

PROGRESSÃO DE REGIME “PER SALTUM”¹

Resumo: Toda pessoa presa por crime cometido tem direito à progressão de regime, que consiste na transferência do preso de um regime mais gravoso para um menos gravoso. Os regimes existentes são o fechado, o semiaberto e o aberto. O fechado consiste em manter o apenado em cela individual, salubre e aerada, com dormitório, sanitário e lavatório; o semiaberto, em manter o apenado em colônia agrícola, industrial ou similar, onde trabalhará de dia e ficará recolhido à noite, e o aberto em manter o apenado em Casas de Albergado, localizadas dentro do centro urbano e sem restrições para fuga. Entretanto, pode acontecer de o Estado não cumprir suas obrigações precípuas para com a pessoa presa e não fornecer mecanismos básicos para que a mesma seja transferida do regime fechado para o semiaberto, continuando a cumprir a pena no regime fechado e, posteriormente, quando do direito da pessoa de cumprir a progressão no regime aberto, transferi-lo diretamente para tal regime, saltando o semiaberto – na chamada progressão de regime *per saltum*. Tal progressão é vedada pela Súmula 491 do STJ; todavia, por princípios humanitários, que preservam a dignidade da pessoa humana, os Tribunais brasileiros recentemente passaram a admitir a progressão *per saltum* quando o Estado não cumpre o seu dever precípua de garantir os direitos basilares da pessoa presa.

Palavras-chave: Pena Privativa de Liberdade; Progressão de Regime; Progressão de Regime por salto (*per saltum*).

Introdução

O Estado detém o poder de punir qualquer cidadão que cometa um ato típico, ilícito e culpável, e utiliza de seu poder de punição para aplicar penas ao indivíduo que transgrida a lei. São vários os tipos de penas aplicadas, dentre elas a pena privativa de liberdade, multa e restritiva de direito.

E o presente estudo tem como escopo exatamente analisar a pena privativa de liberdade, e os requisitos a serem aplicados para o cumprimento da pena. Para tanto, será trabalhado, primordialmente, os tipo de regimes adotados no direito penal

brasileiro para a aplicação da pena privativa de liberdade, análise da esfera legal e doutrinária, com seus conceitos e aplicações, dando-se maior ênfase à progressão de regime por salto (*per saltum*), cerne deste trabalho.

Após, trabalhar-se-á a Súmula 491 do STJ e a não aplicação da mesma por magistrados, especificando o ponto principal do tema, explicando quais os argumentos utilizados para não seguir o entendimento do renomado Superior Tribunal.

Ao final, após trabalhar os conceitos e aplicações da progressão de regime por salto, chegar-se-á ao cerne do trabalho, especificando-se o porquê a progressão de regime *per saltum* deverá ser interpretado de forma favorável ao apenado em determinadas situações, e como os tribunais e a doutrina utilizam o instituto na atualidade.

1.Regimes de cumprimento da pena

O Estado detém o poder/dever de punir qualquer indivíduo que cometa um fato típico, ilícito e culpável, fazendo valer, portanto, o seu *ius puniendi*. A consequência natural é a imposição de uma pena para alguém que pratica uma infração penal, que será aplicada pelo Estado.

A pena de prisão "teve sua origem nos mosteiros da Idade Média, como punição imposta aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e se arrependessem da falta cometida, reconciliando-se assim com Deus". (GRECO, 2015, p. 541)

Antigamente, o que se aplicava era a lei dos hebreus, o Código de Hamurabi e de Manu¹, com castigos físicos e pena de morte ao indivíduo que praticasse algum ilícito punível na época. Após, surgiram no século XVIII os sistemas penitenciários, inicialmente com regime totalmente fechado, celas individuais, não prevalecendo mais os castigos físicos.

Os sistemas prisionais que mais se destacaram foram os modelos pensilvânico, auburniano, e o progressivo, nos quais podemos perceber a graduação e evolução em cada um dos mecanismos prisionais utilizados.

¹ Assim, várias legislações surgiram, ao longo da existência da raça humana, com a finalidade de esclarecer as penalidades cominadas a cada infração por elas previstas, a exemplo das leis dos hebreus, concedidas por Deus a Moisés durante o período no qual permaneceram no deserto à espera da terra prometida, bem como os Códigos de Hamurábi e de Manu. (GRECO, 2015, p. 535)

No sistema pensilvânico ou de Filadélfia, o preso era mantido isolado dos demais, não trabalhava e nem recebia visitas, sendo estimulado ao arrependimento através de leituras bíblicas. Era um sistema também conhecido como celular, porém, esse modelo prisional não possibilitava a readaptação social do prisioneiro, devido ao seu completo isolamento (GRECO, 2015, p. 542).

O sistema auburniano surgiu após duras críticas ao sistema pensilvânico, e ganhou esse nome devido à construção da penitenciária na cidade de Auburn, no Estado de Nova York em 1818, com regime menos rigoroso que seu anterior, onde se permitia o trabalho dos detentos em suas próprias celas, ou até mesmo em grupos, permanecendo apenas o isolamento noturno. Esse sistema também ficou conhecido como Silent System, devido ao silêncio absoluto que eram impostos aos presos (GRECO, 2015, p. 542).

No início do século XIX, o capitão da marinha Real, chamado Alexander Maconochie, observou que as penas impostas aos presos eram bastante desumanas e degradantes, e então resolveu modificar o sistema penal, criando um sistema progressivo inglês de penas, a ser realizado em três estágios: período de prova (isolamento), trabalho comum (como progressão ao primeiro estágio) e, por ultimo, o livramento condicional². Nota-se que é um aprimoramento do sistema prisional, utilizando um pouco de cada método dos modelos anteriores.

No Brasil, a Lei de Execução Penal adota um sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade, passando do regime mais severo ao menos gravoso, com a observância de requisitos objetivo (cumprimento de 1/6 na generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou, 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados) e subjetivo (bom comportamento carcerário, provado por atestado firmado pelo diretor do estabelecimento) (MARCÃO, 2015, p. 159).

² O sistema progressivo surgiu inicialmente na Inglaterra, sendo posteriormente adotado pela Irlanda. Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX, Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degradados para a Austrália, resolveu modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, "passando depois de algum tempo para as chamadas public work-houses, com vantagens maiores"; o terceiro período permitia o livramento condicional. (GRECO, 2015, p. 543)

O juiz, na sentença condenatória, analisará os requisitos do art. 33, §2º, do Código Penal, para indicar qual regime a ser aplicado, se regime fechado, semiaberto ou aberto. Assim dispõe o referido artigo:

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.

Observa-se que o artigo dispõe de forma clara que as penas privativas de liberdade serão de forma progressiva, porém, para que o condenado tenha esse benefício, deverá ser merecedor, ou seja, cumprir os requisitos subjetivos, como bom comportamento, além do instituto da remição para abatimento da pena, e dos requisitos objetivos, que é cumprimento de 1/6 na generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou, 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados. Ainda, de acordo com Marcão (2015, p. 162), “por *mérito*, entenda-se: a aptidão psicológica; o resultado favorável de urna avaliação voltada a apuração de valores subjetivos para a concessão de um benefício no cumprimento da pena”.

Em relação ao *caput* do art. 33, do CP, há uma distinção de pena de reclusão e pena de detenção, em que pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto a pena de detenção se dá pelo cumprimento em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado, quando do acúmulo de condenações³.

O mesmo art. 33, em seu § 1º, estabelece a diferenciação dos regimes prisionais, e assim sistematiza:

Art. 33 - § 1º - Considera-se:

³ Art. 111 da LEP. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição. Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A progressão de regime de pena está interligada com o tipo de pena a ser cumprido pelo condenado. Antes de iniciar o estudo detalhado da progressão de regime, será necessário entender como funciona os regimes prisionais para dar prosseguimento ao presente artigo.

1.1 Do regime fechado

No regime fechado, o réu deverá cumprir pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, em cela individual, salubre e aerada, com área mínima de seis metros quadrados, com dormitório, aparelho sanitário e lavatório (arts. 87 e 88 da LEP). É considerado o regime mais rigoroso.

O art. 90 da Lei de Execução Penal determina que “a penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação”.

Avena (2015, p. 201) assim descreve a penitenciária:

a penitenciária é destinada ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Trata-se de estabelecimento que deve contar com o máximo de segurança, muros e grades, bem como a vigilância ostensiva exercida por meio de policiais ou agentes penitenciários. livro Execução penal esquematizado

O condenado, no início do cumprimento da pena, deverá ser submetido a exame criminológico de classificação para individualização da execução da pena, poderá trabalhar durante o dia e até mesmo estudar, de acordo com as aptidões do reeducando, e permanecer isolado à noite (art. 34 do CP).

O trabalho é um dever e um direito do réu, que tem a obrigação de contribuir com o Estado para a sua ressocialização, pois, a cada três dias trabalhados serão computados um dia de cumprimento de pena – Remição (art. 126, §1º, II da LEP).

1.2 Do regime semiaberto

O regime semiaberto está disciplinado nos art. 91 e 92 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84), em que, o detento cumprirá sua pena em uma colônia agrícola, industrial ou similar. É considerado um regime intermediário.

O apenado deverá ser alojado em compartimento coletivo em condições adequadas à existência humana, podendo realizar trabalhos dentro do próprio estabelecimento agrícola, ou até mesmo em ambientes externos, inclusive na iniciativa privada com prévia autorização judicial, no entanto, não há previsão para o isolamento durante o período do repouso noturno ao condenado. (SANCHES, 2015, p. 432)

Ainda, no regime semiaberto, há a possibilidade do detento frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior, dentro ou fora do estabelecimento prisional (art. 35, §2º, CP).

1.3 Do regime aberto

O regime aberto é conhecido também como o regime menos rigoroso, baseando-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do apenado (art. 36 do CP).

Esse regime encontra respaldo nos arts. 93 a 95 da Lei nº 7210/84 (LEP), na qual o estabelecimento prisional é denominado Casa do Albergado, que deverá se situar em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, sem obstáculos físicos contra fuga.

De acordo com o art. 36, §1º do Código Penal, o condenado poderá frequentar curso, e até mesmo exercer outra atividade, desde que autorizada pelo juiz. O detento permanecerá recolhido na Casa de Albergado durante o período noturno e durante finais de semana e feriados.

As Casas de Albergado deverão ter aposentos para acomodar os presos, além, de local adequado para cursos e palestras. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado (art. 95, *in fine*, da LEP).

Sanches (2015, p. 433) traz as possibilidades do cumprimento de pena no regime aberto, quando da falta de Casas do Albergado, e assim leciona:

A legislação prevê, ainda, duas outras possibilidades para o cumprimento do regime aberto: 1 a) na falta de Casa do Albergado, estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, do CP) ; 2a) conforme as condições pessoais do reeducando, prisão domiciliar (art. 117, LEP). A prisão domiciliar, portanto, é espécie do gênero regime aberto, cabível quando o condenado tem mais de 70 (setenta) anos, é portador de doença grave, tem filho deficiente físico ou mental que dele dependa efetivamente, ou se trate de reeducanda gestante. Identificadas as características de cada um dos regimes (fechado, semiaberto e aberto), é preciso analisar os critérios a serem observados pelo juiz sentenciante, lembrando, desde logo, que varia principalmente, de acordo com a espécie de pena privativa de liberdade prevista para a infração penal (reclusão, detenção ou prisão simples) .

Importante fazer algumas ressalvas sobre os regimes de penas para poder entender melhor como funciona a progressão de regime no Sistema Penal brasileiro. O juiz quando profere uma sentença condenatória de pena restritiva de liberdade, deverá se apoiar na Lei de Execução Penal para dar prosseguimento ao um justo cumprimento de pena ao condenado, conforme estabelece o princípio da dignidade humana e do devido processo legal.

2. Dos requisitos para a progressão

O art. 112 da Lei de Execução Penal trata da forma como será executada a progressão de regime de pena. O referido artigo menciona que o cumprimento da pena se dará de forma progressiva do regime mais rigoroso para o regime mais brando, porém, para que o mesmo tenha direito a tal progressão, o apenado deverá obedecer a alguns requisitos (objetivos e subjetivos). Senão vejamos:

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.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

O requisito objetivo será verificado de acordo com o tempo de cumprimento de pena no regime anterior, ou seja, cumprimento de 1/6 na generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou, 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou assemelhados. O requisito subjetivo refere-se ao mérito, ou seja, o condenado deverá ter bom comportamento carcerário para poder progredir de regime. Capez (2015, p. 385-388) assim leciona sobre os requisitos:

Os requisitos para a progressão são:

(1) *Objetivo*: consiste no tempo de cumprimento de pena no regime anterior (1/6 da pena). A cada nova progressão exige-se o requisito temporal. O novo cumprimento de 1/6 da pena, porém, refere-se ao restante da pena e não a pena inicialmente fixada na sentença".

(2) *Subjetivo*: na antiga redação do art. 112, *caput*, da LEP, para que o condenado obtivesse a progressão de regime, dois eram os requisitos subjetivos: (a) primeiro, era necessário que o *mérito* do condenado indicasse a progressão. Com as modificações operadas pela Lei n. 10.792/2003 ao art. 112 da LEP, a expressão genérica "mérito" do condenado foi substituída por "bom comportamento carcerário", assim atestado pelo diretor do estabelecimento. Bom comportamento significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem pessoal, tais como autodisciplina, senso de responsabilidade do sentenciado e esforço voluntário e responsável em participar do conjunto das atividades destinadas a sua harmônica integração social, avaliado de acordo com seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta carcerária.[...] 2. O Juízo da Execução Criminal pode indeferir a concessão do benefício quando as peculiaridades do caso assim indicarem. 3 (...) [...] Com isso, podemos concluir que, para se manifestar sobre a progressão de regime, o juiz da execução deverá, previamente (a) colher as manifestações do Ministério Público e da defesa, nos termos do art. 112, *caput*, da LEP, já com a atual redação; (b) colher a manifestação do Conselho Penitenciário, pois, se o § 2º do art. 112 exige para a progressão o mesmo procedimento do livramento condicional, e se o art. 131 da LEP exige prévio parecer do Conselho Penitenciário, para o livramento condicional, por consequência lógica, tal exigência se imporá também para a progressão de regime.

O juízo da Execução Criminal, ao verificar que não foram cumpridos os requisitos acima exposto, poderá indeferir o benefício. Ainda, de acordo com o art. 116 da LEP, "o juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem" (BRASIL, 1984).

Importante destacar que o juízo não se manifesta sozinho, sua decisão será sempre motivada e precedida de manifestação prévia do Parquet e da defesa quando do (in)deferimento do benefício (art. 112, §1º da LEP).

Não se pode deixar também de analisar o instituto da remição, pois, em razão da prestação de trabalho ou por estudo, o preso terá direito ao abatimento em sua pena, que será feita à razão de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias; e de um dia de pena para cada três dias de trabalho, influenciando assim na sua vida carcerária, pois o não cumprimento gera falta grave (art. 126 da LEP).

3. Da Progressão por salto

Ao fazer a análise dos regimes prisionais, observa-se que o regime adotado pelo Brasil é o sistema progressivo de cumprimento de pena, e, portanto, a progressão se dá do regime mais severo para o mais brando. A progressão por salto consiste na passagem direta do regime fechado para o aberto.

Observou-se também que, em determinadas situações, o juízo da Execução poderá deixar de aplicar o benefício da progressão, determinando a regressão de regime, que poderá se dar por salto (*per saltum*), do regime aberto diretamente para o regime fechado, uma vez que o apenado cometer falta grave, ou se sobreviver pena que agrave sua condição (art. 118 da LEP), portanto,

Sem embargo, determinados atos, fatos ou circunstâncias legalmente previstos, relacionados ao comportamento do apenado ou à prática de outro crime, podem conduzir o sentenciado à regressão do regime carcerário. Logo, um indivíduo, no regime aberto, pode regredir para o semiaberto e deste para o fechado. Perceba-se que, ao contrário da progressão, a regressão pode ser ordenada por salto, isto é, diretamente do regime aberto para o fechado. (AVENA, 2014, p. 119)

Advindo vários debates acerca da progressão de regime *per saltum* no nosso Sistema Prisional brasileiro, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula 491, com a seguinte redação: “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional (Precedentes: HC 191.223; HC 175.477;

HC 173.668; HC 153.478; HC 136.856)” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 491, 2012).

Assim, é vedado em nosso ordenamento jurídico o cumprimento de regime fechado e após, ir diretamente para o regime aberto, sem antes passar pelo regime semiaberto.

Contudo, há algumas exceções, que estão descritas no art. 117 da Lei de Execução Penal, em que o apenado, mesmo estando em regime de pena privativa de liberdade, poderá cumprir pena em residência particular, e assim dispõe:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

O art. 119 da LEP também traz outra hipótese em que “a legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (artigo 36, § 1º, do Código Penal)”.

Porém, quando o STJ posicionou sobre seu entendimento na Súmula 491, não explorou os elementos fundamentais da Constituição Federal do Brasil, tais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF) e o devido processo legal (art. 5, LIV da CF), e não se atentou para a precariedade do sistema prisional, na qual os prisioneiros acabam por cumprir a maior parte de sua pena no regime fechado, em razão de não ter vagas suficientes nas colônias penais agrícolas, industriais, e estabelecimentos afins – para o cumprimento da pena no regime semiaberto. Duque (2015, p. 20) debate a questão da aplicação da pena e o significado da dignidade da pessoa humana, em que o Estado deveria minimizar a intensidade de afetação do poder punitivo sobre o condenado, e diz que,

Tendo em vista que a dimensão do significado de dignidade da pessoa humana e humanidade das penas abrange a necessidade de se evitar ao máximo que os sujeitos de direito sejam afetados pela intervenção do poder punitivo, e que a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, orientada no sentido da erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais e que promova o bem de todos mostra-se incompatível com a habilitação desmesurada e irracional daquele poder, é possível concluir pela existência de um autêntico dever jurídico-constitucional das agências

jurídicas, em especial a judicial, no sentido de minimizar a intensidade de afetação do poder punitivo sobre o indivíduo sentenciado.

Trata-se, afinal, de um compromisso constitucional das tais agências, firmado em defesa da substancialidade dos direitos fundamentais do acusado. A intensificação do encarceramento opõe-se a liberdade, justiça e solidariedade sociais, contribui para a marginalização social, obsta a redução das desigualdades sociais e deixa de promover o bem de todos, ao olvidar o bem dos acusados. Diante dessas constatações, chega-se a conclusão de que a redução da magnitude aflitiva do indivíduo condenado foi, em suma, o sentido político-criminal traçado pelo constituinte originário.

Mesmo existindo a Súmula 491 do STJ, recentemente estamos percebendo que alguns juízes estão se posicionando de forma diversa, e aplicam o regime de prisão domiciliar até que sobrevenham vagas no regime semiaberto. Esse comportamento tem fundamento devido a ineficiência do Estado em garantir os requisitos estipulados na Lei de Execução Penal, que acaba por não conceder os benefícios dos presos, seja por falta de vagas, ou até mesmo pela falta de monitoramento dos processos. O TJ/PR entende que a não prestação do Estado aos presos em conceder a progressão do regime em tempo hábil constitui constrangimento ilegal, e em Agravo de Execução assim decidiu:

DECISÃO: ACORDAM os Senhores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. EMENTA: RECURSO DE AGRAVO - CONCESSÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME - PRESO EM REGIME FECHADO - COMARCA QUE NÃO DISPÕE DE UNIDADES PRISIONAIS DESTINADAS EXCLUSIVAMENTE AO CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO - APLICAÇÃO DO "REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO" - POSSIBILIDADE - INÉRCIA DO ESTADO POR AUSÊNCIA DE VAGAS QUE NÃO PODE SER PREJUDICIAL AO REEDUCANDO - ITEM 7.3.2 DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA - INTELIGÊNCIA DA PORTARIA Nº 04/2014 DO JUÍZO LOCAL - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO POR UNANIMIDADE. Constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve a progressão. Vale dizer, é flagrante a ilegalidade se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas no regime para o qual progrediu. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico. O que é inadmissível é impor ao apenado, progredido ao regime semiaberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado. (*precedentes*) (STJ - HC 295.619/SE)

(CURITIBA, Tribunal de Justiça do Paraná, Recurso de Agravo, 1329844-1, Relator: José Laurindo de Souza Netto, 2015).

Avena (2015, p. 245-246) infere que a execução penal rege-se pelo princípio da legalidade, e que o Estado não pode se omitir e deixar de aplicar os limites ditados pela sentença penal condenatória, e nem as prescrições estabelecidas em lei, e ainda, complementa, dizendo que essa atitude implicará desvio ou excesso de execução disciplinado no art. 185 da LEP, senão vejamos:

Muito embora o rol do art. 117 da LEP seja taxativo e não exemplificativo, enumerando rigorosamente as situações que admitem o deferimento da prisão domiciliar, a jurisprudência majoritária tem compreendido que, inexistindo vaga em estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto ou aberto, é legítima a prisão domiciliar do apenado, já que a este não se pode impor o cumprimento de pena em local mais severo que o determinado na decisão executória. Como já dissemos, não concordamos com essa solução, inclusive porque serve de estímulo ao Poder Executivo no sentido de prosseguir com sua histórica omissão na geração de vagas no sistema prisional. Ademais, não se pode esquecer que a execução penal rege-se pelo **princípio da legalidade**, exigindo-se, no seu curso, a estrita observância dos limites ditados pela sentença penal condenatória bem como das prescrições estabelecidas em lei. Este, aliás, é o comando do art. 1º da LEP ao dizer que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal (...)” e do art. 3º do mesmo diploma ao estabelecer que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Logo, nos precisos termos do art. 185 da LEP, implicará **desvio ou excesso** de execução a decisão do juiz que, em dado momento, ultrapassar referidos limites e, com isto, afetar a regularidade do processo executivo. (Avena, 2015, p. 245-246)

Capez (2015, p. 398-399), em contraposição, assim leciona sobre o assunto:

a alegação de falta de instituição para cumprimento da pena no regime semiaberto não autoriza ao magistrado a oportunidade de conceder regime aberto ou prisão albergue domiciliar ao sentenciado que se encontra cumprindo pena em regime fechado. A evolução do regime prisional fechado há que ser, obrigatoriamente, para o regime semiaberto, conforme gradação estabelecida no art. 33, § 1, do Código Penal. Porém, o STJ já vem admitindo decisões em sentido contrário, entendendo ser problema atribuível ao Estado, não podendo o condenado responder pela ineficiência do Poder Público.

As regras estabelecidas na Lei 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) não têm sido corretamente aplicadas no caso concreto devido às condições estruturais e

precárias do sistema carcerário, que não torna fiel e justa a execução do cumprimento da pena aplicada ao apenado. O réu, muitas vezes, se encontra em posição desfavorável perante a sociedade, e não recebe a devida assistência legal do Estado.

Ainda, o art. 10 da Lei de Execução Penal estabelece que o Estado detém o dever de prestar assistência ao preso; entretanto, ocorre que o Judiciário se encontra sobrecarregado e não consegue atender a demanda com relação ao controle de todos os processos que se encontram em fase de execução.

Percebe-se ainda que os condenados, principalmente aqueles que necessitam de assistência jurídica pública, têm seus direitos de progressão de regime negados, sob o argumento de que deve ser obedecida a lei. A verdade é que muitos apenados cumprem além do necessário estipulado na condenação por culpa da omissão estatal, além do argumento da falta de vagas no regime semiaberto.

No entanto, o julgador ao aplicar a pena para a escolha do regime inicial, acredita ser o suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mas, deixar com que

a escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá ser uma conjugação da quantidade de pena aplicada ao sentenciado com a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, principalmente no que diz respeito à última parte do referido artigo, que determina que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (GRECO, 2015, p. 547)

A prevenção do crime se dá com resultados eficazes, com políticas governamentais de ressocialização dos presos, para que os mesmos venham a se redimir com a sociedade e não venha a cometer mais crimes. Omitir direito garantido legalmente só leva a mais revolta e descrença na prestação estatal. Marcão (2015, p. 93) ainda complementa:

O problema é que no Brasil alguns princípios constitucionais são diuturnamente desprestigiados e a LEP não é cumprida, e isso fulmina o sistema progressivo ideal, pois, conforme já dissemos, não há vagas nos regimes fechado e semiaberto e, em regra, não há sequer estabelecimento para cumprimento de pena no regime aberto.

Alguns doutrinadores discordam da aplicação do regime por salto, e ressaltam que o legislador deve sempre obedecer ao regime legal, sem analisar qualquer outro princípio fundamental imposta pela constituição e até mesmo os princípios penais. Greco (2015, p. 562) leciona que:

Ressalte-se que a progressão também não poderá ser realizada por "saltos", ou seja, deverá sempre obedecer ao regime legal imediatamente seguinte ao qual o condenado vem cumprindo sua pena. Assim, não há possibilidade de, por exemplo, progredir diretamente do regime fechado para o regime aberto, deixando de lado o regime semiaberto.

Por outro lado, outros doutrinadores defendem a tese de que o Estado deve sim obedecer aos preceitos legais, porém, quando não o cumpre, deverá reagir de forma a beneficiar os apenados, pois eles têm o direito público subjetivo de cumprir sua pena nos termos em que lhe foi concedida na decisão condenatória, e Bitencourt (2012, p. 1361) assim debate:

Não admitimos em hipótese alguma que o condenado possa cumprir pena em regime mais grave que o determinado na decisão condenatória, ao contrário de afirmação em sentido diverso. Não se pode esquecer de que o tempo na prisão arrasta-se letargicamente num clima de angústia, insegurança e ansiedade, gravando inclusive a saúde mental do recluso. O condenado tem o direito público subjetivo de cumprir sua pena nos termos em que lhe foi concedido na decisão condenatória, sendo inadmissível que as deficiências por culpa do Estado recaia sempre sobre os ombros do condenado.

Em Agravo de Execução Penal EP 13097399, do TJ/PR, o representante do Ministério Público, inconformado com decisão proferida pelo juízo da execução, atacou a decisão através do presente Agravo, e informou que a decisão nada mais é do que uma hipótese de prisão domiciliar atípica, isto é, fora dos casos taxativamente previstos no art. 117 da Lei de Execuções Penais, e assim argumentou:

Portanto, a permissão para que o agravado passe a cumprir a pena em prisão domiciliar é contrária ao ordenamento, principalmente pela incompatibilidade com o sistema prisional semiaberto, pois apenas se aplica o benefício no regime aberto. Segue afirmando que a decisão guerreada representa verdadeira progressão de regime *per saltum*, não admitida pelos Tribunais Superiores, posto que desprestigia o regime intermediário, qual seja,

o semiaberto e que tal decisão, ao desconsiderar o regime semiaberto, acaba por violar o sistema progressivo de cumprimento de pena, expressamente consagrado na Lei de Execução Penal, em manifesto desvio da execução, conforme previsto no art. 185 da LEP. Ainda, entende que não é admissível a progressão *per saltum* de regime prisional, nos termos da Súmula 491, do STJ.

Embora o Ministério público entenda que não pode haver saltos na progressão de regime, mesmo reconhecendo a falta de vagas em regime prisional no semiaberto, o STJ, em Habeas Corpus de nº 123468, decidiu com base no constrangimento ilegal sofrido pelo apenado, e dispõe que:

Assim, impossível manter o condenado no regime mais gravoso, quando faz jus a progressão e, por uma falha do Estado, não existe vaga disponível para cumprimento da pena, pois constitui constrangimento ilegal submeter o apenado a regime mais rigoroso do que aquele para o qual obteve a progressão. Vale dizer, é flagrante a ilegalidade se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas do que aquelas estabelecidas no regime para o qual progrediu. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter os detentos em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, in casu, o domiciliar. “O que é inadmissível é impor ao apenado, progredido ao regime aberto, o cumprimento da pena em regime fechado, por falta de vagas em estabelecimento adequado”. (STJ. HC 123468)

Ainda, no Agravo de Execução de Penal EP 13097399, do TJ/PR, a juíza da execução fundamentou sua decisão da seguinte forma:

A Juíza responsável pela Execução Penal ponderou que, como a Comarca de Foz do Iguaçu não conta com unidades prisionais destinadas exclusivamente ao cumprimento de pena em regime semiaberto, deve se aplicar a Portaria nº 4/2013, com fulcro nos **princípios da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena**, bem como do disposto nos artigos 195 e 196, seguindo orientação jurisprudencial majoritária do TJPR e STJ, estabelecendo o benefício de cumprimento de pena em "regime aberto provisório e excepcional", enquanto o Poder Executivo do Estado do Paraná não implementa ações concretas visando o cumprimento das determinações legais da LEP no sistema carcerário. (grifo nosso)

Importante destacar que a juíza embasou sua decisão com fulcro no princípio da dignidade humana e na individualização da pena devido a omissão do Estado, na falta de estabelecimentos de regimes semiaberto. E são várias outras decisões com o mesmo argumento, de que gera um constrangimento ilegal deixar

com que o preso cumpra sua pena em regime mais grave quando já se tem o direito a progressão.

Embora a maioria das decisões foquem apenas na falta de vagas, o que não se percebe é que muitos presos tem o direito a progressão de regime e têm esse direito negado, seja pela falta de assistência judiciária, seja pela falta de competência do poder estatal de administrar melhor o Judiciário.

Não se pode deixar o cidadão cumprir além do necessário da sua condenação, e se ele tem o direito à progressão, que seja cumprida a lei. Correta a decisão em que magistrados atribuem a progressão de regime *per saltum* quando a lei não é efetivamente cumprida. O Estado deve se organizar melhor, criar mecanismos de obter um modelo exemplar para que os condenados possam voltar a conviver na sociedade, mas com ideais e incentivos dignos. A omissão só leva ao desrespeito aos seres humanos que ali cumprem sua pena, sem qualquer prestação jurisdicional favorável.

Considerações Finais

Ao final deste trabalho, é possível determinar, que, embora haja a Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça, alguns juízes de execução penal aplicam a progressão de regime por salto.

Diante o exposto, a Lei 7.210/84 disciplina sobre os regimes adotados no sistema penal brasileiro, quais sejam, os regimes fechado, semiaberto e regime aberto. Percebe-se também que o direito penal brasileiro adota o regime progressivo de pena, em que o condenado cumpre a pena em regime de pena privativa de liberdade, e ao cumprir determinados requisitos (objetivos e subjetivos), poderá ter o direito à progressão de regime.

O art. 33, em seu § 1º, do Código Penal estabelece a diferenciação dos regimes prisionais, onde a execução da pena no regime fechado será nas penitenciárias; o regime semiaberto a execução da pena será em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e o regime aberto a execução da pena se efetivará em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A progressão de regime se concretiza quando o apenado cumpre 1/6 de sua pena (ou 2/5, se primário, ou, 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondos ou equiparados), passando do regime fechado (mais rigoroso), para um

regime intermediário (semiaberto), e após, o restante da pena em regime mais brando (aberto). Mas, não basta apenas o lapso temporal, o condenado deverá ter bom comportamento carcerário, além de poder trabalhar e estudar para obter abatimento em sua pena, sob pena de falta grave.

Porém, se discute na doutrina e jurisprudências a utilização da progressão de regime por saltos (*per saltum*), em que, o apenado poderá progredir do regime fechado diretamente para o regime aberto, sem passar pelo regime semiaberto. O STJ editou a Súmula 491 com o intuito de acabar com esse debate, mas, alguns juízes de execução têm admitido a progressão com argumentos bem relevantes, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, e ainda, considerando se tratar de constrangimento ilegal.

O problema não reside apenas na falta de vagas no regime semiaberto, o que se pretende com a utilização da progressão de regime por salto é que o condenado possa ter seus direitos garantidos, devido à ineficiência do judiciário que negam seus direitos e os deixam permanecer no regime mais rigoroso sob o pretexto de estarem cumprindo a lei.

Por fim, conclui-se que o Estado é omissor quando não fornece políticas eficientes para dar oportunidade aos detentos de cumprir de forma digna sua pena, para que ele possa se inserir novamente na sociedade. A omissão só leva ao desrespeito aos seres humanos que ali cumprem sua pena, sem qualquer prestação jurisdicional favorável.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. *Execução Penal Esquematizado*. São Paulo: Método, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte geral*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. (1940). *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. (1969). *Lei 7.210/84, de 11 de julho de 1984*. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 21 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Execução de Penal EP 13097399. Quinta Turma C. Criminal. Relator: José Laurindo de Souza Netto. Foz do Iguaçu, Agravo de Execução de Pena de 13 ago. 2015. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/247112791/agravo-de-execucao-penal-ep-13097399-pr-1309739-9-acordao>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Agravo *1329844-1*. Quinta Turma C. Criminal. Relator: José Laurindo de Souza Netto. Curitiba, Recurso de Agravo de 09 abr. 2015. *Superior Tribunal de Justiça do Paraná*. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185380354/agravo-de-execucao-penal-ep-13298441-pr-1329844-1-acordao>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUQUE, Rodrigo. *Aplicação da pena*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. v. I. 17 ed. Niterói: Impetus, 2015.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANCHES, Rogério. *Manual de Direto Penal: Parte Geral*. Bahia: JusPodivm, 2015.