

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

THAÍS CLAUDINO BATISTA

A REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL NA EXECUÇÃO DA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE:  
UM ESTUDO DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOB A  
PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

SOUSA

2015

THAÍS CLAUDINO BATISTA

A REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL NA EXECUÇÃO DA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE:  
UM ESTUDO DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOB A  
PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Prof. Orientador: Guerrison Araújo Pereira Andrade

SOUSA

2015

THAÍS CLAUDINO BATISTA

A REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL NA EXECUÇÃO DA PENA  
PRIVATIVA DE LIBERDADE:  
UM ESTUDO DAS DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS SOB A  
PERSPECTIVA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Trabalho monográfico apresentado ao curso de  
Direito do Centro de Ciências Jurídicas e  
Sociais da Universidade Federal de Campina  
Grande, como exigência parcial da obtenção  
do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e  
Sociais.

Prof. Orientador: Guerrison Araújo Pereira  
Andrade

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientador: Prof. Guerrison Araújo Pereira Andrade

---

Membro da Banca Examinadora 1

---

Membro da Banca Examinadora 2

À Deus.

Aos meus pais, Ana Lúcia e Bernardo.

Aos meus irmãos, Viviane, Suzany e

Leonardo.

Ao meu namorado, Gleison Medeiros.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, força presente em minha vida, que me ajudou a trilhar o caminho até o presente momento, me livrando do mal, me dando forças para superar as barreiras, me constituindo forte ante as adversidades da vida.

Aos meus pais, Ana Lúcia e Bernardo, de quem muito me orgulho, a minha eterna gratidão pelos exemplos de força e coragem, pelos sacrifícios e renúncias em favor de me oferecerem o melhor de suas possibilidades na minha formação. Não há palavras que possam mensurar o tamanho do meu amor por vocês.

Aos meus queridos irmãos, Leonardo, Suzany e Viviane, que mesmo distantes fisicamente mantiveram-se sempre ao meu lado me dando apoio e incentivo nos momentos em que mais precisei de força para concretização dos meus sonhos.

Aos meus avós, Silvia e João Claudino (in memoriam), exemplo de pessoas pelas quais só poderiam me proporcionar a mais profunda admiração e respeito.

Ao meu namorado, Gleison Medeiros, pela paciência, incentivo e apoio durante a execução deste trabalho, pela compreensão nos momentos difíceis, pela tranquilidade que me transmite, além do carinho e proteção que sempre me proporcionou.

Ao meu amigo, Frank Yuri, que sempre me ajudou nos momentos de angústias, muitas vezes, deixando de lado seus compromissos para me amparar.

Ao meu orientador, Professor Guerrison Araújo Pereira Andrade, por aceitar me orientar, bem como pelos excelentes ensinamentos na feitura deste trabalho.

Ao professor Leonardo Figueiredo, que com a sua simplicidade despertou em mim a paixão pelo Direito Penal, meus agradecimentos pela orientação e auxílio ao longo desses anos.

À todos os professores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, que de alguma forma, contribuíram para a minha formação.

A todos os outros aqui não mencionados, mas que contribuíram direta ou indiretamente para que tamanha ventura pudesse advir.

“Com o critério com que julgardes, sereis julgados; e, com a medida com que tiverdes medido, vos medirão também”.

(Jesus Cristo)

## RESUMO

A pesquisa monográfica objetivou analisar o instituto da regressão cautelar de regime prisional na execução da pena privativa de liberdade em face das divergências doutrinárias e jurisprudenciais que existem acerca do tema. Apesar desse instituto não ser mencionado na Lei de Execução Penal, grande parte da doutrina e da jurisprudência entendem ser plenamente possível a sua aplicação, fundado, basicamente, no poder geral de cautela concebido ao magistrado. Esse entendimento deu ensejo a uma grande celeuma no sistema jurídico vigente, uma vez que a Lei de Execução Penal estabelece que para ser efetivada a regressão de regime prisional, indispensável se faz a prévia oitiva do apenado. Assim, a decretação de regime feita cautelarmente viola flagrantemente os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. Desta feita, o presente trabalho propõe-se a demonstrar, com base nas lições doutrinárias e jurisprudenciais, os posicionamentos que existem acerca desse instituto, destacando os seus principais argumentos. Para tanto, para se chegar ao ápice da pesquisa, fez-se necessário estrutura-la em três capítulos. No primeiro, partiu-se de uma premissa mais ampla, destacando as origens históricas da pena até chegar a pena privativa de liberdade atual. No segundo, adentrou-se no processo de individualização da pena privativa de liberdade, com destaque as suas fases judicial e executória, momento em que foi feito um estudo detalhado sobre os regimes de cumprimento de pena, progressão e regressão de regime, analisando cada uma de suas hipóteses. Por fim, no terceiro capítulo, como decorrência lógica do que foi abordado no capítulo anterior, foi desenvolvido o estudo da regressão cautelar de regime prisional, destacando os dois posicionamentos existentes, bem como as consequências advindas da sua aplicação. Para alcançar o objetivo proposto por esse trabalho, foram utilizados os métodos dedutivo e exegético-jurídico, empregado por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental-jurisprudencial, com subsídio na doutrina nacional, artigos científicos e posicionamentos dos tribunais. Constatou-se, assim, a importância do presente trabalho, uma vez que a decisão que decreta a regressão cautelar de regime prisional mostra-se totalmente arbitrária e inconstitucional, pois o não acatamento ao princípio do contraditório, além de violar o disposto na Lei de Execução Penal e na Carta Magna, representa um manifesto retrocesso aos direitos e garantias até então conquistados, inadmissíveis no âmbito do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Regressão cautelar de regime. Violação. Legalidade. Contraditório. Ampla defesa.

## ABSTRACT

The monographic study aimed to analyze the institute of precautionary regression prison regime on deprivation's liberty execution, front of doctrinal and jurisprudential differences that exist about the subject. Despite this institute is not mentioned in the Prison Law, large part of doctrine and jurisprudence understand to be fully possible to apply it, founded, basically, on the general power of caution designed the magistrate. This view has created quite a stir in the existing legal system, since the Penal Execution Law states that to be effective the regression's prison regime is indispensable do the convict's previous oral testimony. So, the precautionary decree of the regime flagrantly violates the principles of legality, the contradictory and full defense. Then, this paper proposes to demonstrate, based on doctrinal and jurisprudential lessons, the positions that exist about this institute, highlighting their main arguments. For this, to reach the summit of research, it was necessary to structure it in three chapters. First of all, we started with a broader premise, highlighting the penalty's historical origins to reach the current custodial sentence. Second, entered the process of individualization of custodial sentence, emphasizing their legal and enforceable phases, when we did a detailed study on the penalty compliance regimes, progression and regression regime, analyzing each of their hypotheses. Finally, in the third chapter, as logical consequence of what was discussed in the previous chapter, was developed to study the precautionary regression prison regime, emphasizing the two existing positions as well as the consequences resulting from its application. To reach the goal set for this work, the deductive and exegetical-legal methods were used, employee by techniques of bibliographical and documentary-jurisprudential research, with subsidies in the national doctrine, research papers and positions of courts. It was verified, therefore, the importance of this paper, since the decision orders the prison regime of precautionary regression shows is totally arbitrary and unconstitutional, because the failure to comply with the principle of contradiction, in addition to violating the provisions of the Penal Execution Law and in the Constitution, is an obvious throwback to the rights and guarantees previously conquered, inadmissible under the Democratic State of Law.

**Keywords:** Regression precautionary regime. Violation. Legality. Contradictory. Full defense.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execução Penal

Min. – Ministro

Rel. – Relator

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PENA .....</b>	<b>14</b>
2.1 Origem e Evolução .....	14
2.1.1 <i>Fase da Vingança Divina</i> .....	15
2.1.2 <i>Fase da Vingança Privada</i> .....	16
2.1.3 <i>Fase da Vingança Pública</i> .....	18
2.2 Teorias e Finalidades da Pena .....	19
2.2.1 <i>Teoria Absoluta ou Retributiva da Pena</i> .....	20
2.2.2 <i>Teoria Relativa ou Preventiva da Pena</i> .....	20
2.2.3 <i>Teoria Mista ou Unificadora da Pena</i> .....	22
2.3 Espécies de Penas Previstas no Ordenamento Penal Brasileiro .....	23
2.3.1 <i>Pena Privativa de liberdade</i> .....	23
2.3.2 <i>Penas Restritivas de Direitos</i> .....	24
2.3.3 <i>Pena de Multa</i> .....	27
<b>3 EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: O SISTEMA PROGRESSIVO .....</b>	<b>29</b>
3.1 O Processo de Individualização da Pena Privativa de Liberdade .....	29
3.1.1 <i>Individualização Judicial</i> .....	29
3.1.2 <i>Individualização Executória</i> .....	32
<b>3.1.2.1 Regime Fechado</b> .....	33
<b>3.1.2.2 Regime Semiaberto</b> .....	34
<b>3.1.2.3 Regime Aberto</b> .....	36
3.2 Da Progressão de Regime .....	37
3.3 Da Regressão de Regime .....	40
3.3.1 <i>Prática de Crime Doloso ou Falta Grave</i> .....	40
3.3.2 <i>Condenação Irrecorrível por Crime Anterior</i> .....	42
3.3.3 <i>Frustração dos Fins da Execução ou não Pagamento de Multa</i> .....	43
<b>4 ANÁLISE DO INSTITUTO DA REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL .....</b>	<b>45</b>
4.1 Considerações Iniciais .....	45
4.2 A Regressão Cautelar como Medida de Urgência .....	46
4.3 A Regressão Cautelar como Violação ao Contraditório e a Ampla Defesa .....	48

<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>62</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Para que uma sociedade possa desenvolver-se plenamente, determinados bens jurídicos são eleitos como imprescindíveis à vida social e recebem uma proteção especial do Estado, consubstanciada numa punição efetiva quando são infringidos voluntariamente.

Com efeito, incorrendo o indivíduo numa infração penal, nasce para o Estado o dever de puni-lo. No entanto, para que seja aplicada tal penalidade terá que percorrer todo um processo judicial, no qual se observará o devido processo legal, com todos seus corolários, em especial, o contraditório e a ampla defesa.

Na hipótese de o indivíduo ser considerado culpado, será prolatada uma sentença condenatória que definirá o quantum da pena, bem como o seu regime de cumprimento. Passada esta etapa, dar-se-á início a fase de execução penal, que tem por escopo efetivar as disposições da sentença condenatória, bem como possibilitar o efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade. Essa fase será norteadada pelos preceitos da Lei n.º. 7.210/84, a Lei de Execução Penal.

Esta lei incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o sistema progressivo de cumprimento de pena, consubstanciando-se pela passagem do apenado de um regime mais rigoroso para um mais brando, quando satisfeitos seus requisitos. Em contrapartida, determina, também, a regressão de regime prisional quando o apenado incorrer em alguma das hipóteses previstas em seu artigo 118, caso em que será transferido a um regime mais gravoso do que aquele em que se encontra cumprindo.

Contudo, o mesmo artigo, em seu parágrafo segundo, esclarece que para a efetivação de tal instituto deve ser ouvido, previamente, o apenado. Esse dispositivo legal causou uma grande celeuma no sistema jurídico vigente, no qual dois posicionamentos foram formados.

O primeiro posicionamento é no sentido de que a regressão de regime é plenamente possível sem a prévia oitiva do apenado, instituindo, assim, o que se chama de regressão cautelar de regime prisional. Por outro lado, o segundo posicionamento prima pela não admissibilidade de tal instituto, enfatizando ser indispensável a prévia oitiva do apenado para que possa se manifestar sobre os fatos que lhe estão sendo imputados.

Os adeptos desse último posicionamento salientam que a regressão de regime deve ser efetivada conforme determina a lei, sob pena de ofender os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não sendo, portanto, possível decretá-la cautelarmente. Eis

aqui o problema que guia a presente pesquisa: a regressão cautelar de regime prisional sem a prévia oitiva do condenado viola ou não os princípios do contraditório e da ampla defesa?

Pretende-se, pois, a partir dessa problemática, analisar o instituto da regressão cautelar de regime prisional com base nas divergências que existem acerca do tema.

Para alcançar esse desiderato, primar-se-á pela utilização dos métodos dedutivo e exegético-jurídico, empregado por meio de técnicas de pesquisa bibliográfica e documental-jurisprudencial, com subsídio na doutrina nacional, artigos científicos e posicionamentos dos tribunais.

Para uma melhor abordagem do tema proposto, a pesquisa será estruturada em três capítulos.

No primeiro capítulo, parte de uma premissa mais ampla, será feita uma abordagem sobre os antecedentes históricos da pena, destacando as suas diversas fases de evolução desde os primórdios até o período atual, demonstrando as principais penas que existiam nessa época até chegar a atual sistematização.

Ainda nesse capítulo, será feita uma análise acerca das teorias que explicam as finalidades da pena, para chegar-se, assim, às espécies existentes no atual sistema penal brasileiro, com enfoque à pena privativa de liberdade.

Em seguida, por ocasião do segundo capítulo, passar-se-á a análise do procedimento de individualização da pena privativa de liberdade nos seus aspectos judicial e executório. Na individualização judicial será feita uma análise de como o magistrado procederá na dosimetria da pena, bem como na fixação do regime inicial de cumprimento.

Por outro lado, na individualização executória será feita análise dos regimes de cumprimento de pena, apontando os pontos característicos de cada um. Logo após, verificar-se-á o instituto da progressão de regime, enfatizando os requisitos indispensáveis para conquistar tal direito, assim como o instituto da regressão de regime, analisando, detalhadamente, as hipóteses legais que acarretam a sua aplicação.

No terceiro e último capítulos, será analisado o instituto da regressão cautelar de regime na execução da pena privativa de liberdade, demonstrando as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que há acerca de tal instituto, bem como as consequências advindas da sua aplicação. Assim, num primeiro momento, analisar-se-á a corrente que admite a possibilidade da regressão cautelar de regime, e seus respectivos argumentos, para posteriormente analisar a corrente que pugna pela inadmissibilidade desse instituto.

Registra-se por fim, que a pesquisa mostra-se de fundamental relevância, pois apesar de o tema não ser atual, encontra-se muito restrito. São poucas as doutrinas que abordam tal

assunto, tendo mais destaque nas decisões jurisprudenciais, o que faz com que diversos discentes da comunidade acadêmica não tenham conhecimento da matéria. Dessa forma, revela-se necessário um estudo aprofundado sobre a regressão cautelar de regime prisional, uma vez que esse instituto traz uma questão relevante e amplamente discutida na prática forense: a restrição da liberdade do cidadão.

## 2 CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

Inicialmente, para o desenvolvimento preciso deste trabalho, far-se-á necessária uma análise acerca dos antecedentes históricos da pena, destacando as suas diversas fases de evolução desde os primórdios até o período atual. Posteriormente, será feita uma análise acerca das teorias que buscam explicar as finalidades da pena, para chegar-se, assim, às suas espécies.

### 2.1 Origem e Evolução

A pena, em sua origem remota, se confunde com a própria história da humanidade<sup>1</sup>, proveniente da necessidade de castigar àqueles que praticassem condutas contrárias aos interesses da coletividade. Nessa época, as penas não estavam associadas à ideia de justiça, mas à vingança, retaliação à agressão sofrida, consagrando-se, assim, penas extremamente cruéis e desumanas,<sup>2</sup> como, por exemplo, as penas corporais, infamantes e as de morte.

Urge salientar que, nesse tempo, era totalmente desconhecida a privação da liberdade, uma vez que as penas eram decorrentes das vinganças existentes entre os povos, que implantavam castigos extremamente severos e desproporcionais sobre o corpo do indivíduo infrator, tendo, assim, que passar por diversas etapas para se chegar a atual sistematização.

Desta forma, várias foram as fases de evolução da vingança penal, que, no entanto, não se sucederam de forma sistemática. Não há um período certo para que se possa distinguir cada uma dessas fases, uma vez que cada uma foi surgindo para suprir as necessidades de seu tempo. Logo, advindo uma etapa, não ocorre necessariamente o desaparecimento por completo da outra, mostrando-se plenamente possível a coexistência dos princípios característicos de cada uma. Por tudo isso, se faz indispensável uma análise detalhada da sua evolução, que está representada pelas seguintes fases: vingança divina, vingança privada e vingança pública.

---

<sup>1</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 55.

<sup>2</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Parte geral. Volume único. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 45.

### 2.1.1 Fase da Vingança Divina

Desde os primórdios, o homem apresentava a necessidade de viver agrupado como um meio de garantir a sua subsistência, uma vez que em grupo seria mais fácil conseguir satisfazer os seus anseios. No entanto, a partir do momento que o homem passou a viver em conjunto começou a descumprir as normas que regulavam a convivência do grupo, sendo, desse modo, indispensável a imposição de uma sanção.

Assim, desde o início dos tempos, já se tornava imprescindível a aplicação de uma penalidade àquele indivíduo que transgredisse as normas da comunidade em que habitava. Contudo, essa penalidade advinha de uma manifestação divina, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como bem acentua Nucci:

Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se nas forças sobrenaturais, que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, motivo pelo qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que podia acalmar os deuses. [...] Não houvesse a sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria todo grupo.<sup>3</sup>

Com efeito, percebe-se que a ideia central da pena nas sociedades primitivas repousava sobre uma concepção de desagrado divino, em que a própria divindade, por meio de acontecimentos sobrenaturais, era quem aplicava a sanção àquele que infringisse alguma norma, podendo até, inclusive, expulsar o infrator da comunidade.

Essa ideia de punição convencionou-se intitular de vingança divina. Nessa fase as normas possuíam um caráter exclusivamente místico, uma vez que a religião exercia um papel fundamental na vida dos povos e confundia-se com o próprio direito, não existindo, assim, distinção entre as normas divinas e as normas de convivência social. Desta maneira, as infrações eram consideradas pecado, e o transgressor deveria ser penalizado, às vezes, com sua própria vida, para satisfazer a divindade.

Nesse sentido, é o entendimento de Bitencourt:

Nas sociedades primitivas, os fenômenos naturais maléficos eram concebidos como manifestações divinas (“totem”) revoltadas com a prática de atos que exigiam reparação. Nessa fase, punia-se o infrator para desagrar a divindade. [...] O castigo

---

<sup>3</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. parte geral:parte especial. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação.<sup>4</sup>

Depreende-se, que as punições, nessa época, deveriam ser aplicadas pelos sacerdotes, autoridades maiores que serviam como mediadores entre os povos e as divindades, que, por sua vez, aplicavam penas extremamente cruéis e desumanas, desprovidas de qualquer senso de justiça, porém, serviam com forma de purificação e salvação da alma do infrator.

Outrossim, as manifestações divinas eram conhecidas por *totens* e *tabus*, e, conseqüentemente, o descumprimento a essas regras ocasionava aos transgressores punições que atingiam a totalidade do grupo. Acerca disso, Masson preceitua:

Essa visão mágica e contraditória do homem e do mundo era nutrida pelos totens e tabus [...] Os totens assumiam as mais variadas formas de animais, vegetais ou qualquer outro objeto considerado como ancestral ou símbolo de uma coletividade, caracterizando-se como seu protetor e objetos de tabus e deveres particulares. O tabu consistia na proibição dos profanos de se relacionarem com pessoas, objetos ou lugares determinados, ou dele se aproximarem, em virtude do caráter sagrado que possuíam, e a sua violação acarretava ao culpado ou ao seu grupo o castigo da divindade.<sup>5</sup>

Como se vê, os *totens* e os *tabus* constituíam a fase da vingança divina, fruto da prevalência da religião na vida dos povos, e apresentavam como principal característica a punição sacral, em que se procurava castigar o infrator ou todo o seu grupo, como uma forma de amenizar a ira dos deuses e, dessa forma, reconquistar a paz para com o seu povo.

### 2.1.2 Fase da Vingança Privada

A vingança privada surge como um meio da comunidade revidar a agressão posta pelo transgressor, isto é, se houvesse uma ofensa a algum indivíduo pertencente a um determinado grupo, nascia a obrigação tanto do indivíduo agredido como todo o seu bando de reagir contra aquele que o agrediu, visto que nessa época havia uma forte vínculo entre o homem e toda a sua comunidade, e sendo um deles agredido a vingança seria coletiva. Neste sentido, prelecionam Mirabete e Fabbrini:

Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse

---

<sup>4</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72-73.

<sup>5</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 56.

membro da tribo, podia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que o deixava à mercê de outros grupos, que lhe infligiam, invariavelmente, a morte. Caso a violação fosse praticada por elemento estranho à tribo, a reação era a “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada, “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos”.<sup>6</sup>

Constata-se que a punição era imposta exclusivamente como vingança à infração praticada. O indivíduo que fosse ofendido declarava guerra a seu agressor e também a todo o grupo, fazendo, assim, justiça com as próprias mãos, o que ocasionava, às vezes, a extinção por completo dos agrupamentos, atingindo, inclusive, as crianças.

Pode-se afirmar que essa fase foi marcada pela vingança pessoal que ocasionava embates desmedidos entre os grupos, na qual as penas aplicadas eram totalmente desproporcionais à ofensa. Não havia, um Estado detentor do poder punitivo, nem tampouco normas que estabelecessem a punição adequada para cada tipo de infração praticada. Predominava, assim, a lei do mais forte.

Em meio a essa vingança desproporcional, e com o intuito de obstar a dizimação dos grupos, surge a Lei do Talião, que estatuiu que a ofensa deveria ser idêntica ao mal ocasionado, se utilizando da máxima “olho por olho, dente por dente” para manifestar a sua concepção. Nessa linha de pensamento, é o entendimento de Bitencourt:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a lei de talião, determinando a reação proporcional ao mal praticado: olho por olho, dente por dente. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando, de certa forma, a primeira tentativa de humanização da sanção criminal.<sup>7</sup>

Depreende-se que a Lei de Talião consolidava um tratamento idêntico entre os povos, fazendo com que o infrator fosse punido da mesma forma que praticara o delito. Esta lei foi primordial para o progresso do direito penal e, conseqüentemente, para a evolução histórica das penas, se destacando, principalmente, na Legislação Hebraica (Êxodo), na Babilônia (Código de Hamurabi) e com os romanos (Lei das XII Tábuas).

Todavia, em razão da excessiva quantidade de infratores que surgiu, a lei de talião acabou por ocasionar um déficit nas comunidades que estavam perdendo seus habitantes, incessantemente, o que fez com que a população buscasse outros meios de revidar a agressão sofrida. Com isso, surge a composição, uma forma alternativa de repressão que pregava a

---

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Vol. 1: parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

<sup>7</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73.

concepção de que o infrator poderia conquistar a sua liberdade se comprasse do ofendido o seu direito de vingança.

Na composição imperava a ideia da impunidade do infrator, visto que este comprava sua liberdade como uma forma de afastar a sua punição. Esse instituto foi durante muito tempo aceito pelos povos daquela época, e constitui segundo Cleber Masson, “um dos antecedentes da moderna reparação do dano do Direito Civil e das penas pecuniárias”.<sup>8</sup>

### *2.1.3 Fase da Vingança Pública*

Em face do considerável desenvolvimento da sociedade, principalmente, no que diz respeito à evolução política, o Estado, com o intuito de preservar a organização social, tomou para si a incumbência de penalizar, por meio de seus representantes, aqueles que infringissem as suas normas, ocasionando, assim, a fase da vingança pública. Nessa fase, desaparece o caráter individual da punição e surge a aplicação da pena pública.

Nesse contexto, Mirabete e Fabbrini esclarecem que a vingança pública surgiu como uma forma de consagrar maior estabilidade ao Estado, em que à segurança do príncipe ou soberano, era o principal marco dessa época. Por isso, aplicavam-se penas ainda mais severas e cruéis,<sup>9</sup> destacando-se o esquartejamento, a decapitação, a forca, entre outras.

Dessa maneira, evidencia-se que nessa fase as penas ainda continuavam com o mesmo aspecto desumano e cruel das fases anteriores, entretanto, buscavam outra finalidade, qual seja, garantir a íntegra segurança do soberano. Assim sendo, a vingança pública caracterizava-se pelo poder que o Estado exercia sobre a sociedade para fazer valer as suas normas contra aqueles que contrariassem os seus interesses, visto que essa fase, ainda era marcada por um forte sentido religioso, na qual justificava a proteção concedida pelo Estado ao soberano.

No entanto, de acordo com Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir* “era preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do suplicado e do carrasco. É preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar”.<sup>10</sup>

Bem por isto, em meados do século XVIII o propósito da pena foi se modificando quando do surgimento do período iluminista. Nesse período estava surgindo uma nova

---

<sup>8</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 58.

<sup>9</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. vol. 1: parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 71-72.

ideologia a respeito das penas. Buscava-se coibir a aplicação dos castigos corporais e as penas de morte, para conseqüentemente, buscar proporcionalidade na aplicação das sanções, isto é, as penas deveriam ser moderadas e proporcionais aos delitos, devendo ser observados os direitos dos infratores.

É nessa conjuntura que surge Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que apresenta em sua obra *Dos Delitos e das Penas* o caráter humanitário da pena, defendendo a ideia de que esta deveria apresentar um duplo aspecto: intimidação e recuperação do delinquente. A existência do caráter humanitário em sua obra foi um grande avanço para o Direito Penal, uma vez que os seus ensinamentos revolucionaram todas as formas de sanções até então impostas e prevalecem até hoje.

Greco, diante disso, salienta:

Verifica-se que desde a antiguidade até, basicamente o século XVIII as penas tinham uma característica extremamente aflitiva, uma vez que o corpo do agente é quem pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para a mudança de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas. Por intermédio das ideias de Beccaria, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, começou-se a escoar a voz da indignação com relação a como os seres humanos estavam sendo tratados pelos seus próprios semelhantes, sob a falsa bandeira da legalidade.<sup>11</sup>

Depreende-se, assim, que a influência do período humanitário sobre o direito penal fez com que acabasse de vez a ideia de misticismo e de vingança, na qual a pena deixa de ter um aspecto eminentemente retributivo, para apresentar um perfil utilitário, assumindo, ao mesmo tempo, uma posição preventiva e ressocializadora.

## 2.2 Teorias e Finalidades da Pena

Sabe-se que a pena tinha um caráter fortemente retributivo, isto é, a sanção era imposta ao infrator unicamente porque ele praticara uma conduta contrária aos interesses da coletividade. Com o passar do tempo e o aprimoramento da ciência jurídica penal, essa concepção passou por certos temperamentos, como, por exemplo, a necessidade de se buscar a prevenção geral dos crimes e várias teorias foram formuladas para que se pudesse extrair a verdadeira natureza da pena imposta pelo Estado.

---

<sup>11</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 463.

Importa, portanto, estudar as teorias absolutas, relativas e mistas que teorizam acerca da essência da sanção penal, bem como suas consequências fáticas e jurídicas num dado território.

### 2.2.1 Teoria Absoluta ou Retributiva da Pena

O aspecto marcante da teoria absoluta ou retributiva da pena baseia-se na valorização da pena em si como instrumento de castigo àquele que desrespeitasse uma norma de convívio social, isto é, esta teoria funda-se precipuamente na retribuição ao autor do crime pelo mal injusto ocasionado, “de modo que a sua imposição estaria justificada não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum.*”<sup>12</sup>

Prosseguindo nessa reflexão, Roxin *apud* Greco esclarece:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria ‘absoluta’ porque para ela o fim da pena é independente, ‘desvinculado’ de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.<sup>13</sup>

Observa-se, portanto, que a teoria absoluta possui uma única finalidade, qual seja, punir o infrator como uma forma de compensar o mal por ele praticado. A pena funciona aqui como uma espécie de represália em face do infrator, buscando apenas castigá-lo pela sua atitude.

### 2.2.2 Teoria Relativa ou Preventiva da Pena

A teoria relativista, por sua vez, apresenta uma concepção diversa da teoria absoluta, visto que prega como finalidade na imposição da sanção penal a prevenção de condutas reiteradas pelo delinquente e pelos demais membros da sociedade, pois, de acordo com Bitencourt, “a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa

---

<sup>12</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

<sup>13</sup> ROXIN, Claus *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 465.

de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos”.<sup>14</sup>

Nesse viés, depreende-se que a teoria relativa não pretende aplicar a sanção penal como um meio de retribuir o mal cometido, mas, sim, para obstar a prática de outras condutas criminosas como um meio de assegurar a paz social.

Desta feita, baseada na ideia de prevenção, a teoria relativa pode ser estudada sob dois enfoques: prevenção geral e prevenção especial. A prevenção geral está intimamente ligada à sociedade como um todo, e possui um aspecto negativo e um positivo. O aspecto negativo aduz que a sanção aplicada ao causador do delito deve servir como uma forma de intimidação aos cidadãos para que estes, antes da prática de qualquer infração penal, reflitam sobre as consequências que possam lhe causar, como bem acentua Masson:

Busca intimidar os membros da coletividade acerca da gravidade e da imperatividade da pena, retirando-lhes eventual incentivo quanto à prática de infrações penais. Demonstra-se que o crime não compensa, pois ao seu responsável será inevitavelmente imposta uma pena, assim como aconteceu em relação ao condenado punido.<sup>15</sup>

Por outro lado, o aspecto positivo diz respeito não apenas aqueles indivíduos que já cometeram uma infração, mas sim a toda a coletividade, para que possam ter confiança na competência do Estado ao aplicar as normas jurídicas, pois, segundo o entendimento de Masson, a prevenção geral positiva assenta-se em ratificar a eficiência do nosso sistema jurídico penal ao aplicar as sanções aos criminosos, assim como fortalecer a confiança jurídica da população.<sup>16</sup>

No tocante a prevenção especial, entende-se que esta também pode ser compreendida sob o aspecto negativo e o positivo. A prevenção especial negativa funciona como uma espécie de eliminação do criminoso do convívio social para que ele pare de delinquir, enquanto a prevenção especial positiva preocupa-se unicamente com a ressocialização do condenado. Neste sentido, Greco assevera:

Pela prevenção especial negativa existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos junto à sociedade da qual foi retirado. [...] Pela prevenção especial positiva denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que

---

<sup>14</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

<sup>15</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 562.

<sup>16</sup> Idem. *Ibidem*, p. 563.

o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros.<sup>17</sup>

Ante todo o exposto, observa-se que enquanto a prevenção geral é destinada a totalidade dos indivíduos, pregando a ideia de que havendo a prática de uma infração penal, conseqüentemente haverá sua punição, a prevenção especial se concentra unicamente na pessoa do sentenciado, colocando-o no cárcere para que este pare de delinquir e, assim, quando promovida a sua ressocialização, esteja pronto para que não pratique novas infrações.

### 2.2.3 Teoria Mista ou Unificadora da Pena

Em virtude de a conduta criminoso revestir-se de tamanha complexidade, não se poderia mais conceber as ideias monistas consagradas nas duas últimas teorias. Bem por isto, começou-se a difundir na doutrina penal a teoria do caráter retributivo e preventivo da pena. Surge aqui a teoria mista ou unificadora da pena, caracterizada pela junção das duas teorias anteriores: absoluta e relativa.

Para melhor entendimento do assunto, Roxin *apud* Bitencourt explica:

De um lado, a pena deverá atender ao fim de ressocialização quando seja possível estabelecer uma cooperação com o condenado, não sendo admitida uma reeducação ou ressocialização forçada. De outro lado, a pena deverá projetar seus efeitos sobre a sociedade, pois com a imposição das penas se demonstra a eficácia das normas penais motivando os cidadãos a não infringi-las. A pena teria, sob essa ótica, mais que um fim intimidativo, o fim de reforçar a confiança da sociedade no funcionamento do ordenamento jurídico através do cumprimento das normas, o que produziria, finalmente, com efeito, a pacificação social.<sup>18</sup>

Com base nesse entendimento, compreende-se que a pena deve apresentar um caráter retributivo como um meio de motivar a sociedade a não mais delinquir, e ao mesmo tempo apresentar um fim ressocializador para que aquele criminoso que transgrediu as normas penais possa se recuperar e, dessa forma, não mais infringi-las. Será, então, um misto de correção e prevenção.

Além do mais, o art. 59, caput, do Código Penal, prescreve que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.<sup>19</sup> Por conseguinte, registre-se que a teoria que prevaleceu no nosso ordenamento

---

<sup>17</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 466.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157.

<sup>19</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

jurídico foi justamente a teoria mista ou unificadora da pena, que prega ser indispensável a reprovação do delito, assim como a prevenção do mesmo, fazendo, desse modo, com que se consolidem as teorias absoluta e relativa.

### 2.3 Espécies de Penas Previstas no Ordenamento Penal Brasileiro

Após a análise da origem e evolução da pena, bem como das teorias que a explicam, afigura-se importante analisar as espécies de penas previstas no atual sistema penal brasileiro. Assim sendo, o Código Penal estabelece em seu artigo 32, três espécies de pena, a saber: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa.<sup>20</sup> A seguir será feita breve análise sobre cada uma dessas espécies, mas desde logo faz-se imperioso destacar que a pena privativa de liberdade é a que realmente importa neste trabalho, razão pela qual será mais aprofundada no próximo capítulo.

#### 2.3.1 Pena Privativa de liberdade

A pena privativa de liberdade apresenta-se como um meio de repressão e de defesa social, uma vez que esta espécie de sanção penal cerceia a liberdade do indivíduo, afastando-o do meio social. Segundo Noronha, é a espécie de sanção penal que, com maior ou menor intensidade, restringe a liberdade do condenado, ficando este, por certo tempo, em algum estabelecimento prisional de acordo com o regime fixado.<sup>21</sup> Subdivide-se em reclusão, detenção, e prisão simples.

As penas de reclusão e detenção são cominadas aos crimes e apresentam algumas diferenças previstas na legislação. Na reclusão, o regime inicial de cumprimento de pena pode ser o fechado, semiaberto e o aberto. Já na detenção, o regime inicial de cumprimento de pena se dá apenas no regime semiaberto ou aberto. Caso haja cumulação, executa-se, de início, a pena de reclusão e, em seguida, a de detenção.

Além do mais, nas infrações punidas com reclusão será possível internação quando for fixada medida de segurança, ao passo que na detenção só poderá ser aplicado tratamento ambulatorial. E, por fim, a reclusão pode gerar a inaptidão para exercer o poder familiar, tutela, ou curatela, ao passo que na detenção não há essa possibilidade.

---

<sup>20</sup> Idem. Ibidem.

<sup>21</sup> NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, volume 1: introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual, por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo : Saraiva, 2004, p. 234.

A pena de prisão simples consiste na espécie de sanção criminal destinada às contravenções penais, na qual não se exige o rigor penitenciário das sanções anteriores, uma vez que esta pode ser cumprida tanto no regime semiaberto como no aberto, em estabelecimento específico ou compartimento específico de prisão comum.

Faz-se importante esclarecer que embora a pena privativa de liberdade tenha surgido com a finalidade de eliminar as penas aflitivas e os suplícios outrora aplicados, infelizmente, não tem correspondido, de maneira eficaz, à sua finalidade ressocializadora e recuperadora do delinquente.

Nesse sentido, em virtude do fracasso do sistema punitivo adotado no Brasil, tornou-se necessário que o Estado buscasse meios alternativos para a aplicação de sanções penais com o fim de pacificar os conflitos sociais. Não se mostrou razoável, por exemplo, a aplicação de privativas de liberdade quando a quantidade da pena imposta fosse mínima e as circunstâncias subjetivas identificassem a não periculosidade do agente.

Sob este aspecto, Pimentel *apud* Greco salienta:

O fracasso da prisão como agência terapêutica foi constatado, relativamente às penas de curta duração, logo depois de iniciada a prática do encarceramento como pena. É antiga, portanto, a ideia de que o ambiente do cárcere deve ser evitado, sempre que possível, nos casos em que a breve passagem do condenado pela prisão não enseje qualquer trabalho de ressocialização. Por outro lado, essas pequenas condenações não se prestam a servir como prevenção geral, acrescentando-se o inconveniente de afastar o sentenciado do convívio familiar e do trabalho, desorganizado, sem nenhuma vantagem, a sua vida.<sup>22</sup>

Na verdade, o encarceramento de pessoas nas circunstâncias acima elencadas demonstrou-se desproporcional em razão do contato do apenado com outros criminosos de elevada periculosidade social. Foi com base nisso que o Estado incorporou ao ordenamento jurídico penal brasileiro as penas substitutivas da pena privativa de liberdade, que passarão a ser analisadas nos próximos itens.

### 2.3.2 Penas Restritivas de Direitos

Também denominadas penas substitutivas ou alternativas, as penas restritivas de direitos foram criadas com o intuito de substituir as penas privativas de liberdade, bem como

---

<sup>22</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro *apud* GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 507.

impedir que aqueles que cometam infrações menos graves não necessitem passar pelo infortúnio ocasionado pelo cárcere, como bem acentua Mirabete e Fabbrini:

Diante da falência da pena privativa de liberdade, que não atende aos anseios de ressocialização, a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa sanção, ao menos no que se relacione com os crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável. [...] A prisão é reservada para as espécies mais graves de ilicitude, ou, em outra hipótese, quando exame dos antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente recomendarem tal providência.<sup>23</sup>

Nessa esteira, evidencia-se que quando se tratar de crimes que não tenham tanta relevância social, o mais aconselhável será aplicar ao agente transgressor uma pena restritiva de direitos do que uma pena que o prive de sua liberdade, uma vez que esta se destina aos crimes considerados de grande relevância e que por isto requerem o isolamento do agressor do convívio social.

Com efeito, as penas restritivas de direitos estão previstas no Código Penal mais precisamente no seu artigo 43. São elas: 1) prestação pecuniária; 2) perda de bens e valores; 3) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; 4) interdição temporária de direitos; 5) limitação de fins de semana.<sup>24</sup>

Na prestação pecuniária o juiz fixará um valor não inferior a um salário mínimo nem superior a 360 vezes esse salário para que o condenado pague em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou entidades com fim social. Já a perda de bens e valores compreende a apreensão de quantia em favor do Fundo Penitenciário Nacional referente ao dano causado ou vantagem auferida pelo autor ou terceiro quando da prática do crime.

A prestação de serviços tem por fim que o condenado, de acordo com suas aptidões, preste serviços gratuitos em algumas instituições, como, por exemplo, hospitais e escolas. A interdição temporária de direitos dar-se-á de quatro formas: proibição de exercer cargo, função pública e também mandato eletivo; proibição de exercer profissão, atividade ou ofício que se submete à autorização especial ou do poder público; suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, e proibição para comparecer em certos locais. E, por último, a limitação de fim de semana atribui ao condenado o compromisso de manter-se nos sábados e domingos em casa albergue, por cinco horas diárias.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. vol. 1: parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 255.

<sup>24</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

<sup>25</sup> Idem. *Ibidem*.

Essas penas, como afirmado, têm natureza substitutiva. No entanto, a substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito não acontece de forma indiscriminada e sem critérios que limitem a atuação do magistrado. Desta forma, para que o condenado faça jus à substituição necessário será satisfazer alguns requisitos que, de acordo com entendimento da doutrina são cumulativos, sendo dois deles de natureza objetiva e o outro de natureza subjetiva. Estes requisitos estão previstos no Código Penal, mais precisamente no seu art. 44, a saber:

Art. 44 As penas restritivas de direito são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.<sup>26</sup>

Ante o exposto, compreende-se que a primeira exigência imposta refere-se ao quantum da pena, ou seja, somente será admitida a substituição se a pena aplicada não ultrapassar quatro anos, e ainda não ser o crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Importante destacar que o dispositivo legal não estabelece limite de pena quando o crime for culposo, de modo que, o limite de quatro anos imposto se dará apenas quanto aos crimes dolosos.

A segunda exigência refere-se a hipótese de reincidência em crime doloso, isto é, não pode o condenado por crime doloso transitado em julgado praticar outro crime de caráter doloso. E a terceira exigência diz respeito à avaliação pelo magistrado de critérios subjetivos da pessoa do condenado, como por exemplo, a personalidade, os antecedentes, a conduta social, entre outras.

Registre-se, por fim, que uma vez efetuada a substituição da pena privativa pela restritiva de direito, na hipótese de o réu vir a descumprir as medidas impostas a pena será reconvertida em privativa de liberdade, conforme consta do parágrafo 4º do artigo 44 do Código Penal.<sup>27</sup> Porém, de acordo com Nucci “feita a reconversão, conforme o caso, o sentenciado cumprirá a pena privativa de liberdade pelo restante da restritiva de direitos”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup>Idem. Ibidem.

<sup>27</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

<sup>28</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 414.

### 2.3.3 Pena de Multa

A multa trata-se de uma pena de cunho patrimonial em que o condenado deverá efetuar o pagamento de determinado valor em dinheiro ao Fundo Penitenciário Nacional, conforme esclarece o artigo 49 do Código Penal, *in verbis*: “A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.”<sup>29</sup>

Observa-se que a pena de multa deve ser estabelecida de acordo com o livre arbítrio do magistrado, desde que obedeça aos parâmetros estabelecidos em lei, não podendo ser inferior a dez e nem superior a trezentos e sessenta dias-multa. Assim sendo, encontrado o total de dias-multa pelo magistrado, o segundo passo será efetuar o cálculo em que será arbitrado o valor de cada dia-multa, conforme entendimento de Greco:

Uma vez encontrado o total de dias-multa, parte-se, agora, para o cálculo do valor que será atribuído a cada dia- multa. Esse valor pode variar entre um mínimo de um trigésimo até cinco vezes o valor do salário mínimo vigente à época do fato. Se o juiz verificar que, ainda assim, em virtude da capacidade econômica do réu, é ineficaz, poderá aumentar esse valor até o triplo, vale dizer, o valor de cada dia-multa poderá chegar até 15 salários mínimos. São portanto, dois momentos distintos e importantíssimos na aplicação da pena de multa: 1) encontrar o número de dias-multa a ser aplicado, atendendo-se ao critério trifásico do art. 68 do Código Penal; 2) atribuir o valor de cada dia-multa considerando-se a capacidade econômica do sentenciado.<sup>30</sup>

Constata-se que, a aplicação da pena de multa se dará em duas fases distintas. Na primeira fase o juiz deverá encontrar o número de dias-multa que também atenderá ao critério trifásico de aplicação e individualização da pena previsto no art. 68 do CP. Já na segunda fase realizará o cálculo que fixará o valor de cada dia-multa de acordo com a situação financeira do condenado, podendo, inclusive, elevar tal valor na hipótese de o réu ter um estimável patrimônio, pois a característica primordial desta sanção penal é justamente a de repercutir significativamente no patrimônio daqueles que tenham elevada condição financeira.

A respeito do pagamento da pena de multa, há divergências doutrinárias, uma vez que o Código Penal estabelece uma forma e a Lei de Execução Penal, outra. Assim sendo, o CP prevê que o pagamento deve ser feito dentro de dez dias depois do trânsito em julgado da sentença, ao passo que a LEP estabelece que o pagamento deve ocorrer no prazo de dez dias

---

<sup>29</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

<sup>30</sup> GRECO, Rógerio. **Curso de direito penal.** 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 526.

após a citação do condenado. No entanto, apesar desse impasse, a posição que prevalece é pela norma que seja mais benéfica ao réu, isto é, a LEP.

Ademais, caso o condenado não pague a multa arbitrada, esta não poderá ser mais convertida em pena privativa de liberdade, uma vez que a Lei nº 9.268/96 impediu essa conversão, como bem acentuam Mirabete e Fabbrini:

Dispunha a lei que a multa era convertida em detenção quando o condenado solvente deixasse de pagá-la ou frustrasse a sua execução (art. 51, caput, do CP e 182 da LEP). Entretanto, com a nova redação dada ao primeiro, e com a revogação dos §§ 1º e 2º do art. 51, bem como do art. 182 da LEP, considerada a multa após o trânsito em julgado da sentença condenatória como dívida de valor, eliminou-se qualquer possibilidade de conversão da multa em outra sanção penal [...].<sup>31</sup>

Por conseguinte, em virtude de a pena de multa ser considerada, atualmente, como dívida de valor, não haverá mais possibilidade de convertê-la em privativa só porque o condenado deixou de pagá-la.

---

<sup>31</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. Vol. 1: parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 280.

### 3 EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: O SISTEMA PROGRESSIVO

Superada a fase a qual se permitiu conhecer a origem e evolução da pena, bem como as suas espécies no atual cenário penal brasileiro, passar-se-á a uma análise mais apurada do procedimento de individualização da mesma, enfatizando os regimes de cumprimento de pena, para se chegar, assim, ao ápice da discussão proposta por este trabalho.

#### 3.1 O Processo de Individualização da Pena Privativa de Liberdade

O cumprimento da pena privativa de liberdade, consoante o Código Penal Brasileiro, será executado em três regimes diferentes, quais sejam: fechado, semiaberto e aberto. No entanto, para que haja o seu efetivo cumprimento, faz-se necessário iniciar o processo de individualização conforme disposto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.<sup>32</sup>

Nesse viés, a individualização da pena privativa de liberdade se perfaz em três momentos distintos: individualização legislativa, individualização judicial e individualização executória. A primeira é concernente ao legislador que tem por objetivo seletar os fatos puníveis e, conseqüentemente, determinar as devidas sanções; a segunda, relativa à aplicação da pena, visa materializar a individualização legislativa e deve ser efetivada pelo juiz na sentença; e a terceira, destinada à execução penal, dar-se-á exatamente no momento de cumprimento da pena.<sup>33</sup> Não obstante, para o presente trabalho, se faz necessário, o estudo da individualização judicial, bem como da individualização executória da pena.

##### 3.1.1 Individualização Judicial

Em busca do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, o magistrado fará, inicialmente, a dosimetria da pena, atendendo ao sistema trifásico estabelecido no caput do artigo 68 do Código Penal,<sup>34</sup> isto é, o juiz ao aplicar a pena se utilizará de três etapas. Na primeira etapa, fixará a pena-base, observando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP; em seguida, passará para a segunda etapa em que

---

<sup>32</sup>BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>33</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo, 2013, p. 767.

<sup>34</sup>BRASIL. **Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez 2014.

analisará as circunstâncias agravantes e atenuantes, e por fim, na terceira etapa, buscará a pena definitiva se valendo das causas de aumento e de diminuição de pena.

Finalizado o procedimento relativo à dosimetria da pena, o próximo passo será determinar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade que como já referido anteriormente será fechado, semiaberto ou aberto. À vista disso, o juiz sentenciante fixará o regime, levando em consideração o que dispõe o art. 33 do Código Penal, nos seus parágrafos segundo e terceiro, *in verbis*:

Art. 33 [...]

§2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.<sup>35</sup>

Compreende-se, assim, que o regime inicial de cumprimento de pena será fixado pelo juiz que deverá observar, além dos requisitos de quantidade de pena e não reincidência, os critérios elencados no artigo 59 do Código Penal, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, além do comportamento da vítima.

Há de salientar, que se faz indispensável que o magistrado, ao estabelecer o *quantum* e o regime de cumprimento da pena, fundamente-o, pois caso contrário será uma hipótese de nulidade, haja vista que ofende o princípio da motivação das decisões judiciais insculpido no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, o qual institui que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão devidamente fundamentadas.<sup>36</sup>

No que tange a regulamentação dos crimes hediondos previstos no artigo 1º da Lei nº. 8.072/1990, e nos crimes a estes equiparados: tráfico de drogas, tortura e terrorismo, faz-se necessário demonstrar a celeuma que houve em relação ao regime de cumprimento de pena para tais crimes.

Inicialmente, o regime de cumprimento de pena nesses crimes se dava integralmente no regime fechado. Entretanto, esta determinação foi declarada inconstitucional pelo Supremo

---

<sup>35</sup> Idem. Ibidem.

<sup>36</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n°. 82959/SP, que entendeu que a mesma violava ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal. É o teor do julgado:

[...] PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, §1º, DA LEI N° 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90.<sup>37</sup>

Em face desse julgado, surge a Lei n°. 11.464/2007 com o intuito de modificar, parcialmente, o texto da Lei n°. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) passou a exigir que o regime de cumprimento de pena em regime integralmente fechado passasse a ser inicialmente fechado. Acerca desse entendimento, Greco assevera:

Com o advento da Lei n° 11.464, de 28 de março de 2007, o §1º, do art. 2º da Lei 8.072/90, que anteriormente determinava que as penas para as infrações penais por ela previstas seriam cumpridas integralmente em regime fechado, passou a exigir que o regime de pena seria inicialmente fechado, permitindo, outrossim, a progressão após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para o condenado primário e de 3/5 (três quintos) para o reincidente.<sup>38</sup>

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus n°. 111840/ES com relatoria do Ministro Dias Toffoli entendeu que a nova redação legal também afrontava ao princípio constitucional da individualização da pena, razão pela qual o regime inicial fechado para os crimes hediondos e a estes equiparados não será mais de observância obrigatória. Em face da relevância do tema, é válido conferir os principais trechos do julgado:

EMENTA HC 111840 - Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n° 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n° 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, §3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. [...] 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do §1º do art. 2º da Lei n° 8.072/90, com a redação dada pela Lei n° 11.464/07, o qual determina que [a] pena por crime previsto neste artigo

<sup>37</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC n° 82959/SP**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 23/02/2006. Data de Publicação: 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=01/09/2006&incidente=2110217&codCapitulo=5&numMateria=27&codMateria=1>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>38</sup>GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 477.

será cumprida inicialmente em regime fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início do cumprimento da pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a ordem e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, vencidos os Senhores Ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que a indeferiram. Votou o Presidente, Ministro Ayres Britto, 27.06.2012.<sup>39</sup>

Com esse julgado o STF admitiu que o condenado que praticou o crime de tráfico de drogas iniciasse o cumprimento da sua pena em regime semiaberto, uma vez que esta era inferior a oito anos e as circunstâncias judiciais permitiam.

Em suma, o entendimento que prevalece, atualmente, consiste que o regime inicial de cumprimento de pena nos crimes hediondos e a estes equiparados deverá seguir o critério de quantificação da pena estabelecida pelo magistrado, observando o artigo 33, nos seus parágrafos segundo e terceiro, e artigo 59, ambos do Código Penal.

### *3.1.2 Individualização Executória*

Prolatada a sentença condenatória dar-se-á início a fase de individualização executória da pena privativa de liberdade, cabendo ao juiz da execução administrar essa etapa se utilizando dos institutos previstos na Lei de Execução Penal. À vista disso, a individualização executória da pena deverá ser efetivada em estabelecimento prisional, de acordo com o regime fixado (fechado, semiaberto ou aberto), respeitando sempre a natureza do delito e as características do condenado.<sup>40</sup>

Com efeito, será nessa fase de individualização da pena que ocorrerá um estudo mais detalhado neste trabalho. Desse modo, será feita, primeiramente, uma análise acerca de cada regime de cumprimento de pena: fechado, semiaberto e aberto, para, posteriormente, analisar os institutos da progressão e regressão de regime.

---

<sup>39</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC nº 111840/ES**. Rel. Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 14.06.2012. Data de Publicação. 17.12.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807820/habeas-corporus-hc-111840-es-stf>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

<sup>40</sup>BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

### 3.1.2.1 Regime Fechado

A despeito do cumprimento da pena em regime fechado, os condenados à reclusão deverão ter sua pena executada em estabelecimento de segurança máxima ou média, nos termos da alínea “a” do parágrafo primeiro do artigo 33 do Código Penal, abaixo transcrita:

Art. 33 A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência do regime fechado.

§1º: Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média.<sup>41</sup>

O estabelecimento de segurança máxima ou média a que o dispositivo legal se refere, é a penitenciária, que deverá ao menos apresentar condições dignas e salubres para que o condenado possa ali permanecer. É nesse sentido, que a LEP estabelece em seu artigo 88 que “o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”.<sup>42</sup>

No entanto, deve-se considerar que, atualmente, a situação dos estabelecimentos prisionais é totalmente diversa do que prevê a lei, além da superlotação que assola esse lugar, não apresentam qualquer condição de salubridade. Essas são situações que vão de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena.

Ademais, urge consignar que em respeito a este princípio, se faz indispensável que, nesse regime, antes do início do cumprimento da pena o condenado seja submetido a exame criminológico. Esse exame deverá ser efetuado por meio de uma Comissão Técnica, que, para realiza-lo, poderá se utilizar dos métodos que achar essenciais para o bom e fiel desempenho do aludido exame.

Nas palavras de Bitencourt:

A realização do exame criminológico tem a finalidade de exatamente fornecer elementos, dados, condições, subsídios, sobre a personalidade do condenado, examinando-o sob os aspectos mental, biológico e social, para concretizar a individualização da pena através dessa classificação dos apenados. [...] O exame criminológico, que é uma perícia, embora a LEP não o diga, busca descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena; a probabilidade de não delinquir; o grau de

<sup>41</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

<sup>42</sup>BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014

probabilidade de reinserção na sociedade, através de um exame genético, antropológico, social e psicológico.<sup>43</sup>

Constata-se que o exame criminológico a que o condenado será submetido é de suma importância, uma vez que permite analisar a personalidade do criminoso, dando prevalência ao seu caráter e ao seu comportamento, aspectos estes imprescindíveis a uma classificação satisfatória e delimitação do meio compatível de individualização da pena.

Além disso, não se pode deixar de ressaltar que, nesse regime, será admitido o trabalho dentro do estabelecimento prisional, desde que o condenado, consoante suas aptidões, o faça durante o período diurno, e fique em isolamento durante o período noturno. Contudo, em casos excepcionais (serviços ou obras públicas), será admitido o trabalho externo, se autorizado pela direção do estabelecimento que deverá observar a aptidão, disciplina, responsabilidade e cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena pelo condenado, e ainda tomar as cautelas necessárias contra fuga.<sup>44</sup>

### **3.1.2.2 Regime Semiaberto**

O condenado sujeito ao regime semiaberto deve cumprir sua pena em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar. No entanto, é cediço que o sistema prisional brasileiro está defasado, a falta de estrutura adequada para abrigar os apenados dá ensejo à superlotação do estabelecimento, e em virtude disso muitos condenados que deveriam cumprir sua pena em colônias penais estão cumprindo-a em penitenciárias.

Desta feita, ante a impossibilidade de o condenado cumprir a pena em colônia penal agrícola, industrial ou estabelecimento similar, o STF tem entendido que não poderá o apenado, em virtude da mera insuficiência do Estado, permanecer enclausurado em regime mais severo do que o fixado na sentença condenatória. É o teor do julgado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA. I-Consignado no título executivo o regime semi-aberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II-À falta de local adequado para o semi-aberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura da vaga. III-Ordem concedida. Por maioria dos votos, a Turma deferiu o pedido de habeas corpus para que se observe o cumprimento da

---

<sup>43</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 19. ed. São Paulo, 2013, p. 631-632.

<sup>44</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal. Parte geral. Volume único. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 414.

pena tal como previsto no título judicial. Inexistente vaga em estabelecimento próprio, que se aguarde em regime aberto. [...] <sup>45</sup>

Com efeito, inexistindo estabelecimento adequado para que o condenado cumpra a sua pena no regime semiaberto, o mais sensato será coloca-lo em regime aberto até que seja tomada alguma providência pelo Estado, até porque se trata de um direito subjetivo do condenado de executar a sua pena nos moldes em que lhe foi conferido na sentença.

Nesse regime, o condenado sujeitar-se-á, no período diurno, a trabalho dentro do estabelecimento prisional e durante o período noturno não haverá isolamento. O trabalho fora do estabelecimento também será possível, inclusive na iniciativa privada, no entanto, o juiz da condenação tem que conceder logo na sentença, caso este não o faça, o juiz da execução poderá concedê-lo.

De se ressaltar que o artigo 37 da LEP exige para o trabalho externo que o condenado além do cumprimento de, ao menos, um sexto da pena, deverá obter a concordância da direção do estabelecimento consoante satisfação de alguns requisitos subjetivos. <sup>46</sup> No entanto, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº. 97615/SP manifestou entendimento no sentido de que o cumprimento de um sexto da pena torna-se desnecessário à concessão do trabalho externo. Confirmam-se os principais trechos do julgado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EX-DELEGADO DE POLÍCIA. TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS (ART. 66, V, “H”, DA LEP). TRABALHO EXTERNO. CONDENADO NO REGIME SEMI-ABERTO. REQUISITO TEMPORAL. INEXIGIBILIDADE. PRISÃO ESPECIAL. ART. 295 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.258/2001. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESCABIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR. [...] 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de ser prescindível, para a concessão de trabalho externo, o cumprimento de um sexto da pena pelo condenado que se encontra no regime semi-aberto, desde que preenchidos também os requisitos subjetivos. [...] 7. Habeas corpus concedido, em parte, unicamente, para que seja afastado a óbice decorrente da exigência de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para a concessão do benefício de trabalho externo, devendo as demais condições serem apreciadas pelo Juízo das Execuções Criminais. <sup>47</sup>

<sup>45</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC nº 94526/SP**. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe 162, divulg. 28.08.2008; pub. 29.08.2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917631/habeas-corpus-hc-94526-sp>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

<sup>46</sup>BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>47</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 97615/SP**. Rel. Min. Og. Fernandes. 6ª Turma. Data de Julgamento: 21.10.2008. Data de Publicação: 10/11/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2071320/habeas-corpus-hc-97615-sp-2007-0308261-6>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

Importante ressaltar, ainda, que, nesse regime, será admitida a saída temporária do condenado do estabelecimento prisional. Essas saídas deverão ser concedidas pelo juízo da execução desde que o apenado tenha o desígnio de visitar a família, frequentar cursos ou participar de atividades que contribuam para a sua reinserção à sociedade. Todavia, só serão permitidas se o apenado satisfizer alguns requisitos, quais sejam, comportamento adequado, cumprimento de ao menos um sexto da pena, se primário, ou um quarto, se reincidente, além de estar o benefício compatível com o propósito da pena.<sup>48</sup>

Aliás, quando o apenado tiver o intuito de frequentar algum curso, o tempo da saída será o indispensável para a execução das atividades discentes, já nos demais casos, como visita a família e participação em atividades que reintegrem o condenado à sociedade, as saídas serão por tempo determinado, havendo um interstício mínimo de quarenta e cinco dias entre uma e outra, cabendo ao magistrado instituir determinadas condições, conforme disposto no parágrafo primeiro do artigo 124, da LEP:

Art. 124: [...]

§1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.<sup>49</sup>

Nesse diapasão, se o condenado desatender algumas dessas condições, bem como cometer algum crime doloso ou for penalizado com falta grave, o benefício da saída temporária será automaticamente revogado, somente sendo readquirido tal direito se absolvido no processo penal, houver cancelamento da punição disciplinar ou o condenado demonstrar merecimento, conforme consta do art. 125, *caput* e parágrafo único da LEP.<sup>50</sup>

### **3.1.2.3 Regime Aberto**

Conceituado como o regime da autodisciplina e do senso de responsabilidade, o regime aberto permite que o condenado possa trabalhar fora do estabelecimento, sem vigilância, frequente curso ou exerça qualquer outra atividade. No entanto, no período

---

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. parte geral; parte especial. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 395.

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014

<sup>50</sup> Idem. *Ibidem*.

noturno, bem como nos dias de folga, o condenado deverá ser recolhido no estabelecimento em que está cumprindo a pena, onde deverá abranger compartimentos para os apenados, bem como local adequado para que se possam ministrar cursos e palestras para os serviços de fiscalização e orientação dos mesmos.

Nesse regime, o cumprimento da pena se dá em Casa de Albergado. Entretanto, em razão da carência desses estabelecimentos, tornou-se necessário utilizar-se da prisão albergue domiciliar (PAD), primordialmente reservado aos condenados idosos ou possuidores de doença grave, assim como a condenada gestante ou que possua filho menor ou com necessidades especiais.

Convém salientar, que a característica marcante deste regime se refere ao trabalho. Como bem enfatiza Greco, se trata de uma condição indispensável, haja vista que só poderá ingressar no regime aberto, ou até mesmo se utilizar do benefício da progressão de regime, o condenado que já estiver exercendo o trabalho ou que esteja na iminente possibilidade de fazê-lo, caso contrário inadmissível será a permanência daquele nesse regime.<sup>51</sup>

Apesar dessa exigência para permanência no regime aberto, há situações excepcionais, por expressa disposição legal, em que estarão os condenados dispensados de realizá-lo. Essas situações ocorrem nos mesmos casos dos beneficiários da prisão albergue domiciliar, ou seja, condenado idoso ou acometido de doença grave, condenada gestante ou com filho portador de necessidades especiais.

Registra-se, por fim, que para o condenado permanecer neste regime gozando de todos os seus benefícios, será necessário cumprir assiduamente as condições impostas, seja as condições gerais e obrigatórias, previstas na LEP, (não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial, por exemplo), seja as condições especiais, fixadas discricionariamente pelo juízo da execução.<sup>52</sup>

### 3.2 Da Progressão de Regime

A nossa legislação (Código Penal e Lei de Execução Penal) adotou o sistema progressivo de cumprimento de pena, o qual estabelece que as penas privativas de liberdade serão efetivadas em forma progressiva com a transferência do condenado para o regime menos severo, competindo ao juízo da execução penal analisar a concessão deste benefício,

---

<sup>51</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 485.

<sup>52</sup> MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 622.

oportunizando ao *parquet* e a defesa a possibilidade de se manifestarem previamente a respeito.

A progressão de regime consiste numa forma de estimular o condenado a apresentar um bom comportamento carcerário durante a execução da pena. Tal instituto é de suma importância, visto que concede ao sentenciado o direito de avançar de um regime mais gravoso para outro menos gravoso, como também possibilita a sua futura reintegração social. Contudo, o condenado somente terá direito à progressão se houver cumprido um quantum da pena e apresentar bom comportamento carcerário, conforme prescrito no CP e mais detalhadamente na LEP, em seu artigo 112, abaixo transcrito:

Art. 112 A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.<sup>53</sup>

Têm-se, aqui, os requisitos indispensáveis a progressão de regime: o objetivo e o subjetivo. O primeiro, diz respeito ao tempo que se exige para que o apenado tenha direito ao benefício, exige, portanto, o cumprimento de 1/6 da pena no regime anterior. O segundo consiste no mérito do condenado, isto é, o condenado deve apresentar um bom comportamento dentro do estabelecimento prisional a ser comprovado pelo diretor do mesmo.

Bitencourt, acerca disso, destaca:

Na progressão, além do mérito do condenado (bom comportamento), é indispensável que ele tenha cumprido, pelo menos, um sexto da pena no regime anterior, nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal. Isso quer dizer que o condenado não poderá passar direto do regime fechado para o regime aberto, sem passar obrigatoriamente pelo regime semiaberto. [...] é bom frisar que não basta o simples cumprimento de um sexto da pena para o condenado ter direito à progressão (esse é somente o requisito temporal). É indispensável que o apenado demonstre que merece a progressão e que está preparado para cumprir a sanção imposta em regime menos rigoroso, sem prejudicar os fins da execução.<sup>54</sup>

Acerca desse posicionamento, dois aspectos fundamentais merecem destaque. O primeiro aspecto é que não basta que o condenado cumpra apenas um dos requisitos para ter direito a progressão, pelo contrário, deverá satisfazer o requisito subjetivo e o objetivo, cumulativamente, ou então não fará jus ao benefício. O segundo aspecto, não menos

---

<sup>53</sup>BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>54</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal.** Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 622 e 623.

importante, é que não será possível a progressão de regime por “salto”, ou seja, o condenado não poderá passar do regime fechado diretamente para o regime aberto, sendo necessário passar pelo regime intermediário (semiaberto).

No tocante a progressão de regime nos crimes contra a Administração Pública, é necessário além do cumprimento de 1/6 da pena e do mérito do condenado, observar outro requisito: a reparação do dano causado ou devolução do produto ilícito, conforme consta no artigo 33, §4º, do CP.<sup>55</sup>

Já em relação aos crimes hediondos e a ele equiparados, há uma peculiaridade a ser observada. Antes, a Lei de Crimes Hediondos estabelecia que o regime de cumprimento de pena seria integralmente fechado, e conseqüentemente, não haveria possibilidade dos apenados usufruírem do benefício da progressão. No entanto, após várias análises a respeito da constitucionalidade dessa lei (*vide* item 3.1.1), o entendimento que prevalece, atualmente, sobre a progressão de regime nesses crimes é que se dá após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena se primário e de 3/5 (três quintos) se reincidente.

Convém destacar, ainda, sobre um ponto que gera dúvida na doutrina, que é a respeito dos cálculos para a segunda progressão de regime, se esta deve ser feita sobre o total da condenação ou sobre o tempo da pena que resta cumprir. Apesar das divergências doutrinárias acerca desse assunto, a posição que tem prevalecido é no sentido de que o cálculo a ser feito quando na segunda progressão deve observar o tempo da pena que ainda resta a cumprir, conforme consubstanciado no seguinte julgado:

Em face das peculiaridades do caso, a Turma, por unanimidade, deu provimento a recurso ordinário em habeas corpus para assentar que a nova progressão no regime de cumprimento de pena se fará, ante o critério objetivo, considerado o percentual de um sexto a incidir sobre os anos que restam a cumprir e não sobre a totalidade resultante do somatório das penas das diversas condenações impostas ao paciente [...]<sup>56</sup>

Registra-se, assim, que em se tratando de nova progressão no regime de cumprimento de pena, o cálculo deverá ser feito com base no restante da pena, e não com base no somatório total da pena aplicada, pois uma vez cumprida a pena, esta estará extinta e não servirá mais de parâmetro para a contagem do tempo que exige a lei.

---

<sup>55</sup>BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

<sup>56</sup>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RHC nº 89031/RS.** Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 28.11.2006. Data de Publicação: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo450.htm>>. Acesso em: 25 dez. 2014.

### 3.3 Da Regressão de Regime

Ao contrário da progressão, a regressão de regime consiste na transferência do condenado para o regime prisional mais severo do que aquele em que se encontra, e admite a passagem direta do regime aberto para o fechado. Trata-se de uma medida excepcional, na qual a sua característica determinante consiste na falta de mérito do apenado.

Por se tratar de uma medida extremamente danosa à liberdade do apenado, indispensável se faz a obediência aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Assim, a regressão de regime prisional só poderá ser decretada pelo juízo da execução penal se houver sido, previamente, ouvido o condenado, como bem acentua o artigo 118, da LEP:

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 (art. 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.<sup>57</sup>

O dispositivo legal em análise elenca as hipóteses em que se autoriza a regressão de regime prisional, será feita, então, a análise de cada uma delas.

#### 3.3.1 Prática de Crime Doloso ou Falta Grave

No tocante a prática de crime doloso, há quem entenda, a exemplo de Greco, que tal hipótese não foi recepcionada pela Constituição Federal, uma vez que esta consagra em seu art. 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência que preceitua que “ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Desse modo, afirma esse doutrinador que a regressão de regime em decorrência da prática de crime doloso só poderá se suceder quando houver uma decisão definitiva.<sup>58</sup>

<sup>57</sup>BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

<sup>58</sup> GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal.** Parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 488.

Em que pese este entendimento, a doutrina e a jurisprudência são quase que uníssonas em afirmar que basta o cometimento do crime para autorizar-se a regressão de regime, não sendo necessária condenação definitiva. Confirma-se o seguinte julgado do STF:

HABEAS CORPUS 102652/RS, REL. GILMAR MENDES, 29.6.2010. A turma indeferiu habeas corpus em que se questionava a alteração da data-base para o cálculo de benefícios executórios, decorrente da suposta prática de crime doloso no curso da execução penal, o que configuraria falta grave. A impetração sustentava que a) somente fato criminoso, cometido após o início da execução da pena, com sentença penal condenatória transitada em julgado, legitimaria a alteração da data-base para fins dos direitos executórios e b) seria impossível a alteração da data-base para concessão de benefícios, em virtude da prática de falta grave pelo apenado. Destacou-se, de início, que a LEP não exige, pra fins de regressão de regime, o trânsito em julgado da condenação referente ao crime que se imputa ao apenado, mas apenas a prática de “fato definido como crime doloso”. Ademais, ressaltou-se que a jurisprudência da Corte é assente no sentido de que o cometimento de falta grave implica o recomeço da contagem do prazo para a obtenção de benefícios executórios.<sup>59</sup> (*grifo nosso*)

Na análise desse julgado, dois aspectos fundamentais merecem destaque. O primeiro aspecto é que não há necessidade do trânsito em julgado da condenação para que haja a regressão de regime no caso de prática de crime doloso. O segundo aspecto refere-se aos efeitos que a regressão de regime traz ao condenado, ou seja, haverá alteração na data-base<sup>60</sup>, para recontagem dos prazos para obtenção de benefícios futuros.

No que diz respeito ao cometimento de falta grave na execução da pena privativa de liberdade, a LEP traz em seu artigo 50 um rol taxativo, a saber:

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 falsa 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 art. 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.<sup>61</sup>

Convém salientar que, no âmbito da execução penal, as faltas disciplinares são elencadas de três formas: leve, média e grave. As duas primeiras serão aplicadas

<sup>59</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 102652/RS. Rel. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 29.6.2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo593.htm#Falta Grave e Benefícios Executórios](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo593.htm#Falta%20Grave%20e%20Benef%C3%ADcios%20Execut%C3%B3rios)>. Acesso em: 25 dez. 2014.

<sup>60</sup> A data base consiste no termo inicial de contagem do lapso temporal para que o condenado conquiste o direito aos benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

<sup>61</sup> BRASIL. Lei n°. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

exclusivamente pela autoridade do estabelecimento prisional, no entanto, em se tratando de falta grave, a competência alcança o juiz da execução penal que fará a aplicação das medidas cabíveis, pois, ante a prevalência da natureza jurisdicional da execução penal, cabe, tão somente, ao juiz decidir acerca da regressão de regime prisional.

À vista disso, cometida alguma dessas hipóteses de falta grave, será iniciado um procedimento para sua apuração, ocasião em que deve ser assegurada a prévia oitiva do condenado, como decorrência lógica dos princípios do contraditório e da ampla defesa, para posteriormente, ser proferida pelo juízo da execução penal decisão motivada acerca da regressão de regime.

Cumprir destacar que, a prática de falta grave causa diversas consequências ao apenado, pois, além da regressão do regime, poderá acarretar a revogação da saída temporária, perda dos dias remidos, conversão das penas de prestações de serviços e da limitação de fim de semana, além da interrupção do prazo para obtenção de progressão de regime.

### *3.3.2 Condenação Irrecorrível por Crime Anterior*

A LEP estabelece em seu artigo 118, inciso II que estará sujeito, também, a regressão de regime, o condenado que sofrer condenação por crime anterior, cuja pena somada ao restante da pena em execução torne incabível o regime. Essa hipótese de regressão resulta do teor do art. 111, parágrafo único, da LEP:

Art. 111 Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento de pena 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 pra determinação do regime.<sup>62</sup>

Depreende-se que essa hipótese diverge da prevista no inciso I, pois aqui a prática do crime se deu antes da execução da pena, no entanto sua condenação surge no curso da execução, razão pela qual deverá ser determinado o regime que o condenado irá cumprir a pena, somando-se as penas advindas do crime anterior com o restante a cumprir. Na linha da jurisprudência do STF:

---

<sup>62</sup> BRASIL. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

#### SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO E ALTERAÇÃO DE DATA-BASE.

A superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal altera a data-base para a concessão de benefícios futuros, sendo indiferente que o crime tenha ocorrido antes ou após o início de cumprimento da pena. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que se sustentava a ilegalidade da alteração da data-base para a concessão de benefício, em virtude de nova condenação, decorrente de fato cometido antes do início da execução da pena. Entenderam-se aplicáveis à espécie, os artigos 111, parágrafo único, e 118, II, da LEP [...] Ressaltou-se, ainda, que, caso sobrevenha condenação definitiva no curso da execução penal, deverão ser somadas a nova pena e o restante da que está sendo executada.<sup>63</sup> (*grifo nosso*)

Pela análise do referido julgado, o condenado que sofreu condenação superveniente, no curso da execução da pena, de crime praticado anteriormente, além de ter o seu regime de pena regredido, sofrerá alteração na data-base para a concessão de benefícios futuros. Isso se dá, segundo Greco, porque houve inaptidão por parte do condenado para que possa prosseguir no regime em que vinha cumprindo a pena, falta-lhe mérito para nele permanecer.<sup>64</sup>

Importante destacar aqui, que essa é a única hipótese em que a lei não exige a prévia oitiva do apenado, haja vista ter o mesmo sido condenado por sentença transitado em julgado, na qual se observou os princípios do devido processo legal e os seus corolários, contraditório e ampla defesa. Por conseguinte, não teria mais o condenado argumento necessário para apresentar em sua defesa.

#### 3.3.3 Frustração dos Fins da Execução ou não Pagamento de Multa

Inicialmente, faz-se necessário destacar que essa hipótese de regressão de regime tem incidência exclusivamente no regime aberto, ao contrário das hipóteses anteriores que são aplicáveis a qualquer um dos regimes (fechado, semiaberto ou aberto).

Desta feita, sendo o regime aberto baseado na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, frustrando ele os fins da execução, caracterizado estará a incompatibilidade com o regime. Contudo, importante destacar o que seria frustrar os fins da execução.

Marcão explica que frustrar é o mesmo que não satisfazer o propósito da execução, mas que devido “a amplitude de possibilidades e a complexidade do comportamento humano, é de rigor que se tenha extrema cautela e razoabilidade na avaliação das condutas que se

<sup>63</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 102492/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma. Data de Julgamento: 05.10.2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo603.htm#Superveniência de Condenação e Alteração da Data-Base](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo603.htm#Superveniência%20de%20Condenação%20e%20Alteração%20da%20Data-Base)>. Acesso em: 26 dez. 2014.

<sup>64</sup> GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. 1.2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 489.

pretenda indicar como atentatórias aos fins da execução”.<sup>65</sup> Trata-se, portanto, de conceito subjetivo no qual se admite várias interpretações.

No tocante ao não pagamento da multa imposta, cumulativamente, o posicionamento dominante na doutrina é que tal hipótese encontra-se revogada tacitamente, haja vista que a Lei nº. 9.268/1996 ao alterar o art. 51 do Código Penal considerou a pena de multa como dívida de valor, e impediu a sua conversão em pena privativa de liberdade. Logo, o não pagamento da multa imposta não poderá ensejar restrições à liberdade do condenado, tampouco a regressão de regime.

Por todo o exposto, depreende-se que todas as condutas ensejadoras da regressão de regime, exceto quando há condenação irrecorrível por crime anterior, para serem efetivadas, exigem a prévia oitiva do condenado por expressa determinação legal. No entanto, há quem discorde dessa determinação, enfatizando que tal medida pode ser decretada desde logo, dispensando a oitiva do apenado. Trata-se, do instituto da regressão cautelar de regime, tema que será estudado no próximo capítulo.

---

<sup>65</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 198.

## 4 ANÁLISE DO INSTITUTO DA REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL

Feita a análise da individualização da pena privativa de liberdade nos seus aspectos judicial e executório, na qual se permitiu conhecer os regimes de cumprimento de pena, bem como os institutos da progressão e regressão de regime, será feita, neste capítulo, uma abordagem sobre a regressão cautelar de regime, enfatizando a celeuma que há acerca desse tema tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

### 4.1 Considerações Iniciais

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a regressão de regime prisional trata-se de instituto relacionado à execução penal que pressupõe a passagem do condenado, no cumprimento de sua pena, de um regime menos rigoroso para outro mais rigoroso, ou seja, o condenado pode ser transferido do regime aberto para o semiaberto, e deste para o fechado, ou até mesmo do aberto diretamente para o fechado, uma vez que a nossa legislação penal admite a regressão *per saltum*.

Com efeito, o apenado estará sujeito à regressão quando cometer alguma das hipóteses previstas no artigo 118 da Lei de Execução Penal. Contudo, como se trata de uma medida de extrema gravidade, para haver a sua implementação se exige a prévia oitiva do condenado. Ocorre que esse dispositivo legal deu ensejo a uma grande celeuma no sistema jurídico vigente, fazendo com que surgissem diversos posicionamentos a respeito do tema.

Nesse viés, surgiram entendimentos no sentido de que a regressão de regime prisional poderia ser decretada cautelarmente sem que fosse necessário realizar a prévia oitiva do condenado, uma vez que se trata de uma medida de urgência e, portanto, faz parte do poder geral de cautela concebido ao magistrado.

No entanto, entendimentos contrários a este foram se firmando no sentido de que a regressão cautelar de regime não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, que por isso, não deve o magistrado se utilizar desse instituto para prejudicar os sentenciados, até porque seria uma ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa se fosse decretada de imediato sem dar ao apenado a possibilidade de se defender.

Destarte, por ser um tema bastante controvertido tanto na doutrina como na jurisprudência, far-se-á necessária uma análise acerca dos dois entendimentos. Assim sendo, de início, será analisada a corrente que entende ser possível a regressão cautelar como uma

medida de urgência, para, posteriormente, se analisar os entendimentos contrários que pugnam pela ilegalidade desse instituto, enfatizando o porquê do mesmo não merecer destaque no sistema penal brasileiro.

#### 4.2 A Regressão Cautelar como Medida de Urgência

A Lei de Execução Penal, no seu artigo 118, parágrafo segundo, estabelece que nos casos de prática de crime doloso ou falta grave, frustração dos fins da execução ou não pagamento da multa imposta, deverá haver a prévia oitiva do condenado antes da regressão de regime prisional.

Vê-se, portanto, que a lei determina taxativamente as hipóteses nas quais é possível a decretação da regressão de regime. Porém, observa-se que não é suficiente a simples ocorrência dessas hipóteses para que haja a regressão, uma vez que se torna necessário o preenchimento de outros requisitos legais, como, por exemplo, a oitiva do sentenciado.

No entanto, em que pese à previsão legal no sentido de que é necessária a oitiva do apenado, argumentam os defensores desta corrente que a regressão de regime pode ser decretada cautelarmente, uma vez que consiste em uma medida de urgência na qual deverá ser feita a transferência do condenado para o regime mais gravoso e só depois lhe seja dada a possibilidade de expor a sua versão dos fatos.

Nessa linha de raciocínio, é o entendimento de Nucci:

Embora a lei silencie a esse respeito, entendemos perfeitamente possível que o juiz determine a regressão cautelar de regime, isto é, suspenda o regime semiaberto – ou aberto – até que o condenado seja ouvido e forneça suas explicações para o descumprimento das condições do regime. A suspensão cautelar implica determinar o seu recolhimento ao regime fechado, onde, aliás, já poderia estar, caso tenha sido, por exemplo, autuado em flagrante pela prática de um crime. Se convincentes os argumentos dados pelo sentenciado, o juiz restabelecerá o regime anterior; caso contrário, confirmará a regressão definitiva.<sup>66</sup>

Urge consignar que esse entendimento de que a regressão de regime prisional deve ser efetivada de imediato sob a ótica da cautelaridade encontra justificativa no poder geral de cautela conferido ao magistrado, que observando a real necessidade da medida, determinará a regressão com base no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Dessa forma, para Marcão como para os demais doutrinadores que defendem tal possibilidade, o disposto na Lei de

---

<sup>66</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1059.

Execução Penal só terá incidência quando houver a decretação em definitivo da regressão. Eis o referido entendimento:

É inerente à função jurisdicional o *poder geral de cautela*, que tem sede de aplicação tanto no processo de conhecimento quanto no processo de execução, sempre que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requisitos indispensáveis à cautelaridade. Dentro de tal órbita, tem o juiz da execução o poder-dever, diante do caso concreto, de determinar medidas que entender emergenciais visando assegurar os fins e a efetividade do processo executivo, inibindo qualquer ato atentatório aos destinos da execução.<sup>67</sup>

Em sentido semelhante, encontra-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – VEP. RECURSO DEFENSIVO. REGRESSÃO CAUTELAR DO REGIME PRISIONAL ABERTO PARA O SEMIABERTO ANTE A FUGA DO APENADO. AUSÊNCIA DE SUA OITIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

1. Hipótese em que o ora agravante foi contemplado com o regime aberto, porém, deixou de retornar à Casa de Albergado, razão pela qual o Juízo das Execuções determinou a sua regressão cautelar para o regime semiaberto.
2. Nas hipóteses de regressão cautelar, o cometimento de falta grave ou de frustração da execução por apenado em regime aberto, a regressão resta condicionada à oitiva do apenado, nos termos do artigo 118, parágrafo 2º, da LEP. A obrigatoriedade da oitiva, nestas situações, prende-se à possibilidade do apenado justificar o fato que ensejaria a regressão definitiva, em acatamento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.
3. A Lei de Execuções Penais nada dispõe sobre a regressão cautelar, que é fruto da construção doutrinária e jurisprudencial. Deste modo, a obrigatoriedade da oitiva do apenado diz respeito somente à regressão definitiva. Ademais, a regressão cautelar visa impedir que a pretensão executória do Estado seja prejudicada pela impossibilidade de oitiva do apenado em razão de sua evasão.
4. Na hipótese em comento, a doura sentenciante informou que o apenado, que está cumprindo pena em instituição de regime aberto, encontra-se evadido desde 21/09/2010, furtando-se, assim, ao cumprimento da sentença. 5. Para ser ouvido, primeiro precisa ser capturado. Daí o porquê de o Magistrado, imbuído do seu poder geral de cautela, ter determinado a regressão cautelar, efetivando-a com a transferência para o regime semiaberto e a expedição do mandado de prisão. [...] <sup>68</sup>

Pela análise do referido julgado, este douto julgador entende que como a Lei de Execução Penal não dispõe sobre a regressão cautelar de regime prisional, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência determinar como será efetivada tal medida. Desse modo, entende

<sup>67</sup> MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201.

<sup>68</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **EP 00537428120138190000/RJ**. Rel. Des. Jose Muinos Pinheiro Filho. Data de julgamento: 10/12/2013. Data de publicação: 03/02/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139276509/agravo-de-execucao-O-ep-537428120138190000-rj-0053742-8120138190000>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

ser plenamente possível a decretação provisória da regressão de regime, uma vez que esta visa impedir qualquer tipo de ato que possa prejudicar os destinos da execução penal.

No mesmo sentido, tem decidido o STJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EVASÃO DO SENTENCIADO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL. CABIMENTO. OITIVA PRÉVIA DO REEDUCANDO. PRESCINDIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

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

2. Evidenciando-se a prática de falta grave, é perfeitamente cabível a regressão cautelar do regime prisional pelo Juiz das Execuções, sem a exigência da oitiva prévia do condenado, necessária apenas na regressão definitiva.

3. Ordem de habeas corpus denegada.<sup>69</sup>

Em síntese, a prévia oitiva do condenado não é fator indispensável a regressão cautelar de regime prisional, uma vez que esta é considerada medida de urgência, fundada no poder geral de cautela do magistrado e, portanto, não ofende os princípios constitucionais do contraditório e de ampla defesa. Além do mais, essa medida cautelar não impede que o apenado, depois de regredido, possa defender-se. Desse modo, a regressão será feita sem a prévia oitiva do condenado, posto que tal imposição só será observada em se tratando de regressão definitiva.

#### 4.3 A Regressão Cautelar como Violação ao Contraditório e a Ampla Defesa

Em posição contrária àqueles que defendem a possibilidade da regressão cautelar de regime prisional, embora se respeite tais entendimentos, os doutrinadores que entendem ser tal instituto executado de forma ilegal, baseiam-se em vários argumentos. Será feita, assim, a análise de cada um deles.

O primeiro argumento refere-se a ausência de previsão legal. A Lei de Execução Penal não traz em seu texto a previsão da regressão cautelar de regime. Trata-se, portanto, de uma idealização doutrinária e jurisprudencial que se utilizam da omissão legislativa para imputar situações mais gravosas aos apenados com o emprego da analogia *in malam partem*, o que é totalmente vedado no nosso sistema penal brasileiro quando se tem a intenção de prejudicar o réu.

---

<sup>69</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n° 227041. Rel. Min. Laurita Vaz. Data de julgamento: 26/06/2012. Data de publicação: 01/08/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22041150/habeas-corpus-hc-227041-rj-2011-0291021-8-stj>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

O juiz, apesar do ato cognitivo de interpretar o texto legal, não deve primar por interpretações extensivas que possam prejudicar o apenado, fazendo com que àquele sejam aplicadas medidas que não estejam taxativamente elencadas na norma. Dessa forma, é indiscutível que tal instituto possa prosperar, pois há uma flagrante violação ao princípio da legalidade estrita.

Nas palavras de Peralles e Lima:

Destarte, antes da regressão de regime, o Juízo da Execução Penal deverá ouvir o condenado, momento em que este justificará sua conduta, sob pena de nulidade da regressão (se não ouvir previamente o condenado). Finalmente, inexiste a figura da regressão cautelar de regime, por falta de previsão legal.<sup>70</sup> (*grifo nosso*)

Argumentam ainda que, não há que se falar, no âmbito penal, em medidas cautelares inominadas e tampouco em poder geral de cautela, e mesmo que houvesse essa possibilidade, não poderia este prevalecer em detrimento do *status libertatis*. Sustentam, assim, que não há espaço para o magistrado exercer tal poder, pois este deve estar estritamente ligado aos preceitos legais.

Nesse sentido, decidiu o Ministro Marco Aurélio no julgamento do Habeas Corpus 76270/SP:

[...] MEDIDA CAUTELAR - LIBERDADE - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Ao contrário do que ocorre no âmbito instrumental civil, o poder de cautela, no campo penal, em jogo a liberdade do cidadão, há de estar previsto na lei. Descabe implementá-lo, tendo em conta a regressão a regime de cumprimento mais rigoroso, prevista no inciso I do artigo 118 da Lei de Execução Penal, no período que antecede a audiência do condenado, formalidade essencial imposta pelo § 2º do aludido artigo.<sup>71</sup>

No mesmo sentido, Almeida explica:

[...] De acordo com o dispositivo vigente a regressão só pode ocorrer se precedida da oitiva do condenado, uma vez que ao exercer o seu direito à autodefesa, à presença e à audiência e todos os consectários da ampla defesa, pode-se opor um fato juridicamente relevante que justifique a conduta ensejadora de tal medida. [...] Nessa situação prática mais corriqueira, é inconcebível admitir que o juiz com base no poder geral de cautela possa regredir cautelarmente o condenado, antes de sua oitiva. É inadmissível que a garantia constitucional refletida no art. 118, §2º da LEP não

---

<sup>70</sup> PERALLES, Ubiracyr; LIMA, Roberto Gomes. **Teoria e prática da execução penal**. Ed. Forense, 3. ed., 1997, p. 122.

<sup>71</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 76270/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Data de Julgamento: 17/03/98. Data de Publicação: 30/04/98. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741204/habeas-corpus-hc-76270-sp>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

tenha aplicação nesse caso, muito menos pelo argumento de que a regressão por ser cautelar é provisória. <sup>72</sup> (*grifo nosso*)

Vê-se, portanto, que a regressão de regime não poderá ser efetivada de imediato, haja vista que a norma legal é impositiva ao afirmar que o condenado deverá ser ouvido previamente. É indiscutível que a intenção do legislador foi a de possibilitar que antes da regressão de regime o apenado seja ouvido, para que exponha argumentos que justifiquem a sua conduta. Logo, é inadmissível a hipótese de punir primeiramente o apenado para só depois possibilitar a sua defesa.

Com efeito, tal instituto não se coaduna com os princípios e garantias insculpidos na Constituição Federal, principalmente no que diz respeito ao contraditório e à ampla defesa. Nesta senda, para os adeptos da corrente em análise, não pode o magistrado decretar a regressão cautelar de regime sem a prévia oitiva do apenado, uma vez que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV, estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. <sup>73</sup>

Urge consignar que os princípios do contraditório e da ampla defesa constituem um conjunto de garantias constitucionais que asseguram ao indivíduo o direito de ser ouvido e de ser comunicado de todos os atos processuais, bem como a possibilidade de intervir nos seus resultados, para que lhe seja dada a oportunidade de se manifestar previamente a respeito da imputação.

Tais princípios instituem-se como a pedra fundamental de todo e qualquer processo e, portanto, inviável é a sua inobservância na execução penal, posto que não há distinção entre a fase cognitiva e a executória. Não obstante, o magistrado tem o dever de viabilizar, na fase de execução da pena, o contraditório, haja vista se tratar de um direito fundamental previsto na nossa Carta Magna.

Aliás, apesar do poder conferido ao juiz da execução para conduzir esta etapa, não lhe é legítimo exercê-lo em prejuízo do direito de defesa, visto que, agindo dessa forma, estará ele deturpando a sua função, bem como infringindo todos os pilares que guiam e servem de estrutura ao ordenamento jurídico, que são os princípios.

A respeito do contraditório, Forster, em sua obra *Direito de Defesa*, esclarece:

---

<sup>72</sup> ALMEIDA, Felipe Lima de. **A execução da pena no anteprojeto do código penal: uma análise crítica.** Revista *Liberdades*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 2013. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/168-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/168-ARTIGO)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

<sup>73</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

Negar o contraditório e negar a defesa são atitudes incompatíveis com a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional. O arbítrio é incompatível com o ato de julgar num Estado Democrático de Direito, onde se acata o direito de defesa como uma das bases sagradas do processo moderno. Se o juiz lesa esse direito fundamental, está efetivamente contestando a legitimidade de seu próprio cargo, que só se justifica, precisamente, por sua natureza intrínseca, no regime constitucional democrático. [...] O poder do juiz fica comprometido irremediavelmente ao negar o contraditório, afetando-lhe não só a legitimidade, mas a própria qualidade da decisão. [...] O não acatamento ao princípio do contraditório importa grave lesão não apenas ao direito ao contraditório, mas ao próprio direito de defesa, tão claramente insculpido na Carta Magna.<sup>74</sup>

Não se pode, portanto, admitir que o magistrado atue com ofensa a um princípio constitucional de fundamental importância, amparado unicamente nos direitos e poderes que lhe são peculiares, devido a sua função. Ademais, se do exercício de tais poderes decorre uma limitação aos direitos de defesa do condenado, caracterizado estará uma atuação jurisdicional arbitrária e inconstitucional, devendo, serem considerados nulos todos os atos assim realizados. Diante disso, cabe ao magistrado, apenas, respeitá-lo.

Nesse sentido, entendeu o STJ no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº. 7.463/DF, com relatoria do Ministro Luiz Vicente Cernichiaro, quando proferiu o seu voto:

[...] A sanção mais grave aplicável ao condenado, sem dúvida, é a regressão, ou seja, a passagem de um regime para outro mais rigoroso, como acontece com o aberto para o semi-aberto e este para o fechado. Reclama-se, por isso, o contraditório. [...] Em se considerando o contraditório, importante particular não pode ser olvidado. Ao lado da defesa técnica, admissível a defesa pessoal. O condenado, o titular do direito ameaçado, integrante da relação jurídica própria do procedimento, interessado pessoal, não pode ser alijado, não obstante a presunção do defensor. A audiência faz-se necessária. [...] No momento da execução, evidente, continua a evidenciar esses atributos. O contato pessoal do juiz, com o condenado é salutar, indispensável. [...] O condenado o grande protagonista do processo, precisa ser conhecido do magistrado. O contato pessoal é indispensável no processo moderno. Aliás, o Código de Processo Penal comina sanção de nulidade deixar-se de interrogar o réu quando presente (art. 564, III “e”). Não se trata, de mera formalidade; busca, sem dúvida, conhecer o acusado. A regra também é válida para a execução penal. É o direito de explicação não afetado pela sentença condenatória.<sup>75</sup>

Depreende-se desse julgado que, é inconcebível que a atuação do magistrado se efetive sem a prévia manifestação do apenado. É dever do juiz de além de observar o disposto na Lei, adequá-la a Constituição Federal, fazendo, assim, com que haja uma prevalência dos ditames constitucionais em qualquer decisão que vise alterar materialmente a situação do condenado.

<sup>74</sup> FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTr, 2007, p. 242.

<sup>75</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 7463/DF**. Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro. Sexta Turma. Data de julgamento: 23/06/98. Data de Publicação: 17/08/98. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844061/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7463-df-1998-0022262-6>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Cumpra salientar que os princípios são considerados normas estruturantes, cuja finalidade consiste em dar fundamento ao ordenamento jurídico, de modo a vincular todos os institutos que o compreendem. Desta feita, devem ser vislumbrados como normas preceptivas, que requerem cumprimento, cuja inobservância implica em vício mais grave do que aquele reservado às regras, uma vez que a violação afeta o próprio espírito do sistema.

Para Mello, os princípios apresentam tamanha importância, que a sua violação implica na mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade dentro de um ordenamento jurídico:

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>76</sup>

Constata-se que os princípios são de fundamental importância para o ordenamento jurídico, razão pela qual se exige a sua fiel observância em qualquer instituto que se quer analisar, não sendo diferente ao processo de execução penal.

Há que se ressaltar, também, que não se pode mais contemplar a concepção de que o sentenciado é um mero objeto dentro do estabelecimento prisional, pelo contrário, deve ser visto como um indivíduo que possui todas as garantias constitucionais previstas no ordenamento jurídico. Até porque, conforme preceitua o art. 38, *caput*, do Código Penal, “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade”.<sup>77</sup>

Assim, para que realmente haja uma ressocialização do apenado, faz-se necessário que os seus direitos sejam observados. O propósito ressocializador da pena deve se adequar aos preceitos constitucionais, haja vista a discrepância que há em exigir do apenado a sua ressocialização sem que os seus direitos sejam respeitados, vindo a ofender flagrantemente a sua dignidade.

Desta maneira, a regressão de regime prisional deve impreterivelmente dar-se da mesma maneira que disposta na Lei de Execução Penal. Não há porque o magistrado postergar a oitiva do apenado, pois a regressão cautelar de regime mostra-se uma conduta extremamente danosa aos interesses do condenado; por isso, é imprescindível para a sua

---

<sup>76</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29. Ed. Malheiros, 2000, p. 748.

<sup>77</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

concretização a oitiva prévia deste, de modo a ser oportunizado o direito de exercer o contraditório como um meio de garantir o seu pleno direito de defesa.

Nesse sentido, é o entendimento de Mirabete:

Quando ocorre a prática de fato definido como crime doloso ou falta grave, o condenado deve ser ouvido antes da decisão que, eventualmente, determinará a regressão. Tratando-se de condenado em regime aberto, também se impõe a prévia oitiva do condenado [...] A razão da obrigatoriedade da oitiva do condenado nessas hipóteses prende-se à possibilidade de poder o condenado justificar o fato que provocaria a regressão. [...] Em consequência da jurisdicionalização da execução penal, por ofensa ao princípio do contraditório, nula é a decisão que determina a regressão do condenado sem a sua prévia audiência. Possibilita-se, assim, ao condenado que se encontrava em regime aberto a impetração de *habeas corpus* para sanar o constrangimento ilegal causado pela regressão sem a sua prévia oitiva.<sup>78</sup> (grifo nosso)

Na mesma linha de raciocínio, encontra-se o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. REGIME PRISIONAL. REGRESSAO. FALTA GRAVE. PRÉVIA OITIVA DO CONDENADO. ARTIGO 118, 2º, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Em consequência da jurisdicionalização da execução penal, por ofensa ao princípio do contraditório, nula é a decisão que determina a regressão do condenado sem a sua prévia audiência.

[...]

3. Recurso ordinário provido, para declarar nula a decisão que determinou a regressão do ora recorrente para o regime fechado, devendo outra ser proferida somente após sua oitiva pelo juiz da execução penal.<sup>79</sup>

Inferre-se desses entendimentos que, a fase da execução penal é dotada de jurisdicionalidade, razão pela qual se faz necessário que o apenado exerça todos os direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. O apenado deverá exercer o seu direito de defesa, como uma forma de justificar a conduta que lhe está sendo imputada. Essa prévia justificação é exercida por meio do contraditório, na qual a sua inobservância, pelo juízo da execução penal, acarreta um flagrante constrangimento ilegal. Assim, faz-se necessário a impetração de *habeas corpus*, para sanar tal constrangimento e, conseqüentemente, declarar nula a decisão que decretou a regressão.

<sup>78</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei 7.210, de 11-7-84**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 403- 404.

<sup>79</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RHC 18693/RJ**. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Data de Julgamento: 18/05/2006. Data de Publicação: 26/06/2006. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7155128/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-18693-rj-2005-0195304-1/relatorio-e-voto-12873710>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

Do mesmo modo, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com relatoria do Desembargador Sérgio Verani:

AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE OITIVA DO AGRAVADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE ANTES DE SE OUVIR O APENADO (ART. 118, § 2º, L.E.P.) PROVIMENTO. A regressão de regime, nos casos de falta grave, será sempre precedida da oitiva do condenado, como se infere da regra do art. 118, §2º, da LEP. Não há como admitir a ficção jurídica da regressão cautelar de regime prisional, uma vez que não encontra a hipótese qualquer previsão legal. Admiti-la configura ofensa frontal ao princípio da legalidade. Realizá-la sem a prévia oitiva do Apenado, ora Agravante, é aniquilar a garantia fundamental do devido processo legal, nos aspectos do contraditório e da ampla defesa. Recurso provido. RELATÓRIO E VOTO: [...] Em sede de execução penal, pelo melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial, norteado pela Exposição de Motivos nº. 213, de 09 de maio de 1983, da Lei nº. 7.210/84, concluiu-se que o condenado é caracterizado como sujeito de direitos da execução da pena, e não como um mero objeto de seu trâmite. Por esta razão, não é possível desconsiderar os direitos que a ele são garantidos, principalmente os resguardados pela Magna Carta. Foi extremamente claro o Legislador ao afirmar que o condenado deve ser ouvido previamente à regressão do regime. Dentre as formas de interpretação conhecidas somente caberá, na hipótese do parágrafo, a literal e lógica, pois, onde não foi dada margem à ampliação, não caberá ao intérprete fazê-la. Assim, a pretendida regressão cautelar não pode fundar-se no fumes boni iuris e no periculum in mora. Sabe-se que, para a concessão liminar de qualquer medida cautelar, sem que a outra parte seja ouvida, exigem-se condições ou requisitos, tais como as invocadas. Ocorre que, diante de norma expressa que exige a prévia audiência da parte contrária, deixa de existir o fumes boni iuris, quando se decreta regressão cautelar, liminarmente, sem ouvir-se antes o apenado. Ademais, é sabido que o fugitivo, ao ser recapturado, jamais ingressa diretamente no sistema penitenciário e, quando ingressa, é posto no isolamento, por interesse da disciplina, ex vi do art. 60, da LEP. Nesse meio tempo, pode o Juízo da Execução requisitá-lo, ouvi-lo e, só depois, determinar ou não a regressão definitiva de regime. Conclui-se, então, que a audiência prévia do condenado é condição indispensável para o decreto da regressão de regime, constituindo-se o seu não cumprimento em inobservância do devido processo legal, supressão do contraditório e ofensa ao direito de ampla defesa, princípios basilares do processo (art. 5º, LIV e LV, da CF). [...] Assim, não há como admitir o instituto ficcional da regressão cautelar de regime. Dá-se, pois, provimento ao recurso, parado cassar a decisão que decretou a regressão cautelar, determinando-se que outra seja proferida após a oitiva do apenado, na forma do art. 118, § 2º, da L.E.P.<sup>80</sup> *(grifo nosso)*

Com esse entendimento, o douto relator sintetizou todos os argumentos até então expostos. Esclarece, portanto, que é inadmissível a aplicação da regressão cautelar, pois, esta viola os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa. Acrescentou, ainda, que, no caso de o apenado fugir do estabelecimento prisional, quando feita a sua recaptura, jamais poderá ser desde logo decretada a regressão, haja vista que o apenado permanece, a critério da autoridade administrativa, em isolamento por certo tempo, mostrando, assim, que este é o

<sup>80</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Recurso de Agravo 0059932-94.2012.8.19.0000**. Rel. Des. Sérgio Verani. Data de Julgamento: 10/01/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000455E4026CFE981AB113109D78E30DD96FC502042C1F0A>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

momento adequado para que o juiz possa ouvi-lo, e decidir sobre a possibilidade ou não de regressão.

Ademais, depreende-se que a regressão cautelar de regime prisional tem maior incidência nos casos em que o apenado comete alguma das faltas disciplinares de natureza grave elencadas no artigo 50 da LEP, principalmente no que se refere à fuga e ao descumprimento das condições impostas pelo magistrado quando o apenado se encontra em regime aberto.

Cumprido ressaltar que, quando o apenado está cumprindo a sua pena em regime aberto, comumente em sua residência, deve cumprir algumas condições que são estabelecidas pelo juízo da execução penal, quais sejam, permanência em local determinado, durante repouso ou dias de folga; sair para trabalhar, mas retornar no horário fixado; comparecer a juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado; entre outras condições que o juiz estabelecer.

Ocorre que, há casos em que o apenado deixa de se apresentar uma única vez, e o juízo da execução penal determina de imediato a regressão de regime, ou seja, o apenado fica recolhido em presídio ou penitenciária até que o juiz apure os motivos da possível falta e, conseqüentemente, decidir acerca da regressão definitiva de regime. De modo mais grave, acontece nos casos em que ocorre o mero atraso do apenado ao retornar ao estabelecimento prisional.

Nesses casos, os detentos são injustamente considerados fugitivos pelo simples fato da demora em comparecer ao lugar determinado, que muitas vezes se dá em virtude da localização do trabalho ou até mesmo por falta de meio de transporte acessível.

Para ilustrar, importante trazer a baila o julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual o Desembargador Marcus Basílio apesar de adotar uma posição intermediária acerca do tema, relata que a regressão cautelar não se faz necessária quando há, apenas, atraso do apenado em comparecer ao estabelecimento prisional. Eis os principais trechos do julgado:

[...] No caso presente, estando cumprindo pena em regime aberto, o apenado sempre atrasa no retorno respectivo, o que acaba ocorrendo de forma espontânea, mostrando-se, na hipótese, desnecessária a medida extrema sem a sua oitiva, ocasião em que poderá justificar os atrasos, até porque foi alegado na peça de interposição que o paciente está trabalhando na cidade de MACAÉ, sendo este o motivo do atraso, apesar de o documento comprovando aquele emprego estar datado de data próxima. Medida excepcional que não se mostra necessária no caso concreto. Ordem concedida. [...] Penso que o juiz deve ouvir o apenado, ora paciente, e, depois, se for o caso, considerar justificada ou não a falta.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **EP nº. 0062650-64.2012.8.19.0000**. Rel. Des. Marcus Henrique Pinto Basílio. Data de Julgamento: 17/12/12. Disponível em:

É justamente nessas situações que se encontra uma das principais ofensas presentes na regressão cautelar de regime, pois em razão da falta de previsão legal acerca de tal instituto, não poderia o magistrado determinar regime mais gravoso do que aquele que se encontra cumprindo a pena, simplesmente por ter havido a notícia de não ter o penado comparecido no local determinado, sem ao menos considerar eventuais causas que justificassem a sua prática.

Até porque, diversos são os casos em que ocorre a decretação da regressão cautelar do apenado para regime mais gravoso, geralmente para o regime fechado, e este acaba sendo esquecido pelo juiz da execução penal, passando anos a espera de uma decisão definitiva que, por vezes, nunca acontece.

Para certificar o que foi mencionado, importante demonstrar o seguinte julgado do STJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME. DEMORA NA INSTAURAÇÃO/FINALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO PARA REGRESSÃO DEFINITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O condenado que regride cautelarmente de regime prisional não pode ficar aguardando indefinidamente a decisão final do Juízo. O poder competente tem que instaurar e decidir em prazo curto o procedimento de regressão.
2. Ordem concedida, para restabelecer o regime semiaberto ao paciente.<sup>82</sup>

Percebe-se, assim, que a excessiva demora na decisão final da regressão, demonstra que a aplicação da regressão de regime de maneira cautelar, por parte do juiz, representa, além de grave afronta aos preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a impossibilidade de que aquele, quantos aos fatos que envolvem o caso concreto, decida de maneira mais consistente, podendo vir a causar ao apenado sérios prejuízos no tocante à possibilidade de ser reinserido no convívio social. Assim, tendo em vista a forma degradante e anti-ressocializadora que se faz presente no sistema prisional brasileiro, tem-se como infundada a aplicação de medida de natureza cautelar que venha a mitigar direitos do preso.

Além do mais, aceitar a regressão cautelar de regime no caso de apenado que foi condenado desde o início do cumprimento da pena ao regime prisional aberto é aceitar que lhe seja conferido uma penalidade mais severa do que aquela inicialmente imposta, e isso é inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

---

<<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115104633/agravo-de-execucao-penal-ep-626506420128190000-rj-0062650-6420128190000/inteiro-teor-144139630>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

<sup>82</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC n° 169012. Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Data de Julgamento: 28/09/2010. Data de Publicação: 18/10/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17047481/habeas-corporus-hc-169012-rj-2010-0066629-4/voto-17047484>>. Acesso em: 22 jan. 2015

Nesse sentido, decidiu o STF, no julgamento do Habeas Corpus n° 93761/RS:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. SENTENÇA DETERMINANDO O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMI-ABERTO. FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. IMPOSSIBILIDADE.

Sentença transitada em julgado determinando o início do cumprimento da pena em regime-semi-aberto. Regressão de regime em razão da prática de falta grave [o paciente foi beneficiado com a saída temporária e não retornou]. Impossibilidade da regressão de regime do cumprimento da pena: a regressão de regime sem que o réu tenha sido beneficiado pela progressão de regime afronta a lógica. A sanção pela falta grave deve, no caso, estar adstrita à perda dos dias remidos. Ordem concedida. VOTO: [...] 7. O que me parece óbvio é que, fixado determinado regime na sentença e esta tendo transitada em julgado, não é permitida a regressão a regime mais gravoso. Não é lógico admitir que a condenação do paciente se torne mais severa, na fase da aplicação da pena, por ele ter cometido falta grave. A falta grave, nessa situação, serviria para determinar-se a recontagem do prazo necessário à progressão; não para impor a regressão a regime mais gravoso que o fixado na sentença. É ilógico, ainda, que o réu possa regredir de regime sem ter progredido.<sup>83</sup>

Depreende-se, portanto, que o estabelecimento prisional onde o preso será recolhido deverá ser compatível com a infração praticada, e sendo o apenado regredido para regime diverso daquele estabelecido na sentença, além de violar a coisa julgada, estará prejudicado os objetivos da execução penal, que é o de justamente ressocializar o apenado. A decretação de regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença afronta direito fundamental do condenado. Assim, nesses casos, a melhor sanção a ser aplicada seria a perda dos dias remidos e a recontagem do prazo para progressão, mas nunca a regressão de regime.

É por esse e outros casos que a corrente em análise entende que a regressão cautelar de regime viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois se é evidente que a Lei de Execução Penal autoriza a regressão de regime prisional diante da prática das hipóteses previstas no art. 118, também é evidente que a prévia oitiva do apenado, para que possa se defender, é medida que se faz necessária.

Assim sendo, não pode o magistrado, ao proferir uma decisão de extrema gravidade, como é a regressão de regime, se utilizar de uma medida que não encontra fundamento legal. Aliás, tais decisões devem ser evitadas pelo magistrado, uma vez que, na maioria dos casos, essas medidas são desproporcionais e acabam por violar também o princípio da proporcionalidade.

Desse modo, a regressão cautelar de regime não se compatibiliza com o disposto no parágrafo segundo da Lei de Execução Penal, tampouco com a Constituição Federal. Portanto,

---

<sup>83</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n° 93761/RS. Rel. Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 05/08/2008. Data de Publicação: 19/12/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719540/habeas-corpus-hc-93761-rs>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

é indiscutível a ilegalidade da regressão cautelar de regime num Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, faz-se importante registrar que, apesar de existir entendimentos pela inadmissibilidade da regressão cautelar, esta posição é minoritária. São poucos os magistrados que observam os preceitos constitucionais. Dessa forma, o entendimento dominante na jurisprudência é pela admissibilidade da regressão cautelar de regime prisional, aplicando, assim, o que a LEP não permite.

## 5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como propósito analisar o instituto da regressão cautelar de regime prisional na execução da pena privativa de liberdade diante das divergências que existem tanto na jurisprudência como na doutrina nacional.

Para alcançar esse desiderato, analisou-se, primeiramente, os antecedentes históricos da pena, destacando as suas diversas fases de evolução (divina, privada e pública) até chegar ao período humanitário, momento em que evolui para a pena privativa de liberdade atual. Em seguida foi discorrido sobre as teorias que explicam a sua finalidade, sendo adotada a teoria mista ou unificadora da pena, na qual estatuí que a pena possui uma dupla finalidade: reprovação e prevenção do crime. Mais adiante passou-se a analisar a legislação penal brasileira expondo as espécies de penas no Código Penal vigente, dando primazia a pena privativa de liberdade.

O levantamento das noções históricas da pena demonstra que houve um grande avanço na sua execução, uma vez que a pena privativa de liberdade, atualmente, destina-se à recuperação e reintegração do apenado à sociedade. Dessa forma, levando em consideração que a consequência da punição àqueles que infringem as normas penais afeta, de certa forma, à sociedade, todos os infortúnios ligados à privação da sua liberdade, como é o caso da regressão de regime, sempre foi e será de grande importância para o sistema jurídico-penal brasileiro.

Num segundo momento, passou-se a expor, o processo de individualização da pena privativa de liberdade nos seus aspectos judicial e executório. O aspecto judicial consiste na fase em que o magistrado realiza a dosimetria da pena se utilizando do critério trifásico previsto no Código Penal, no qual fixará o quantum da pena e o seu regime de cumprimento. Já o aspecto executório é destinado ao efetivo cumprimento da pena, que poderá se dar nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, cada um com suas peculiaridades.

Analisou-se ainda, os institutos da progressão e regressão de regime. Constatou-se, assim, que para o condenado progredir para um regime mais benéfico, faz-se necessário satisfazer dois requisitos, quais sejam: cumprimento de um quantum da pena, bem como apresentar bom comportamento carcerário.

No tocante a regressão de regime, estudou-se, detalhadamente, as hipóteses legais que ensejam a sua aplicação. Assim sendo, o apenado será regredido para um regime mais gravoso quando cometer crime doloso ou falta grave, sofrer condenação por crime anterior ou, no caso de estar em regime aberto, frustrar os fins da execução. Apreende-se que a Lei de

Execução Penal aponta as hipóteses de regressão de regime e ao mesmo tempo esclarece que para a medida ser efetivada deverá ser ouvido, previamente, o condenado.

Por último, aprofundou-se o estudo sobre a regressão de regime sob a ótica da cautelaridade, enfatizando a celeuma jurídica que há sobre esse instituto, demonstrando as posições doutrinárias e jurisprudenciais que asseveram sobre a sua (in)admissibilidade.

A primeira vertente assevera que a regressão cautelar de regime consiste em uma medida de urgência e, portanto, poderá ser decretada de imediato sem a oitiva do apenado. Sustentam tal argumento no poder geral de cautela concebido ao magistrado que poderá decretar a medida quando presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, enfatizando, assim, que tal medida não viola o contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, a segunda vertente aduz que a regressão cautelar de regime prisional não encontra previsão legal na legislação penal brasileira, razão pela qual não pode o magistrado se utilizar de tal instituto para decretar situação mais gravosa ao apenado sem lhe garantir o seu direito pessoal de defesa. Além do mais, enfatizam que a LEP é suficientemente clara ao dispor que o condenado deverá ser previamente ouvido, consagrando, expressamente, o direito ao contraditório. Por conseguinte, ceifando o juiz esse direito, estará agindo de forma arbitrária e ilegal, visto estar violando um preceito constitucional de fundamental importância.

Constatou-se, assim, que apesar das divergências acerca desse assunto, a posição que tem prevalecido é no sentido de que a regressão de regime pode ser decretada cautelarmente sem necessidade da prévia oitiva do apenado. No entanto, acredita-se que este entendimento não é o mais acertado.

Registre-se por oportuno que o objetivo proposto por este trabalho foi alcançado, uma vez que se utilizou dos métodos bibliográficos, fazendo uso das contribuições de diversos doutrinadores nacionais, o exegético-jurídico para a interpretação do que consta na legislação penal e decisões jurisprudenciais, como também a pesquisa documental que se valeu de matérias que ainda não haviam recebido uma análise adequada.

Nesse diapasão, esse trabalho monográfico demonstrou que a regressão cautelar de regime prisional é uma medida que não pode prosperar no sistema penal brasileiro, pois faz com que o direito do condenado de ser previamente ouvido, conforme determina a Lei de Execução Penal, seja totalmente desrespeitado. Além disso, demonstrou, ainda, que o poder geral de cautela, apesar de ser amplamente aplicado no âmbito da execução penal, viola o princípio da legalidade estrita, bem como o contraditório, à medida que consagram sanções provisórias desnecessárias e, na maioria das vezes, desproporcionais aos apenados.

Assim, diante da análise e dos argumentos suscitados, depreende-se que, mesmo sendo a jurisprudência quase que uníssona em admitir a regressão cautelar, é inconcebível que a atuação do magistrado se efetive sem a prévia manifestação do apenado. É dever do juiz de além de observar o disposto na Lei, adequá-la a Constituição Federal, fazendo, assim, com que haja uma prevalência dos ditames constitucionais em qualquer decisão que vise alterar materialmente a situação do condenado.

Aliás, aceitar a decisão que decreta a regressão cautelar de regime prisional sem a observância do contraditório, é aceitar que se puna primeiramente o apenado, para só depois viabilizar a sua defesa, e isso é inadmissível num Estado Democrático de Direito.

Portanto, embora se respeite os entendimentos contrários, a ausência de contraditório no processo de execução da pena privativa de liberdade, não só, ofende ao disposto na Lei de Execução Penal e na Carta Magna, como representa um manifesto retrocesso aos direitos e garantias até então conquistados.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Lima de. **A execução da pena no anteprojeto do código penal: uma análise crítica**. Revista Liberdades. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 2013. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/revista\\_liberdades\\_artigo/168-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/168-ARTIGO)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 06 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**. Parte geral. Volume único. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FORSTER, Nestor José. **Direito de defesa**. São Paulo: LTr, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

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

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. Parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Método, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal.** vol 1: parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**, volume 1: introdução e parte geral. 38. ed. rev. e atual, por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** Parte geral: parte especial. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal.** 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **EP 00537428120138190000/RJ.** Rel. Des. Jose Muinos Pinheiro Filho. Data de julgamento: 10/12/2013. Data de publicação: 03/02/2014. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139276509/agravo-de-execucao-O-ep-537428120138190000-rj-0053742-8120138190000>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **EP nº. 0062650-64.2012.8.19.0000.** Primeira câmara criminal. Rel. Des. Marcus Henrique Pinto Basílio. Data de Julgamento: 17/12/12. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115104633/agravo-de-execucao-penal-ep-626506420128190000-rj-0062650-6420128190000/inteiro-teor-144139630>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **Recurso de Agravo 0059932-94.2012.8.19.0000.** Rel. Des. Sérgio Verani. Data de Julgamento: 10/01/2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000455E4026CFE981AB113109D78E30DD96FC502042C1F0A>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC nº 169012.** Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Data de Julgamento: 28/09/2010. Data de Publicação: 18/10/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17047481/habeas-corpus-hc-169012-rj-2010-0066629-4/voto-17047484>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC nº 227041.** Rel. Min. Laurita Vaz. Data de julgamento: 26/06/2012. Data de publicação: 01/08/2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22041150/habeas-corpus-hc-227041-rj-2011-0291021-8-stj>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC n° 97615/SP**. Rel. Min. Og. Fernandes. 6ª Turma. Data de Julgamento: 21.10.2008. Data de Publicação: 10/11/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2071320/habeas-corpus-hc-97615-sp-2007-0308261-6>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **RHC 7463/DF**. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Sexta Turma. Data de julgamento: 23/06/1998. Data de Publicação: 17/08/1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844061/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7463-df-1998-0022262-6>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 102492/RS**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª turma. Data de Julgamento: 05.10.2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo603.htm#Superveniência de Condenação e Alteração da Data-Base](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo603.htm#Superveniência%20de%20Condenação%20e%20Alteração%20da%20Data-Base)>. Acesso em: 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **HC n° 102652/RS**. Rel. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 29.6.2010. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo593.htm#Falta Grave e Benefícios Executórios](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo593.htm#Falta%20Grave%20e%20Benefícios%20Executórios)>. Acesso em: 25 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **HC n° 111840/ES**. Rel. Min. Dias Toffoli. Data de Julgamento: 14.06.2012. Data de Publicação: 17.12.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24807820/habeas-corpus-hc-111840-es-stf>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **HC 76270/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Segunda Turma. Data de Julgamento: 17/03/1998. Data de Publicação: 30-04-1998. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741204/habeas-corpus-hc-76270-sp>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC n° 82959/SP**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 23/02/2006. Data de Publicação: 01/09/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=169&dataPublicacaoDj=01/09/2006&incidente=2110217&codCapitulo=5&numMateria=27&codMateria=1>>. Acesso em: 22 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **HC n° 93761/RS**. Rel. Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 05/08/2008. Data de Publicação: 19/12/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719540/habeas-corpus-hc-93761-rs>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. **HC n° 94526/SP**. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJe 162, divulg. 28.08.2008; pub. 29.08.2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917631/habeas-corpus-hc-94526-sp>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **HC 96246 RS**. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 27/09/2008. Data de Publicação: 06/10/2008. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14769981/habeas-corpus-hc-96246-rs-stf>>. Acesso em: 27 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **RHC n° 89031/RS**. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ o acórdão Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 28.11.2006. Data de Publicação: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo450.htm>>. Acesso em: 25 dez. 2014.