

Regressão cautelar de regime prisional: uma análise sobre a possível ocorrência de mitigação à princípios constitucionais

Fabio Jose Furtado dos Remedios Kasahara

DOI: 10.47573/aya.5379.2.83.3

RESUMO

O presente texto tem como objetivo analisar um tema que atualmente gera controvérsias na doutrina e jurisprudência brasileira, a regressão cautelar de regime prisional, em decorrência do cometimento de fato definido como falta grave, sob a ótica de decisões judiciais que não estejam devidamente sustentadas por fundamentos e princípios garantistas que versam sobre a ampla defesa e ao devido processo legal. O método utilizado para a investigação é o Dedutivo. Ao final do artigo, verifica-se que durante o processo de regressão de regime, deverão ser assegurados os princípios basilares esculpidos na Constituição Federal de 1988, tais como, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal e que a dignidade da pessoa humana deve ser preservada em primeiro plano quando do encarceramento do indivíduo, assim, o modelo atual de execução de pena e aprisionamento, torna-se contrário aos mais elementares pilares dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: dignidade. execução penal. direito penal. direitos humanos. igualdade. liberdade. encarceramento. dicotomia.

ABSTRACT

This text aims to analyze a topic that currently generates controversies in Brazilian doctrine and jurisprudence, the precautionary regression of the prison regime, as a result of the commission of a fact defined as serious misconduct, from the perspective of judicial decisions that are not properly supported. by guaranteeing fundamentals and principles that deal with ample defense and due process of law. The method used for the investigation is the Deductive. At the end of the article, it is verified that during the regime regression process, the basic principles carved in the Federal Constitution of 1988 must be ensured, such as ample defense, the adversary system and due process of law and that the dignity of the person human rights must be preserved in the foreground when the individual is incarcerated, thus, the current model of execution of sentence and imprisonment, becomes contrary to the most elementary pillars of Human Rights.

Keywords: dignity. criminal enforcement. criminal law. human rights. equality. freedom. imprisonment. dichotomy.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo teórico demonstrar que existe uma série de decisões exaradas por juízes executores, que versam sobre regressão cautelar de regime prisional do sentenciado que comete o que pode tipificar como o cometimento de falta grave, segundo reza a Lei de Execução Penal no artigo 118:

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). (BRASIL, 2010).

Tais decisões fundamentam-se no poder geral de cautela do juiz. Porém, deixa em cheque o sistema judiciário brasileiro, face a decisões questionáveis com observância apenas na

dimensão fática legalista, sem a devida recorrência a princípios basilares previstos na Constituição federal de 1988, questões que podem levar magistrados a decisões discricionárias, dada a gama de variáveis subjacentes nas ações judicializadas.

A questão/problema é a seguinte: é possível a ocorrência de mitigação a princípios constitucionais quando das decisões de regressão cautelar de regime prisional a um encarcerado, quando se toma por base de legalidade apenas o poder de cautela dos magistrados? Sim ou não? Ou ainda: essas decisões, ocasionam um aspecto negativo a dignidade humana, relativizando a cidadania e sua condição individual de pessoa?

No atual momento, sabe-se que o apenado que cometer a denominada falta grave, será custodiado no regime prisional fechado, conforme dispõe a " Lei de Execução Penal em seu artigo 84, determinando que o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

Segundo dados de abril do ano 2021 do relatório "Susipe em Números" revelam que no Pará existem atualmente 6.583 presos já condenados pela Justiça, além de outros 3.137 presos provisórios/sentenciados, ou seja, que já cumprem pena por um (ou mais) processo (s) e aguardam julgamento em outro. Do total de mais de 15 mil presos que o Estado custodia, mais de 60% são provisórios.

E neste universo de apenados que por ventura tenham e algum momento, por evasão, denominação dada aquele apenado que não retorna do cumprimento do benefício de saída temporária, ou mesmo cometa a fuga da CPASI (Colônia Penal Agrícola de Santa Izabel, estes ficarão cautelarmente custodiados em regime fechado em face a decisões de regressão cautelar de regime, tornando-se seus benefícios executórios sobrestados até o momento deste apenado, ter a oportunidade de apresentar-se perante a autoridade judiciária competente, por força de agendamento de audiência de justificativa.

A Lei de Execução Penal nº 7.210/1984 em seu artigo 118 § 2º traz um rol taxativo das hipóteses em que ocorrerá a regressão de regime (MARCÃO, 2011).

Assim Gomes (2010) descreve que a ocorrência da regressão cautelar de regime prisional, deixa uma lacuna na justiça executória trazendo insegurança jurídica nas decisões:

A controvérsia consiste, basicamente, na possibilidade ou não de dar-se ao condenado o direito ao contraditório e ampla defesa e em consequência ao devido processo legal, explicando-se este em audiência com o juízo da execução penal antes ter a decretação de sua regressão de regime cautelarmente decidida de pronto.

Ocorre que após o alcance da progressão de regime e observando-se que o mérito do sentenciado não mais condiz com a realidade por ele conquistada, não correspondendo aos quesitos necessários para o prosseguimento da execução da pena no novo regime alcançado, poderá o condenado regredir de regime, passando a regimes mais severos de cumprimento de pena.

Percebe-se também nesse contexto, que os ditames legais norteadores da execução do regime prisional imposta pelo Estado juiz, e que são estatuídos sob a égide da Lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, e sobre a temática abordada, mais precisamente, no art. 118, § 2º, da referida norma, durante o processo de regressão de regime, deverão ser assegurados os princípios basilares esculpidos na Constituição Federal de 1988, tais como, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. (ANDREUCCI, 2010).

Por ser pressuposto do sistema progressivo de penas a passagem do condenado por todos os regimes de cumprimento subsequentes ao seu regime inicial, de um estabelecimento prisional mais severo para um menos rigoroso, até que atinja a liberdade.

Assim, se por um lado o mérito do condenado é requisito para que ele passe de um regime de cumprimento de pena para outro, a ausência de mérito é motivo para ensejar a regressão do regime prisional, porém sempre respeitando-se o devido processo legal (MARCÃO, 2009).

É mister afirmar, que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser estritamente observados na regressão, não podendo o juiz da execução decidir sobre a regressão prisional do condenado sem sua prévia oitiva, conforme disciplina o art.118 § 2º da Lei de Execução penal. Qualquer decisão que determinara regressão para o regime prisional fechado, sem observar esse dispositivo, será nula (ANDREUCCI, 2010).

É lúdima a assertiva de que em todo processo tanto judicial como administrativo, é garantido pela Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, LV, os princípios da ampla defesa e do contraditório, em face de que suprimindo tais questões, se estará ceifando a *Lex Máxima*, rompendo com todos os pilares de orientação e sustentação do direito brasileiro.

Nos dizeres de Júlio Fabbrini Mirabete (2007), neste sentido, não deve o magistrado no poder de sua jurisdicionalização, que é o da Vara de Execuções Penais, aplicar a regressão cautelar do regime prisional de qualquer apenado, quando de sua execução, antes de uma prévia ouvida deste, inclusive, justificando, por todos os meios em direito admitidos, em consonância com os princípios constitucionais.

Ocorre que em decisões reiteradas, os juízes executores com o alicerce jurídico sustentado no poder geral de cautela, estão admitindo a regressão cautelar de regime prisional com base no perigo da demora da prestação jurisdicional, o *periculum in mora*, e a fumaça do bom direito, *fumus boni iuris*, a fim de tomarem decisões cautelares extremadas, ferindo o princípio do devido processo legal elencado na Constituição Federal de 1988.

O método utilizado para a Fase de Investigação e o Relato de Pesquisa será o Dedutivo, cuja premissa maior são a materialização e validação dos princípios constitucionais, suas consolidações e eficácia de aplicabilidade em face ao consenso estipulado na Constituição Federal democrática brasileira. As técnicas selecionadas ao cumprimento do método eleito são a Pesquisa Bibliográfica e Documental, a Categoria e o Conceito Operacional, quando necessários (Pasold, 2018, respectivamente p. 215, 217, 207).

A FALTA GRAVE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL E NA JURISPRUDÊNCIA

As hipóteses de falta grave estão previstas nos artigos 50, 51 e 52 da Lei de Execução Penal, que recentemente sofreu alteração pelo Pacote Anticrime Lei n.13.964/2019, vejamos o texto atual:

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

- I – Incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
- II – Fugir;

- III – Possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV – Provocar acidente de trabalho;
- V – Descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI – Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.
- VII – Tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
- VIII – Recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

- I – Descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;
- II – Retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;
- III – Inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:

I – Duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II – Recolhimento em cela individual;

III – visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV – Direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V – Entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário.

VI- Fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII- Participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.

No diz respeito a aplicação das penalidades relacionadas ao cometimento das referidas faltas graves durante o curso da execução penal, estas estarão interligadas diretamente a instauração de procedimento disciplinar penitenciário com o objetivo de apuração, assegurado o direito de defesa, conforme o que reza o artigo 59 da LEP. A seguir:

Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão será motivada.

No entanto, em 2013, ao julgar o REsp 1.378.557, a Terceira Seção do STJ fixou entendimento no sentido da imprescindibilidade da instauração de processo administrativo disciplinar pelo diretor do presídio para o reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave, assegurado o direito de defesa, a ser exercido por advogado constituído ou defensor público nomeado, em conformidade com o que preconiza a Lei de Execução Penal.

E no ano de 2015, o STJ editou a Súmula 533, cujo enunciado iria confirmar a necessidade do PAD nos casos de falta disciplinar no âmbito da execução penal.

Súmula 533 do STJ: Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado. (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, Dje 15/06/2015.)

Entretanto, o STF, no julgamento do RE 972.598, com repercussão geral reconhecida (Tema 941), fixou a tese de que “a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do Defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena”.

Nesta interpretação, o STF chegou ao entendimento de que a apuração de falta grave praticada durante a execução de pena em procedimento judicial, com as garantias a ele inerentes, perante o juízo da Execução Penal não só é compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) como torna desnecessário o prévio procedimento administrativo, tendo como enfoque, o princípio da eficiência previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Nesta esteira de entendimento, o enunciado 534 do STJ dispõe que a prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

Portanto, observa-se que as consequências do reconhecimento de uma falta disciplinar são extremamente graves no processo de execução penal, visto que o apenado perde o período de pena que já tinha cumprido anteriormente, iniciando-se a contagem de prazo para novos benefícios a partir da data do cometimento da falta praticada.

Nesta mesma trilha, tratando-se de aplicação de apuração de falta grave, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, observa que a existência do procedimento administrativo é um pressuposto, portanto, para o reconhecimento da falta grave e aplicação da pena de regressão de regime. Todavia, ressalta que a decisão sobre a regressão do regime é atribuição do juiz da execução penal, de maneira que a conclusão do procedimento não vincula o julgador. E ao Estado-juiz compete, ainda que contrariamente à conclusão do PDP, sendo o caso, reconhecer a falta grave e determinar a regressão, conforme o caso.

E ainda conforme Súmula nº 15 do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o prazo prescricional para apuração de faltas graves cometidas durante a execução da pena não é matéria de direito penitenciário e, por isso, não pode ser regulamentada por norma estadual, devendo,

portanto, ser utilizado analogicamente o menor prazo prescricional previsto no Código Penal, em face da ausência de norma específica existente sobre o tema, sempre após prévia instauração do processo administrativo disciplinar.

Assim, diante de ausência de norma específica quanto à prescrição de infração disciplinar utiliza-se, por analogia, o prazo prescricional do art. 109, inciso VI do Código Penal tendo em vista a competência privativa da união para legislar sobre direito penal (CR/88, ART. 22, I), conforme precedentes jurisprudenciais do STF e do STJ.

A título de ilustração, cito recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Execução penal. Falta grave (fuga). 3. PAD não homologado, ao fundamento de não ter sido observado o prazo máximo de conclusão previsto no Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul (prazo de 30 dias). 4. A jurisprudência do STF é no sentido de que, diante da ausência de norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, utiliza-se, por analogia, o Código Penal (HC 92.000/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 30.11.2007). 5. Quanto ao prazo de 30 dias para o encerramento do PAD, esta Corte já considerou que compete privativamente à União legislar sobre direito penal (HC 97.611/RS, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 7.8.2009). 6. Ordem denegada. (STF. Habeas Corpus 114422, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 06/05/2014, DJe 27/05/2014).

E o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, depois de reiteradas decisões nesse mesmo sentido, editou a Súmula nº 15 (Res. 13/2015 – DJ. Nº 5812, de 03/09/2015), que possui o seguinte conteúdo:

O prazo prescricional para apuração de faltas graves cometidas durante a execução da pena não é matéria de direito penitenciário e, por isso, não pode ser regulamentada por norma estadual, devendo, portanto, ser utilizado analogicamente o menor prazo prescricional previsto no Código Penal, em face da ausência de norma específica existente sobre o tema, sempre após prévia instauração do processo administrativo disciplinar.

Percebe-se que a prática de falta grave trás diversa consequências na execução da pena, como a interrupção do prazo para a progressão de regime e o óbice à concessão de benefícios do apenado, porém estas penalidades só podem surtir efeito negativo na execução de pena, após apuração por meio de procedimento administrativo que garanta ao preso o exercício da defesa.

REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL VERSUS A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Observa-se que durante a regressão cautelar de regime, a existência de uma linha tênue que separa a ocorrência ou não da mitigação a princípios constitucionais, por esse motivo, surge no presente texto a importância de mencioná-los os quais serão descritos abaixo a seguir:

A regressão cautelar fere de suma os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, todos, esculpados pela Carta Republicana de 1988, inclusive, por ser medida extremada, de caráter urgente, deixa de cumprir o procedimento adotado pelo §2º, do Art. 118, da Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, fazendo com que o apenado seja posto em regime diverso e mais severo, geralmente ao fechado, sem a sua prévia ouvida, nem lhe dando

margem a apresentação de defesa técnica, pois só depois dessa é que, não sendo plausíveis as assertivas repulsivas, deve fundamentadamente, com base no art. 93, IX, da CF/88, regredir o regime prisional em função das hipóteses trazidas pelo art. 118, da LEP, em seus incisos, isso não ocorrendo seria de plena nula a decisão, violando direitos individuais, garantidos em nível constitucional.

Com relação ao tema acima exposto, Fernando Capez (2004) entende que o juiz é munido do chamado poder geral de cautela, podendo decretar medidas urgentes, em casos de extrema e comprovada necessidade, quando presentes *o fumus boni iuris e o periculum in mora*, figurando como exemplos, no processo civil, as liminares, as tutelas antecipadas e as providências de cunho cautelar e, no processo penal, as prisões processuais, a busca e apreensão e o arresto.

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio do devido processo legal no artigo. 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 2010).

Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, o princípio do devido processo legal insere-se na ideia de democracia, como veículo da justiça e dos direitos fundamentais [...]” (LIMA, 1999) Primeiramente, cabe a desintegração dos três elementos contidos no que foi supracitado, verificando-se o significado de cada conteúdo, individualmente.

Devido assume a conotação de previsto, tipificado e justo. “Processo” permanece com o significado mais conhecido, acerca dos trâmites, caminhos a serem percorridos dentro do ordenamento jurídico. “Legal” pode ser entendido em seu significado mais amplo, abrangendo a Lei Maior e a legislação infraconstitucional.

Unindo todos os termos novamente, pode-se chegar às “garantias previstas juridicamente.” (TAVARES, 2008).

Dessa forma, Nagib Slaibi Filho (2006) conceitua o devido processo legal: [...] é o conjunto de garantias expressamente previstas na Constituição ou por ela reconhecidas como necessárias para integrar a pessoa interessada no processo de decisão, pública ou privada, que diga respeito à sua liberdade ou aos seus bens ou a qualquer interferência arbitrária nos seus direitos da personalidade.

Gilmar Ferreira Gomes (2008) dá maior amplitude ao devido processo legal, afirmando que a sua previsão constitucional fez com que a obrigatoriedade da sua observância não recaísse mais tão somente aos magistrados, mas estendendo-se a todos aqueles que compõem o aparato jurisdicional, como os advogados e serventuários, por exemplo.

Assim, todos os que exercem funções consideradas como essenciais à justiça tem o dever de fazer com que o devido processo legal seja aplicado.

Alguns doutrinadores o consideram de extrema importância na medida em que o devido processo legal engloba uma série de outros princípios constitucionais. (LOPES, 2006)

Atualmente, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão consagrados no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 2010).

O fato de um único dispositivo assegurar dois princípios reforça a proximidade da inter-relação entre ambos. É da manifestação do contraditório que surge o exercício da ampla defesa, e vice-versa, e assim pode ser notada a íntima relação existente eles. (ZILLI, 2003)

Acerca do alcance da ampla defesa dentro do ordenamento jurídico:

As dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, os processos judiciais ou administrativos. (MENDES, 2008)

Na mesma esteira, José Laurindo de Souza Netto afirma que “a cláusula que outorga aos indivíduos o direito inviolável de se defender não se refere exclusivamente ao processo penal.” (2003)

Nota-se que a partir do ponto de partida em que o Estado passa a aderir a uma formulação abstrata como forma de punição do indivíduo, com a praxe da regressão de regime cautelar, limitando-se apenas no poder de cautela instituído aos juízes executores, sem levar em consideração o contexto crônico de violação dos direitos humanos no cárcere, o Estado não terá uma postura neutra ou, simplesmente legal, pelo fato óbvio da regressão de regime cautelar, não se basear-se na Lei, mais tornar-se fruto puramente de uma espécie de metalinguagem que se produz a partir da Lei aplicada de maneira desleal com o indivíduo.

POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS

No que diz respeito a decisões, no ordenamento jurídico brasileiro, existe na jurisprudência ainda que em menor proporção, posição minoritária de que não deve ser admitida a regressão cautelar de regime prisional: em face da ausência de previsão legal.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro posiciona-se no sentido da necessidade da oitiva do apenado para se efetivar a regressão de regime:

TJ/RJ, 4ª Câ. Criminal, HC nº 2005.059.06446, rel. desª. Maria Zélia Procópio da Silva, j. 27/12/05

Habeas Corpus. Réu condenado. Regime prisional aberto. Evasões sucessivas. Falta grave. Regressão ao regime semiaberto, em caráter definitivo, sem oitiva do apenado. Impossibilidade. Art. 118, § 2º da LEP. Jurisdicionalização da execução penal. Oitiva do apenado pelo juiz. Decisão definitiva prolatada sem oitiva. Desconhecimento da recaptura. Inocorrência de convalidação pela oitiva subsequente, na Comissão Técnica de Classificação. Suspensão cautelar, sem oitiva. Ordem parcialmente concedida. Cometida falta grave, em tese, (fuga), a regressão definitiva a regime mais gravoso (semiaberto), sem a oitiva do apenado, para possível justificativa da conduta, nos termos do artigo 118 § 2º, da LEP, importa em violação dos princípios da legalidade, no devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná comunga do mesmo entendimento:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A REGRESSÃO DO REGIME ABERTO PARA O REGIME FECHADO AO SENTENCIADO, SOB A JUSTIFICATIVA DE COMETIMENTO DE NOVO CRIME NO CURSO DA EXECUÇÃO DA PENA. IRRESIGNAÇÃO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA REFERIDA DECISÃO POR NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDÊNCIA. PARA A REGRESSÃO DE RÉGIME NECESSÁRIO SE FAZ A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE

JUSTIFICAÇÃO, NA QUAL SEJA ASSEGURADO AO REEDUCANDO O EXERCÍCIO AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA, A APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA POR ESCRITO NÃO SUPRE A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA REFERIDA AUDIÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É entendimento majoritário nesta Corte de Justiça, que para a homologação de falta grave necessária se faz a realização de audiência de justificação prévia, na qual seja garantido ao sentenciado apresentar sua versão dos fatos. II - "A prática de fato definido como crime doloso seria motivo suficiente para a regressão, reforçado pelo fato de também constituir falta grave. A lei preconiza a prévia oitiva do condenado, pois o juiz convencendo-se dos motivos apresentados poderá manter o regime. Se assim não fosse, não haveria necessidade da previsão de oitiva do interessado". (BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 3ª.Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. Fls.254/255). Estado do Paraná 2 PODER JUDICIÁRIO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso de Agravo nº 1.509.249-4Cód. 1.07.030 (TJPR - 4ª C.Criminal - RA - 1509249-4 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Celso Jair Mainardi - Unânime - - J. 12.05.2016). Jurisdicionalizada a execução penal (artigo 194, LEP) e competindo ao juiz (artigo 65, LEP), o procedimento correspondente às situações previstas na lei será judicial. Sendo judicial — e não meramente administrativa — a decisão de regressão de regime, a oitiva do apenado, que deve precedê-la, é de ser feita pelo juiz, que exerce o poder sancionatório em nome do Estado, e não no âmbito da Comissão Técnica de Classificação. Prolatada decisão definitiva de regressão, sem oitiva do apenado, por desconhecer o Juízo a sua recaptura, na data, não é validada por oitiva subsequente do mesmo, na Comissão Técnica de Classificação. Convoção da decisão em cautelar para que seja ouvido, pelo juiz, que deve prolatar após, decisão sobre a regressão definitiva. A oitiva prévia do apenado, impossibilitada pela permanência da evasão ou por desconhecimento da recaptura, é dispensável na hipótese de suspensão cautelar do regime mais benéfico de que usufruía, quando da evasão, sendo esta, em tese, falta grave, que por si só e em princípio, compromete a execução da pena. Concessão parcial da ordem.

Pelo Tribunal de Justiça do Mato grosso do Sul é demonstrado o entendimento de que é irrelevante o descumprimento das condições de audiência admonitória, para ensejar a regressão de regime do sentenciado:

TJ/MS, 2ª Turma, HC nº 2005.008297-3/0000-00, rel. des. José Augusto de Souza, j. 06/07/05, v.u., DJU 18/07/05

Habeas corpus. Condenado que cumpriu a pena em regime aberto sem, contudo, preencher as condições impostas na audiência admonitória. Irrelevância ante o fato de já ter cumprido integralmente a reprimenda. Impossibilidade de regressão prisional. Extinção da punibilidade. Ordem concedida. Se a pena privativa de liberdade foi cumprida integralmente, em regime prisional aberto, o eventual descumprimento das condições impostas na audiência admonitória, que poderá levar à regressão do regime prisional, é irrelevante, uma vez que a inobservância dessas condições jamais poderá ter como consequência o aumento da reprimenda. Extinção da punibilidade. Ordem concedida.

TJ/MS, 2ª Turma, HC nº 2005.000436-4/0000-00, rel. des. José Anezi de Oliveira, j. 02/03/05, v.u., DJU 11/03/05

Falta de audiência pessoal. Habeas corpus. Pacientes que não cumprem a pena pecuniária aplicada em substituição à pena privativa de liberdade. Julgador que converte a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade sem a realização de audiência de justificação. Constrangimento ilegal caracterizado. Inobservância do princípio da ampla defesa e do contraditório. Ordem concedida.

A expedição de mandado prisional em desfavor dos pacientes, por ocasião da conversão da pena restritiva de direitos em reprimenda privativa de liberdade, sem audiência de justificação dos condenados, caracteriza constrangimento ilegal por se tratar de ato que não observa o princípio do contraditório e da ampla defesa previsto na Constituição Federal.

Na esteira do entendimento do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, a proporcionalidade sempre deve ser preservada ao analisar a regressão cautelar em caso de fuga:

TJ/RS, 5ª Câmara Criminal, Ag.Ex. nº 70013653084, rel. des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 22/02/06 Execução penal. Fuga. Regressão de regime não autorizada. Proporcionalidade. Não é qualquer fuga que impõe a regressão de regime: a proporcionalidade deve estar presente. O curto período da fuga, sem cometimento de delito, aliado a aplicação de sanção administrativa e o registro da falta grave no prontuário do apenado, não autoriza a regressão de regime. Há, sempre, se apostar no cidadão-apanado. Por maioria, negaram

provimento ao agravo.

Na mesma linha de pensamento coleciona o TRF 1ª Região:

TRF 1ª Região, 3ª Turma, HC nº 2005.01.00.063463-8/GO, rel. des. Cândido Ribeiro, j. 18/10/05, v.u., DJU 18/10/05

Habeas corpus. Descumprimento das penas restritivas de direitos. Regressão de Regime. Oitiva do condenado. Art. 118, § 2º, da Lei nº 7.210/84. Inobservância. É imprescindível a audiência pessoal do condenado pelo juiz antes da decretação de regressão de regime prisional, sob pena de mal trato aos princípios do contraditório e ampla defesa. (Inteligência do art. 118, §2º, da Lei nº 7.210/84). Não tendo havido a oitiva do sentenciado, a regressão do regime vem a caracterizar constrangimento ilegal. Ordem de habeas corpus que se concede em parte.

Após a apresentação dos argumentos constantes nos acórdãos dos Tribunais de Justiça citados, de modo a expor quais os motivos que os levam a decidir pela não regressão do regime de cumprimento de pena, observa-se a aplicabilidade de uma moderna política criminal, ao se adotar uma posição absolutamente minoritária dentro da realidade dos outros Tribunais Superiores, em um viés totalmente inovador.

Acerca de uma possível alegação de demasiada benevolência por parte dos operadores do direito, vale transcrever o posicionamento do Desembargador Aramis Nassif, em voto proferido no agravo nº 70024556359:

Cabe ressaltar ainda, que o apenado cumpre pena em regime semiaberto, ou seja, não se trata de colocá-lo em liberdade, nem mesmo, de se omitir de aplicar-lhe punição disciplinar, ante a falta cometida, mas simplesmente de adotar postura condizente ao direito penal mínimo e subsidiário, que busca incansavelmente reduzir os efeitos danosos da realidade penitenciária, reintegrando progressivamente o apenado socialmente. (BRASIL, 2010h).

Uma indagação feita pelo Des. Nereu José Giacomolli, no agravo de execução nº 70028547743, do TJRS, 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? (BRASIL, 2010h).

Ante o exposto, vislumbra-se que a execução penal deve ser compreendida como um processo judicial autônomo, distinto do processo de conhecimento que lhe deu origem, em cujo bojo devem ser obedecidos os princípios e garantias constitucionais, na forma preconizada pelo artigo 118, § 2º da Lei n.º 7.210/84, Lei de Execução Penal. (CAPEZ, 2004).

Compreende-se dessa forma, por se tratar de tema que envolve a liberdade individual do ser humano, privado de seu direito constitucional de ir e vir, que passa a ser tutelada pelo Estado, que determina as regras da execução do condenado, e quando decide pela regressão cautelar de regime do sentenciado, os juízes executores claramente passam a desprezar a garantia constitucional oferecida aos condenados à pena privativa de liberdade, a saber: a de que o estabele-

cimento penitenciário onde será recolhido será aquele compatível com o crime praticado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Renomados doutrinadores brasileiros defendem, de forma fundamentada, que a regressão de regime prisional fere os princípios constitucionais previstos para que haja a proporcionalidade nas decisões.

Nesse sentido, leciona Mirabete (1996) que: “Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na Constituição Federal e nas leis, mas isso não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.”

Ressalta ainda o doutrinador, que o processo de execução deve ocorrer nos mesmos moldes de garantias do processo penal de conhecimento. Assim, é imperioso respeitar-se o devido processo legal com todos os seus corolários, em especial o contraditório e a ampla defesa na fase de execução da pena.

Aury Lopes Junior (2007) Aduz que, apesar da dificuldade na materialização dos princípios constitucionais em virtude de seu caráter, de certa maneira, abstrato, cabe ao operador jurídico à interpretação e filtragem dos institutos jurídico-penais a partir da Constituição de maneira comissiva, concluindo: Se é verdade que o sistema jurídico por si só não pode garantir nada, não se pode afirmar que o jurista nada pode fazer para otimizar o modelo de garantias. É da essência da atividade dos operadores críticos a utilização dos mecanismos fornecidos pela Constituição, e das lacunas e contradições entre esta e o ordenamento inferior, para otimizar normas, gerando práticas de defesa dos direitos fundamentais.

Observa, também, que a regressão cautelar ofende o contraditório, na medida em que o apenado não tem oportunidade de manifestação. Passa o período em que se investiga se houve ou não o cometimento de falta grave, como se culpado fosse, a despeito do que pudesse argumentar em sua defesa, o que, por si só, afronta dispositivo constitucional, nos termos do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Salta aos olhos a reflexão de que, se durante o processo penal, já se costuma impor um véu de não inocência ao processado criminalmente. (LOPES JUNIOR, 2007.)

Ademais a negação da dignidade da pessoa humana, as garantias de direitos fundamentais, com a mitigação a princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal do Brasil, abrem a porta para sistemáticas violações de Direitos Humanos. Com a agravante crise no sistema carcerário nacional, em que cada vez de maneira mais acentuada os governos tem aderindo à política de encarceramento em massa, através de justificativas variadas e abstratas, como a segurança do Estado, pela manutenção da ordem pública entre outros fatores justificantes do segregamento em grande escala.

Para finalizar a resposta é sim. É possível a ocorrência de mitigação a princípios constitucionais quando das decisões de regressão cautelar de regime prisional a um encarcerado, quando se toma por base de legalidade apenas o poder de cautela dos magistrados, tendo em vista que essas decisões e o modelo crescente encarceramento de presos e como consequ-

ência, ocasionam um aspecto negativo a dignidade humana, relativizando a cidadania e sua condição individual de pessoa. E negar a dignidade de um ser humano, negar sua condição de pessoa, negar suas garantias fundamentais e seus direitos fundamentais. Tais questões não são compatíveis com um autêntico Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, R. A. Legislação Penal Especial. 7ª ed. Saraiva. São Paulo - SP 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 15 de nov.2021.

CAPEZ, Fernando. Execução Penal. 10ª Edição. São Paulo: Damásio de Jesus,2004.

GOMES, L.F. Direito Penal: parte geral: volume 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 665.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e princípio dispositivo. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2006.

Lei nº 7.210/84. Lei de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/civil/leis/L7210.htm>> Acesso em: 17. out. 2021.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Devido Processo Legal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MARCÃO, R. 9ª Edição De acordo com as Leis n.12258/2010. Curso de Execução Penal, 2011.

McDougall, W. (1920). The group mind. Cambridge: Cambridge University Press.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Martins. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI. Renato N. Manual de Direito Penal: parte geral. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: parte geral e parte

especial. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 14. ed. Florianópolis: Empório Modara, 2018

Seap em números. Disponível em: <http://www.seap.pa.gov.br> Acesso em: 10. mar. 2022

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa do juiz no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.