibilidade de regressão de regime especificamente em razão do cometimento de novo crime, as duas hipóteses previstas no artigo 118 se fundem, podendo dar origem a uma possível violação ao princípio do *non bis in idem*.

Nos autos da execução penal, diante da notícia de cometimento de novo crime pelo sentenciado, quando não justificada a falta grave em audiência, é realizada a regressão de regime de cumprimento de pena, independentemente de sentença penal condenatória ou de seu trânsito em julgado. Nessa situação, pode o apenado regredir do regime aberto para o semiaberto, ou deste último para o fechado.

Contudo, o processo de conhecimento está sendo processado de forma concomitante à apuração do incidente de falta grave e o resultado da apuração dos fatos pode originar uma sentença condenatória que estabeleça regime de cumprimento de pena mais brando daquele que atualmente se encontra o sentenciado.

Não há explicação, portanto, para o sentenciado cumprir pena, por exemplo, em regime fechado, tendo em vista sua regressão, se a nova condenação entendeu por suficiente substituir a pena privativa de liberdade inicialmente atribuída ao sentenciado em restritiva de direito.

Nesse sentido, destaca-se também duas últimas hipóteses em que o sentenciado pode ser severamente prejudicado diante da aplicação do art. 118, I, primeira parte, da LEP.

O art. 111 da LEP estabelece que quando há o cometimento de novo crime durante a execução penal, após a respectiva sentença transitada em julgado, deve o juízo da execução fazer a unificação das penas, momento em que será indicado o novo regime prisional. Se o sentenciado cumpre pena em regime semiaberto e sua nova condenação determina o regime fechado, este último prevalece, o que não ocorre se, neste caso, for condenado ao regime semiaberto, situação em que permanecerá em seu regime atual, em razão da compatibilidade das determinações.

Contudo, antes da sentença condenatória referente ao novo crime ser proferida, o juízo da execução penal já regride o sentenciado ao regime mais gravoso, sem aguardar a resposta do processo de conhecimento a respeito do novo crime. Assim, mesmo que a sentença transitada em julgado determine que o sentenciado cumpra pena em um regime semiaberto, por exemplo, em razão do sentenciado inicialmente ter regredido para o regime fechado pelo cometimento do novo crime, este regime prevalecerá, em razão da incompatibilidade desses dois regimes.

Logo, continuando no exemplo acima, o sentenciado que estava cumprindo pena no regime semiaberto, mesmo obtendo determinação para continuar no atual regime de cumprimento de pena após a sentença transitada em julgado referente ao novo crime por ele cometido, deverá permanecer no regime mais gravoso em virtude de uma decisão precária realizada pelo juízo da execução penal que o enviou ao regime fechado.

Dessa forma, essa situação evidencia grave ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, no sentido de o sentenciado ser submetido a duas punições referentes ao mesmo fato, a primeira durante o processo de execução penal já em andamento, com a regressão de regime e a

segunda após o processo de conhecimento, através da sanção resultante da sentença penal condenatória.

Outra situação grave retirada da aplicação do dispositivo em análise consiste na possibilidade de o sentenciado ser submetido a um regime de cumprimento de pena mais gravoso daquele que inicialmente foi determinado pela sentença que deu origem ao processo de execução penal. Pode-se citar o caso de o sentenciado ser condenado ao regime semiaberto e após o cometimento de novo crime, regredir para o regime fechado.

A crítica a respeito desta possibilidade consiste na eventualidade de o sentenciado ser absolvido no novo processo penal, o que não acontece nos casos da regressão efetivada pelas outras possibilidades de falta grave, as quais são devidamente apuradas no juízo da execução, tendo em vista a natureza mais branda da infração praticada.

Assim, constranger o apenado a um regime prisional mais severo sem ao menos tal possibilidade ter sido prevista inicialmente na sentença condenatória que deu origem a própria execução penal, mesmo diante da possibilidade de a falta grave não ser posteriormente constituída pelo novo processo de conhecimento, fere categoricamente o princípio constitucional da presunção de inocência.

Dessa forma, resta demonstrado que o art. 118, inciso I, primeira parte da LEP não foi recepcionado pela Constituição Federal atual, não podendo tal dispositivo ser aplicado ante a inexistência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

2.4 O princípio da presunção de inocência frente ao art. 118, I, primeira parte, da Lei de Execução Penal

A presunção de inocência, um dos princípios mais importantes do Direito, é prevista no ordenamento jurídico brasileiro, expressamente, como forma garantista de resguardar a liberdade individual frente ao *jus puniendi* do Estado. Assim, considerando que a Constituição Federal é lei suprema, toda a legislação infraconstitucional, portanto, deverá adequar-se a tal princípio.

É nesse sentido que está a principal crítica do presente estudo, já que a atual Constituição Federal, em seu art. 5º, LVII dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio da presunção de inocência, ainda que tenha relevância em todo o ordenamento jurídico, incide especialmente na seara criminal, abrangendo o direito penal, o processual penal e a execução penal. Logo, é nessa vertente que o princípio em análise alcança maior relevo, devendo as normas daqueles se adequarem às finalidades deste.

Nesse sentido, Pacelli (2014, p. 48) informa:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Verifica-se que o princípio em análise está diretamente ligado ao princípio do *in dubio pro reo* na medida que impõe-se a absolvição do acusado nos casos de prova insuficiente. Logo, sendo ambos preceitos constitucionais, devem ser observados quando a liberdade individual esteja envolvida, não importando a fase processual em análise.

Assim, a intenção do princípio da presunção de inocência não é trazer injustiça e impunidade a alguns culpados, preocupando-se apenas que com a sua aplicação, todos os inocentes estejam protegidos, em observância ao Estado de Direito. Portanto, o respeito ao princípio da presunção de inocência não significa privilegiar os acusados, mas proteger os inocentes, que temporariamente são classificados daquela forma e, por vezes, são submetidos a prisão, mesmo diante da inexistência de culpa.

No tocante ao objeto em análise, observa-se que a aplicação da regressão de regime de cumprimento de pena em razão do cometimento de fato definido como crime doloso durante a execução penal evidencia o conflito entre uma lei federal, que regulamenta a aplicação da sentença penal, e um princípio constitucional, entendido como direito fundamental.

Sobre o tema, vale ressaltar o esclarecedor voto do Desembargador Amilton Bueno de Carvalho:

"Cuida-se de pedido de regressão de regime prisional proposto pelo agente do Ministério Público, tendo por estribo a alegada incidência do artigo 118,

inciso I, da Lei nº 7.210/84. Pois bem. Saliente-se que, apesar do respeito aos entendimentos contrários, **o indigitado dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com os preceitos constitucionais (princípio da recepção), visando a que sua vigência, anterior à nova Carta Magna, permaneça dentro dos limites impostos pelas hierarquias das normas. Com base nessa premissa, é de rigor a conclusão no sentido de que a regressão de regime decorrente da prática de fato definido como crime doloso pressupõe o pronunciamento definitivo do juízo competente para a apuração da eventual infração penal, em respeito ao princípio da presunção da inocência insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (...).** No mesmo norte, a simples oitiva do condenado (§ 2º do referido artigo 118) e o eventual deferimento da produção de provas, em procedimento sumário e incidental, não podem ser tidos como suficientes para a correta apuração do evento, na medida em que se estaria ferindo outra garantia constitucional (a da ampla defesa), bem como, em qualquer hipótese, ocorreria um pré-julgamento que, ao cabo, não vincularia o juízo criminal. **Em decorrência disso, a aplicação do inciso I do artigo 118 de maneira prévia ao julgamento da ação penal torna possível a incongruente co-existência de uma decisão definitiva de regressão de regime com uma sentença absolutória, sendo ambas relativas ao mesmo caso concreto. Da mesma forma, não se mostra adequado fundamentar a decisão de regressão tendo em consideração as circunstâncias do novo fato praticado, visto que para tanto há instrumento de natureza cautelar (prisão preventiva) que poderá ser manejado na esfera competente, aplicando-se a norma processual de regência e não a Lei de Execuções Penais.** Em síntese, tendo em conta que não há sentença condenatória relativa ao novo fato imputado ao apenado, tenho, por ora, como inviável a regressão de seu regime prisional, ressalvada a possibilidade de nova apreciação após o pronunciamento do juízo criminal. (TJRS - Agravo em Execução nº 70005453048, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 11/12/2002).

Assim, de acordo com a Constituição Federal, imprescindível se faz a releitura da aplicação do artigo 118, I, primeira parte, da LEP no sentido de que a regressão de regime, nessa situação, seja precedida do trânsito em julgado da sentença condenatória, o que se dá através da atuação positiva do juiz em respeito as garantias constitucionais.

O processo de execução penal gera limitações a direitos individuais, que se concentram na maioria das vezes na perda do direito de dirigir, de votar e, principalmente, de liberdade; contudo, tal restrição não atinge direitos previstos pela Constituição Federal de natureza processual, que se concentram no direito à ampla defesa, ao contraditório e à presunção de inocência, mesmo quando há reincidência.

Medidas de correção para o condenado que incide novamente em prática delituosa devem ser impostas. No entanto, isso deve acontecer de forma cautelosa quando se trata de regressão de regime prisional, tendo em vista que a falta grave caracterizada pela notícia de

novo crime cometido pelo sentenciado pode ser desconsiderada com posterior sentença absolutória.

A respeito desta possibilidade, o Des. Nereu José Giacomolli, no agravo de execução, nº 70028547743, do TJRS, apresenta indagação que merece transcrição literal:

Terceiro porque, suponha-se que, no juízo executório, após colhidas todas as provas (eventualmente até periciais, caso necessárias), fosse reconhecida a prática de crime doloso e regredido o regime prisional, **ao passo que, no juízo de conhecimento, também após colhidas todas as provas (!), o apenado, lá réu, restasse absolvido, inclusive em 2º Grau (com o notório tempo para isso, inclusive se se tratasse de réu solto)**. Obviamente que, em face da decisão do juízo de conhecimento (juízo natural que é), a decisão de regressão de regime anteriormente proferida pelo juízo executório ficaria invalidada. E mais, suponha-se que, pela desnecessidade da custódia cautelar, o juízo de conhecimento, por onde definida a absolvição, não tenha decretado a prisão provisória. Como realizar detração em tal hipótese, quando é sabido que, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, somente é possível seu reconhecimento pelo processo em que restou condenado, não constituindo um “crédito” em favor de apenado para outras condenações? (TJRS – Agravo em execução. Recurso de Agravo nº 70028547743. Relator Des. Nereu Jose Giacomolli. Julgado em 02/04/2009).

Situações como essa ensejam questionamentos acerca da responsabilidade civil do Estado, que se destaca nos casos de decisão absolutória superveniente na hipótese analisada, em razão da grave violação a garantia constitucional da presunção de inocência do sentenciado. Nesse sentido, nasce o dever público de indenizar a vítima quando seu direito é lesado, podendo tal lesão ter cunho econômico, moral e jurídico.

A despeito disso, destaca-se o ensinamento de Roberto Delmanto Junior, cujo excerto foi transcrito pelo Ministro Luiz Fux em voto proferido no Recurso Especial nº 872.630, julgado em 13/11/2007, DJe 26/03/2008:

Somente quando respeitados os direitos de cada um dos cidadãos, indenizando-se, em termos individuais, aqueles que tenham sofrido danos materiais e/ou morais em função de prisões decretadas de forma arbitrária, mantidas em desacordo com as nossas leis, ou, ainda, embora formalmente legais, injustas, posto que seguidas de absolvição, é que o Estado acabará efetivamente respeitando os ditames de nossa Constituição da República, reafirmando, portanto, aqueles valores atinentes ao respeito ao cidadão, ínsitos a uma verdadeira democracia. (In"As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração – 2ª edição - Renovar - páginas 377/386).

(STJ – REsp: 872630 RJ 2006/013253-1, Relator: Francisco Falcão. Data de Julgamento: 13/11/2007, T1 – Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 26/03/2008).

Assim, em razão da possibilidade de responsabilização do Estado, durante a análise do caso concreto, identificada uma norma que infrinja as disposições constitucionais, a mesma deve ser interpretada conforme a Constituição Federal, adequando-a aos seus princípios, o que pode ser feito, quando possível, por meio do controle difuso de constitucionalidade.

Nessa situação, em virtude do cometimento de novo crime no curso da execução penal constituir falta grave, durante o cumprimento da pena no regime mais gravoso o executado não usufrui dos benefícios que tinha quando do cumprimento da pena em regime menos severo. Essa situação, quando sobrevém sentença absolutória, não pode ser mudada com a simples decisão que revoga a determinação sobre a regressão de regime e restabelece o apenado a condição anterior a suposta falta grave, já que não se pode voltar no tempo, o que pode dar origem a acontecimentos irreversíveis.

A necessária observância do princípio da presunção de inocência no processo de execução penal se justifica, também, na medida de a execução da pena ser pautada pela restrição de direitos, o que torna imprescindível a utilização de instrumentos que estejam aptos a evitar arbítrios do Estado no tratamento do sentenciado.

Frise-se que o processo de execução penal está incluso em um sistema normativo atrelado as garantias e princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, onde são assegurados aos executados, também, os direitos pertencentes aos indivíduos em geral, não fazendo distinção entre aqueles que estão cumprindo pena ou não, já que possuir em seu desfavor sentença penal condenatória não retira determinados direitos inerentes a todo cidadão.

Ademais, é importante destacar que a LEP, ao tratar da regressão de regime pela prática de novo crime doloso, deixa de determinar os parâmetros temporais para essa regressão, não definindo se a instauração de inquérito policial ou a prisão em flagrante são suficientes para o enquadramento no artigo. A leitura do artigo 118, I primeira parte também não demonstra a necessidade de se aguardar a sentença condenatória transitada em julgado, o que se deve fazer em razão dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

A respeito do princípio em análise, Carmen Silvia de Moraes Barros (2001 p. 162) contribui:

No que tange ao art. 52 da LEP, há que se observar que, para que não seja evidentemente inconstitucional por ferir o princípio da “presunção de inocência”, a única interpretação que lhe pode ser dada é que a prática de fato previsto como crime constitui falta grave desde que haja sentença penal condenatória transitada em julgado.

Sobre isso, percebe-se que a regressão de regime nos moldes analisados não compactua com os ideais constitucionais presentes no atual ordenamento jurídico, representando, grosso modo, as previsões estabelecidas no período pré-iluminista, em que o acusado não possuía nenhum tipo de garantia e a presunção era sempre de culpa, o que obrigava o denunciado a provar sua inocência, mesmo quando não tinha ciência das alegações que pesavam em seu desfavor.

Os ideais iluministas iniciaram o processo de afastamento deste tipo de raciocínio e, definitivamente, com a Constituição de 1988, a presunção de culpa foi abolida, situação que reforçou a instauração dos novos ideais constitucionais, vigorando a presunção de inocência.

Assim, a regressão de regime pela prática de novo crime doloso só pode concretizar-se após a sentença condenatória irrecorrível, já que só assim tal situação se apresentará em consonância com a Constituição Federal, especialmente em respeito ao princípio da presunção de inocência, o que possibilita ao indivíduo impor limites ao poder punitivo do Estado.

A possibilidade de regressão de regime pelo artigo 118, I, primeira parte, da LEP, do mesmo modo, desconsidera todos os aspectos do princípio constitucional da presunção de inocência no sentido de impedir a confecção de provas pelo acusado relacionadas a autoria do crime noticiado, já que o § 2º do mencionado dispositivo, que estabelece a prévia oitiva do executado na hipótese de regressão estudada, apenas é realizada com o fim de justificar a possível falta cometida e, no mais, evitar nulidades.

Na prática, sabe-se que não é possível garantir efetivamente o contraditório e a ampla defesa na audiência de justificação prevista pelo artigo, de maneira que apenas o processo de conhecimento poderia identificar uma possível excludente de ilicitude ou culpabilidade, o que no processo de execução ensejaria, de qualquer forma, a regressão de regime motivada pelo cometimento de fato definido como crime doloso.

3 CASOS OCORRIDOS NA COMARCA DE JUIZ DE FORA

Ao longo do trabalho foi demonstrado que a regressão de regime em decorrência da notícia de cometimento de fato definido como crime doloso pelo sentenciado fere inúmeros princípios constitucionais, atingindo mais especificamente o princípio da presunção de inocência, já que, por vezes, o condenado é absolvido pelo processo criminal que deu motivo à regressão.

Sobre isso, tem-se a título de exemplificação três casos ocorridos na Comarca de Juiz de Fora, obtidos junto à Vara de Execuções Penais.

3.1 W. L. G. S

O sentenciado W.L.G.S. que possui processo de execução penal em andamento na Comarca de Juiz de Fora, autuado sob o nº 0145.14.005450-6, cumpria sua pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias em regime aberto por infringir as normas estabelecidas no artigo 157, § 2º, II do Código Penal.

No dia 06.12.2015, em razão da notícia de que o sentenciado havia sido preso em flagrante, o magistrado responsável pela execução penal entendeu por necessário suspender a prisão domiciliar em razão do regime aberto em curso, motivo pelo qual foi instaurado o incidente de apuração de falta grave com possibilidade de regressão de regime.

Em 03.02.2016 houve a efetiva regressão de regime, situação em que o sentenciado passou a cumprir pena no regime semiaberto, além de perder 1/3 dos dias remidos em virtude do trabalho/estudo. Como consequência também foi anotado em seu atestado de pena o cometimento de falta grave no dia 25.12.2015, data de sua última prisão, se tornando um marco interruptivo para próximos benefícios.

Contudo, posteriormente, houve a determinação de arquivamento do Inquérito Policial instaurado para a apuração do novo crime, em 25.04.2016, por falta de representação do ofendido. Tendo em vista o ocorrido, o MM. Juiz, no processo de execução, restabeleceu o regime aberto em decisão proferida em 08.06.2016:

Tendo em vista a documentação juntada em ff.167/170, percebo que não pode mais subsistir a falta grave anotada.

Assim, determino a exclusão da falta grave de 25/12/2015 do LP do reeducando.

Assim sendo, restabeleço ao condenado o regime aberto e determino a restituição dos dias remidos retirados pela decisão de ff.142/143.

Na ausência de casa de albergado nesta Comarca, o réu faz jus à prisão domiciliar, por analogia às hipóteses previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Destaca-se que entre a data da regressão cautelar e o restabelecimento do regime aberto transcorreram seis meses.

3.2 F.A.V.

F.A.V condenado a pena privativa de liberdade por 04 (quatro) anos e 05 (cinco) meses, com processo de execução penal de n. 0145.05.259162-0, cumpria sua reprimenda em regime aberto quando, em 28.01.2009, o Ministério Público requereu a designação de audiência de justificação com a finalidade inicial de regressão de regime, tendo em vista a notícia de cometimento de novo crime pelo sentenciado nos autos.

O juiz da execução designou a audiência para o dia 11.05.2009, em despacho dado em 10.02.2009. Todavia, meses depois, foi certificado pela Secretaria do juízo que no processo de conhecimento em que apurava-se o novo delito, de n. 0145.09.508060-5, o juiz responsável decidiu pela absolvição do réu, em sentença dada em 22.04.2009, com trânsito em julgado para a acusação em 06.05.2009, situação que motivou o cancelamento da audiência de justificação.

Dessa forma, em virtude de a decisão dada no processo de conhecimento ter sido proferida antes da apuração da falta grave no processo de execução penal, o sentenciado não sofreu os efeitos da aplicação do art. 118, I, primeira parte, da LEP. Contudo, não fosse a peculiaridade de tal situação, outra medida não seria tomada senão a de regressão de regime, já que ela ocorre nesses casos na maioria das vezes e a audiência de justificação apenas é realizada com fins de evitar nulidades.

3.3 F.S.S.

O processo de execução penal de n. 0145.14.051080-4 foi atribuído a F. S. S. por sua condenação a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias de reclusão no processo de conhecimento de n. 0145.14.002137-2.

Desde 10.04.2015 o sentenciado cumpria pena em regime aberto quando houve a notícia nos autos de cometimento de novo crime durante a execução penal, mais especificamente no dia 12.09.2015. O Ministério Público, então, requereu a designação de audiência de justificação com fins de regressão de regime.

Dessa forma, somente em 12.05.2016 ocorreu a audiência de justificação, sendo determinado que a Vara responsável pelo processo em que se apurava o novo delito informasse sobre o andamento dos autos. Oficiada a Vara do Tribunal do Júri, foi informado que o processo encontra-se no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em virtude de interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão de pronúncia.

Por esta razão, em decisão não costumeira, o Ministério Público manifestou-se pela permanência do sentenciado no regime de cumprimento de pena em que se encontrava, até que o recurso fosse julgado.

Contudo, mesmo após a manifestação do Ministério Público, o juiz da execução entendeu que sendo desnecessária a sentença condenatória para reconhecer a falta grave, o mesmo ocorreria no caso analisado. Nesse sentido, a falta grave pelo cometimento de novo crime durante a execução penal foi reconhecida em 12.05.2015, data da última prisão do sentenciado, o que levou a sua regressão de regime.

CONCLUSÃO

Tratou-se neste trabalho de um tema controverso no âmbito da execução penal, qual seja a regressão de regime motivada pela prática de novo crime durante a execução da pena, sob a ótica constitucional, principalmente quanto ao princípio da presunção de inocência.

A partir de uma análise crítica sobre a função dos princípios e a importância da aplicação dos mesmos durante a execução da pena, principalmente os de caráter constitucional, o que se vislumbra é que o processo de execução penal é regulado, como as outras áreas do ordenamento jurídico, por princípios, os quais devem ser observados de forma mais detida em razão da vulnerabilidade em que se encontra o apenado ocasionada pela forte intervenção estatal na esfera dos seus direitos individuais.

Nesse aspecto, os princípios constitucionais mais importantes incidentes na execução penal, especificamente quanto ao caso da prática de fato definido como crime doloso pelo sentenciado, são o princípio da presunção de inocência, consagrado como um dos mais importantes alicerces do Estado de Direito, o qual indica que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; o princípio do devido processo legal, que prevê que o processo seja propriamente devido, adequado e legitimado pelo Estado Democrático de Direito, de forma que apenas haverá privação da liberdade se for observada tal prerrogativa; o princípio do *ne bis in idem*, definido pela proibição da dupla punição pelo mesmo fato e, por fim, o princípio da legalidade, que estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

A respeito da regressão de regime por cometimento de novo crime durante a execução penal, o entendimento de alguns doutrinadores e de parcela da jurisprudência é de que esse tipo de falta grave prescinde do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no processo penal instaurado para a apuração do delito, posicionamento evidenciado com a edição da súmula 526 do Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, com o aprofundamento da análise da regressão de regime prisional prevista pelo art. 118, I, primeira parte, da LEP, a partir da exposição das inconsistências e consequências da aplicação desse dispositivo, conclui-se que tal hipótese é inconstitucional, uma vez que esse tipo de constrangimento fere a Constituição Federal, especificamente no âmbito de seus princípios, em especial do princípio da presunção de inocência. Isso se deve

ao fato de a aplicação dos princípios constitucionais no processo de execução penal ser obrigatória, já que é pautado na restrição de direitos, o que torna imprescindível a utilização, pelo sentenciado, de instrumentos que estejam aptos a evitar os arbítrios do Estado, considerando também que apenas o processo de conhecimento, detentor de uma fase probatória robusta, pode retirar o status de inocente inicialmente atribuído ao indivíduo.

Essa conclusão também se evidencia com o exame dos casos ocorridos na Comarca de Juiz de Fora, obtidos junto ao juízo de execuções penais, os quais demonstraram que as inconsistências advindas da aplicação do dispositivo em análise não estão apenas no campo da teoria, já que por vezes o sentenciado é absolvido no processo de conhecimento originado para apuração do suposto novo crime por ele cometido.

No mais, embora este trabalho tenha dado enfoque na inconstitucionalidade do art. 118, I, primeira parte da LEP por ferir, principalmente, o princípio da presunção de inocência, sabe-se que o cenário atual direcionado a este princípio é sombrio, sobretudo no âmbito da execução provisória da pena, tema que ganhou destaque com o Habeas Corpus 126.292, julgado no dia 17/02/2016, momento em que mudou-se o entendimento do STF para permitir a execução da pena de prisão após a decisão do Tribunal de segundo grau, ainda que inexistente trânsito em julgado.

Assim, mesmo diante desse novo posicionamento adotado pelo STF, a discussão do presente trabalho não fica obstaculizada, devendo atravessar os limites apontados pelos objetivos deste estudo e alcançar todas as esferas em que não só o princípio da presunção de inocência é relativizado, mas também àquelas situações em que a Constituição Federal perde a sua força, contribuindo para o combate ao avanço do temido direito penal inimigo.

REFERÊNCIAS

- ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um “devido processo proporcional”. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2007.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3 ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.
- BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 de abril de 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação Penal Especial**. Vol. 1. 7 ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- _____. **Lei nº 7.210/84. Lei de Execução Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em 30 de abril de 2016.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista**. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13 ed. São paulo: Saraiva, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 12º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHROEDER, Simone. Regressão de regime: Uma releitura frente aos princípios constitucionais. In: **Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. Or. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas Corpus 333615/SC – 2015/0204047-0, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data do Julgamento: 15/10/2015 – Quinta Turma, Data da Publicação/Fonte: DJe 21/10/2015. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201502040470> Acesso em 15 de junho de 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 872630/RJ – 2006/013253-1, Relator: Francisco Falcão. Data de Julgamento: 13/11/2007, T1 – Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 26/03/2008. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8686654/recurso-especial-resp-872630-rj-2006-013253-1>> Acesso em 29 de junho de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 110881, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, Data do Julgamento: 20/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO. Divulgação: 07-08-2013. Data de Publicação: 08-08-2013. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807723/habeas-corpus-hc-110881-mt-stf/inteiro-teor-112281090>> Acesso em 15 de junho de 2016.

TJADER, Ricardo Luiz da Costa. As garantias individuais e a regressão de regime de pena. In: Boletim Informativo nº 159. 30.05.1993. Ano V. **Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris**, 1993.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais** – Agravo em Execução Penal: 10231110086064001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires. Data de Julgamento: 10/04/2014,

Câmaras Criminais / 2ª Câmara Criminal. Data de Publicação: 28/04/2014. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203359101/agravo-em-execucao-penal-agepn-10433120328615001-mg>> Acesso em 02 de junho de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Paraná** – Suspensão de Liminar: 1160773-9 (Decisão Monocrática), Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 28/11/2013, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1247 null. Disponível em <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24790533/suspensao-de-liminar-ou-antecipacao-de-tutela-sl-11607739-pr-1160773-9-decisao-monocratica-tjpr>> Acesso em 15 de junho de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** – Agravo em Execução: 70045074564, Relator: Nereu José Giacomoli, Data do Julgamento: 16/02/2012, Terceira Câmara Criminal. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/03/2012. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21393329/agravo-agv-70045074564-rs-tjrs/inteiro-teor-21393330>> Acesso em 15 de junho de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** – Agravo em Execução: 70005453048, Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Data do Julgamento: 11/12/2002, Quinta Câmara Criminal. Disponível em <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/257-Decisoes-Regressao-de-regime-Impossibilidade-se-nao-houver-sentenca-com-transito-em-julgado-Presuncao-de-inocencia>> Acesso em 21 de junho de 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** – Agravo em Execução: 70028547743. Relator: Nereu Jose Giacomolli. Data do Julgado: 02/04/2009, Terceira Câmara Criminal. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70028547743%26num_processo%3D70028547743%26codEmenta%3D2816286+70028547743++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70028547743&comarca=Comarca%20de%20Santa%20Cruz%20do%20Sul&dtJulg=12/03/2009&relator=Nereu%20Jos%C3%A9%20Giacomolli&aba=juris> Acesso em 21 de junho de 2016.