

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TECNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

**A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME QUANDO O
PRESO SE ENCONTRA NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

JARDIELLY SYNARA DE OLIVEIRA SILVA

CARUARU

2015

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TECNICO
FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO**

**A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME QUANDO O
PRESO SE ENCONTRA NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO**

JARDIELLY SYNARA DE OLIVEIRA SILVA

**Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado
à FACULDADE ASCES, como requisito parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito,
sob orientação do Professor Gleydson Gleber
de Lima Pinheiro.**

CARUARU

2015

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em ____/____/_____.

Presidente: Prof. Gleydson Gleber de Lima Pinheiro

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho à minha tia Helena, que sempre cuidou de mim como uma mãe e tanto ajudou em minha trajetória acadêmica, me incentivando a estudar e dar sempre o melhor de mim, mostrando que na vida só vence quem se esforça. Tia, obrigada por tudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque tudo o que tenho e o que sou é graças a Ele.

A minha mãe Neves e ao meu pai Jardiel, por todo o amor e carinho que dedicaram a mim, por todos os ensinamentos sabiamente transmitidos, por todo os esforços que garantiram a minha educação e por serem meu porto seguro e fonte de inspiração. Amo muito vocês.

A meu namorado, Jonas Diogo, por ser meu maior incentivador, por me motivar a estudar mais do que ninguém, por acreditar em meu potencial quando eu mesma não acredito, por toda a ajuda que me deu em minha trajetória acadêmica, por toda a paciência e o amor que dedica a mim.

A minha irmã Jardiany e a minha prima/irmã Laura, por toda a confiança em mim depositada e todos os momentos de descontração, fazendo-me sorrir nos momentos mais improváveis, bem como a todos os meus amigos por proporcionarem os momentos mais felizes.

Aos meus avós, incluindo meu lindo avô Alfredo que agora repousa em Deus, por todos os ensinamentos e todo o amor que só os avós sabem transmitir.

A todos os meus familiares, pelo amor que só a família pode nos dar, em especial ao meu tio Gilmar, por ser um exemplo de que as nossas limitações não são empecilho para aqueles que querem vencer.

Ao meu orientador Gleydson Lima, pela confiança que em mim depositou e todo o auxílio que me deu no desenvolvimento do presente trabalho, bem como aos demais professores que tanto contribuíram para minha formação como futura jurista e como ser humano.

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de analisar os institutos do regime disciplinar diferenciado e da progressão de regime aplicados no sistema normativo brasileiro e se há compatibilidade entre eles, utilizando para tanto a legislação, a doutrina e a jurisprudência pertinentes ao tema, de modo a verificar se um cidadão preso que está submetido ao regime disciplinar diferenciado terá direito a progredir para regime prisional mais brando e, caso tenha, quais os requisitos que permitirão essa progressão. Para tanto, será apresentado um estudo acerca do princípio da proporcionalidade em sua dupla face como forma de viabilizar ao juiz competente a devida análise do caso em concreto, de forma a formar seu convencimento quanto a melhor solução a ser aplicada, tendo em vista que o Poder Legislativo não editou norma específica relativa ao caso. Assim, a decisão sobre a progressão do detento quanto este se encontra em regime disciplinar diferenciado atualmente fica totalmente a critério do juízo competente para julgar, de modo que se este não analisar cuidadosamente o caso em concreto, poderá cometer excessos ao não permitir que um preso que atenda aos requisitos necessários progrida de regime, bem como pode ferir a proibição de proteção deficiente, se determinar que um detendo que não demonstra condições de viver com coletividade progrida de regime, voltando assim ao convívio social, podendo causar insurreições na unidade prisional ou gerar riscos a sociedade em geral, caso seja ele integrante de organização criminosa.

Palavras-chaves: Regime disciplinar diferenciado, progressão de regime, princípio da proporcionalidade, proibição de excesso, proibição de proteção deficiente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1: O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	10
1.1 Origem do regime disciplinar diferenciado no Brasil	10
1.2 Conceito e características do regime disciplinar diferenciado.....	11
1.3 Requisitos para a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado.	15
1.4 Breves comentários acerca do posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileira a respeito do regime disciplinar diferenciado.....	18
CAPÍTULO 2: O INSTITUTO DA PROGRESSÃO DE REGIME	24
2.1 Evolução dos sistemas penitenciários: breve análise acerca dos sistemas pensilvânico, auburniano, progressivo e de Montesinos.....	24
2.2 Requisitos para a progressão de regime no ordenamento jurídico brasileiro. .	29
2.3 Progressão de regime nos crimes contra a administração pública: Controvérsias acerca da constitucionalidade do § 4º do art. 33 do Código Penal .	33
2.4 Progressão <i>per saltum</i> : previsão legal, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.	36
CAPÍTULO 3: A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME QUANDO O PRESO SE ENCONTRA NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO	40
3.1 Considerações acerca do princípio da proporcionalidade e sua dupla face: proibição de excesso e proibição da proteção deficiente.....	41
3.2 A possibilidade de progressão de regime quando o preso se encontra em regime disciplinar diferenciado.....	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar a possibilidade de um detento que está submetido ao regime disciplinar diferenciado progredir para regime mais brando, seja ele provisório ou condenado.

O regime disciplinar diferenciado (RDD) surgiu como uma tentativa do Estado de controlar as atuações crime organizado, tendo em vista que mesmo estando presos, os líderes das maiores organizações criminosas do país continuam comandando o crime de dentro das unidades prisionais, causando motins e rebeliões dentro dos presídios sempre que algum dos seus líderes é transferido de estabelecimento, abalando desta forma a ordem e segurança de toda a sociedade, que fica apreensiva sempre que ocorre uma nova insurreição, haja vista o medo generalizado que essa situação causa. Contudo, a severidade desse regime o torna extremamente polêmico, chegando a doutrina a afirmar que ele é inconstitucional devido ao fato de que, supostamente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

Já o instituto da progressão de regime é fruto da evolução do sistema penitenciário. Essa evolução ocorreu principalmente na Europa e nos Estados Unidos da América devido aos ideais iluministas que abominavam a forma como os cidadãos presos eram tratados nesses países, fruto dos regimes tirânicos que imperavam entre os séculos XVII e XVIII. Contudo, apesar da significativa transformação por qual esse instituto passou, atualmente em vários países, incluindo o Brasil, os cidadãos presos ainda são tratados de maneira degradante, os presídios servem como verdadeiros depósitos de pessoas, onde não há as mínimas condições de higiene, fatos que impedem de maneira efetiva a recuperação do detento, de modo que possa voltar a viver de maneira digna em sociedade.

Contudo, conforme será explanado no presente trabalho, os institutos do regime disciplinar diferenciado e da progressão de regime são compatíveis? Um preso que está no RDD poderá ter direito à progressão de regime?

Desta forma, o primeiro capítulo traz em seu bojo uma análise acerca do regime disciplinar diferenciado, sua origem conturbada incluindo o complexo trâmite legislativo pelo qual passou até entrar em vigor, as regras do regime e os requisitos

para a inclusão de um preso neste, além da discussão acerca de sua constitucionalidade.

O segundo capítulo se dedica ao estudo da progressão de regime, sua evolução histórica destacando-se os principais sistemas penitenciários utilizados ao longo dos últimos 04 (quatro) séculos, os atuais requisitos para que um preso possa ser transferido para regime mais brando no Brasil, o tratamento diferenciado que o legislador destinou aos presos que cometem crimes hediondos ou equiparados ou ainda crimes contra a administração pública, incluindo-se as divergências em relação à constitucionalidade deste último e por fim, a possibilidade jurídica da chamada progressão *per saltum* no sistema normativo brasileiro.

Por fim, o terceiro capítulo traz uma análise acerca da possibilidade de um cidadão preso que se encontra em regime disciplinar diferenciado (devido a sua periculosidade) ter direito à progressão de regime, tendo em vista que esta progressão garante ao preso cumprir parte de sua pena em regime mais brando, onde há uma maior liberdade e, conseqüentemente, maior chance de um detento de alta periculosidade colocar em risco a ordem e segurança interna do estabelecimento prisional, bem como ameaçar a segurança da sociedade. Para tanto, é feito um estudo acerca do princípio da proporcionalidade em sua dupla face como meio de solucionar o conflito existente entre o direito do preso de progredir de regime e o dever do Estado de manter a ordem dos estabelecimentos prisionais e a segurança pública da sociedade.

CAPÍTULO 1: O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

1.1 Origem do regime disciplinar diferenciado no Brasil

É cediço a dificuldade existente em nosso país para que se possa manter níveis toleráveis de controle sobre as ações do crime organizado, haja vista a “profissionalização” hodiernamente existente nas mais bem alicerçadas organizações criminosas com atuação em nosso país.

Neste ínterim, nas últimas décadas verifica-se que houve um crescimento exorbitante na organização e estruturação física e material das facções criminosas, cujo ápice ocorreu nos grandes e médios presídios de São Paulo no início do século XXI. Todavia, esse crescimento e organização das facções criminosas não se restringiu apenas ao Estado de São Paulo, mas em pouco tempo se tornou um dos mais graves problemas nacionais.

No mês de fevereiro do ano de 2001, eclodiu no Estado de São Paulo uma megarrebelião, que abrangeu cerca de 29 (vinte e nove) presídios daquele Estado, sendo considerada na época a maior rebelião da história do Brasil. Essa rebelião, coordenada pela facção criminosa autodenominada de Primeiro Comando da Capital (PCC), teve por motivo a transferência de alguns dos seus líderes para o Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, considerada na época uma espécie de prisão de segurança máxima.

Como resposta à essa rebelião, a Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo, através da Resolução nº 26 de maio de 2001, criou o chamado Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que tinha como objetivo afastar os líderes das facções criminosas do convívio com os demais presos que eram usados como massa de manobra em suas rebeldias, sendo, inclusive, obrigados a efetuarem rebeliões, motins e greves de fome.

Entretanto, não tardou para que fossem levantadas críticas quanto à constitucionalidade da citada Resolução. Dentre as censuras explicitadas, destacou-se a que afirmava que a Resolução nº 26 violava cabalmente a Constituição, haja vista que sua matéria deveria ser tratada exclusivamente por via de Lei Ordinária.

Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou por sua constitucionalidade, utilizando-se para tal pronunciamento do argumento segundo o qual os Estados-Membros podem legislar no que cerne ao Direito Penitenciário¹.

Ademais, ainda no supracitado ano, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso enviou o Projeto de Lei nº 5.073/2001 ao Congresso Nacional, o qual objetivava alterar a Lei de Execução Penal (LEP)² para incluir no cenário nacional o Regime Disciplinar Diferenciado. Cumpre ressaltar que tal proposição advinda do Executivo Federal enfrentou um trâmite extremamente complexo, passando por várias alterações até que se chegasse a sua redação final.

Não obstante isso, em meados do mês de março do ano 2003, os assassinatos dos Juízes Antônio José Machado Dias, em São Paulo, e Alexandre Martins de Castro Filho, no Espírito Santo, ambos titulares de Varas de Execução Penal, fizeram com que o Projeto de Lei nº 5.073/2001 voltasse a ganhar destaque no Congresso Nacional e, desta forma, após 02 (dois) anos de trâmite, a proposição foi aprovada na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, sendo modificada até atingir seu texto definitivo.

Apesar do Projeto de Lei nº 5.073/2001 ter sofrido fortes críticas de juristas especializados na área, bem como ter sofrido severas oposições por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no dia 1º de dezembro de 2003, foi convertido na Lei 10.792/2003, que alterou diversos dispositivos da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) e do Código de Processo Penal, instituindo, desta forma, o regime disciplinar diferenciado no sistema normativo brasileiro³.

1.2 Conceito e características do regime disciplinar diferenciado.

¹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora.** Disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>, acessado em 16/09/2014.

² BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

³ MARCÃO, Renato, **Curso de Execução Penal**, 10ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis nº 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remissão de pena). São Paulo: Saraiva. 2012, p. 80, 81.

O Regime Disciplinar Diferenciado é uma modalidade de sanção disciplinar criada diante da necessidade de garantir uma maior segurança dentro dos estabelecimentos prisionais, bem como um modo de defender a ordem pública, na tentativa de minimizar as ações dos criminosos que, por serem integrantes ou até mesmo líderes de facções criminosas, são os responsáveis pelas constantes ocorrências de fugas e rebeliões ou permanecem, mesmo encarcerados, no comando ou participando de facções ou organizações criminosas atuantes no interior do sistema prisional e no meio social.

Outrossim, vale ressaltar que o RDD não é uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena além dos já existentes (aberto, semiaberto e fechado), tratando-se de uma subdivisão do regime fechado, mais rigoroso e exigente, que deve ser aplicado em caso estritamente restritos previstos em lei. Corroborando o exposto alhures, notam-se as conclusões de Julio Fabbrini Mirabete:

[...] não constitui um regime de cumprimento de pena em acréscimo aos regimes fechado, semi-aberto e aberto, nem uma nova modalidade de prisão provisória, mas sim um regime de disciplina carcerária especial, caracterizado por maior grau de isolamento do preso e de restrições ao contato com o mundo exterior, a ser aplicado como sanção disciplinar ou como medida de caráter cautelar, tanto ao condenado como ao preso provisório, nas hipóteses previstas em lei⁴.

Este regime, que é válido para condenados ou presos provisórios, tem as seguintes características: a) duração máxima de 360 (trezentos e sessenta) dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de 1/6 (um sexto) da pena aplicada; b) recolhimento em cela individual; c) visitas semanais de 02 (duas) pessoas, não inclusas as crianças, com duração de 02 (duas) horas; d) o preso terá direito à saída da cela por 02 (duas) horas diárias para banho de sol, conforme estabelecido nos incisos do artigo 52 da LEP⁵.

Para melhor explanar o tema, mister se faz esclarecer cada uma dessas características de maneira individualizada.

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. Editora Atlas. 11ª Edição 2004, página 149.

⁵ BRASIL, Lei 7.210 de 11 julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

Como visto acima, o legislador estabeleceu um limite de 360 (trezentos e sessenta) dias para a permanência do preso no Regime Disciplinar Diferenciado. Entretanto, em praticando nova falta grave de mesma espécie, existe a possibilidade de repetição da sanção, desde que não ultrapasse 1/6 (um sexto) da pena aplicada.

Desta feita, segundo o entendimento de parte da doutrina, nota-se que tal restrição na repetição da sanção vai de encontro com a finalidade do RDD, que é justamente garantir a segurança pública e a ordem dentro dos estabelecimentos penais e no seio social, uma vez que não se pode mensurar com acerto qual será o tempo preciso para que o preso submetido a este regime demonstre menor periculosidade, de modo que viabilize o seu retorno ao regime comum. Destarte, observe-se a elucidativas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

Em primeiro lugar, deve-se criticar a fixação de um máximo a ser cumprido no RDD, pois se a finalidade é garantir a segurança pública e dos estabelecimentos penais não se pode mensurar, exatamente, qual será o tempo necessário para que o preso demonstre menor periculosidade, de modo a ser transferido ao regime fechado comum. Pensamos que o prazo indeterminado é a melhor solução, sempre sob o crivo prudente do juiz da execução penal. [...] Para que tal medida renovatória se dê é preciso que o condenado torne a cometer falta grave da mesma espécie, vale dizer, deve voltar a praticar ato previsto como crime doloso. Os demais presos, ainda que envolvidos em organizações criminosas ou que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do presídio e da sociedade (§§ 1º e 2º do art. 52) não estão abrangidos pela repetição. Essas hipóteses não estão definidas como faltas graves no caput do art. 52. Eis o contrassenso. A lei foi editada justamente para atingir os líderes do crime organizado, mas eles somente podem ser inseridos no RDD uma vez, até o máximo de 360 dias, salvo se cometerem outra falta grave, o que é raro de ocorrer. Os chefes do crime organizado mandam fazer, lideram apenas, mas não “sujam” as mãos, de forma que seus prontuários podem ser exemplares em matéria de bom comportamento. O Estado permanece parcialmente impotente diante do crime organizado infiltrado no sistema penitenciário⁶.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 500.

No presente modo, dispõe o *caput* do artigo 88 da Lei de Execução Penal⁷ que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. A partir da breve leitura deste dispositivo, é notório o quanto a realidade se afastou da lei. Infelizmente, o que de fato observamos no sistema carcerário utilizado em nosso país é um cenário caracterizado por celas superlotadas, as quais não oferecem as mínimas condições de higiene e conforto aos detentos, de forma a respeitar infimamente o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Conseqüentemente, tal sistema não atende às Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos⁸, que dispõe, entre outras coisas, que “as celas ou locais destinados ao descanso notório não devem ser ocupados por mais de um recluso”, bem como “a administração deve fornecer a cada recluso, há horas determinadas, alimentação de valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física, de qualidade e bem preparada e servida”

Portanto, o legislador necessitou mais uma vez recorrer-se do entendimento óbvio ao estabelecer que o preso submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado deve recolher-se em cela individual. De modo diverso não poderia ser, tendo em vista a necessidade de isolar o detendo que pratica fato capaz de subverter a ordem do presídio, que apresente risco para a ordem e a segurança do estabelecimento prisional ou da sociedade, bem como aquele que é líder ou integrante de facção criminosa.

Não obstante, como o Estado tem primordial interesse no isolamento desses presos, acaba fornecendo recursos para a construção de penitenciárias onde seja viável a aplicação do RDD em cela individuais. Do contrário, seria o auge da falta de prestígio estatal se no Regime Disciplinar Diferenciado ocorresse similar desordem de convivência caótica entre presos, muitos deles superlotando celas que foram projetadas para conter um número muito menor de detentos.

⁷ BRASIL, Lei 7.210 de 11 julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸ **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos**, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>, acessado em 08/01/2014.

No que tange à regulamentação de visitas, o RDD impõe um sistema rigoroso, permitindo apenas que 02 (duas) pessoas, por um período de 02 (duas) horas semanais, possam visitar o detento, mesmo assim tomadas as providências necessárias para que não tenham contato pessoal, o que se dá através de sala própria e adequada. Tendo em vista a natureza do próprio regime, as visitas íntimas não são permitidas, de modo a se evitar a transmissão de informações entre os líderes e integrante de facções criminosas e seus comandados, que muitas vezes estão fora dos estabelecimentos prisionais.

O preso que está cumprindo a mencionada sanção disciplinar tem direito a saída da cela para banho de sol, por 02 (duas) horas diárias, devendo permanecer as outras 22 (vinte e duas) horas restantes do dia recolhido em cela individual. Não há previsão na Lei de Execução Penal⁹ a respeito do trabalho quando o detendo se encontra no Regime Disciplinar Diferenciado. Entretanto, dispõe o Decreto 6.049/2007¹⁰ em seu artigo 98, §2º que o trabalho no caso dos presos que se encontram “em regime disciplinar diferenciado terá caráter remuneratório e laborterápico, sendo desenvolvido na própria cela ou em local adequado, desde que que não haja contato com outros presos”.

Portanto, se o Estado oferecer as condições necessárias, o detento poderá trabalhar dentro de sua cela, já que dirigir-se a outro “local adequado” vai de encontro às disposições inseridas na Lei de Execução Penal.

1.3 Requisitos para a inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado.

Ao analisar o *caput* do artigo 52 da Lei de Execução Penal¹¹ (inserido pela Lei 10.792/2003¹²) e seus parágrafos, verifica-se que são 03 (três) as hipóteses para a

⁹ BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁰ BRASIL, Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007 – **Regulamento Penitenciário Federal**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6049.htm, acessado em 17/09/2014.

¹¹ BRASIL, Lei 7.210 de 11 julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

¹² BRASIL, Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, **que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal e dá outras providências**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm#art52, acessado em 17/09/2014.

inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado: a) quando o preso, provisório ou condenado, pratica fato previsto como crime doloso capaz de conturbar a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontre; b) quando o preso, provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando sob o preso provisório ou condenado recaírem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

No que tange a primeira hipótese, prevista no *caput* do artigo supramencionado, é preciso que o preso pratique *fato* previsto como crime doloso considerado falta grave, que ocasione subversão da ordem ou disciplina internas do presídio. Não basta, portanto, a mera prática de fato previsto como crime doloso para a inclusão do detento no RDD, é imprescindível que tal fato ocasione insurreição na ordem e disciplina do estabelecimento prisional. Ademais, destaca Guilherme de Souza Nucci¹³ que a lei previu a mera prática de *fato* tido como crime doloso, e não *crime*, uma vez que se assim fosse, seria necessário aguardar o julgamento definitivo pelo Poder Judiciário, em virtude do princípio da presunção de inocência, o que tornaria inviável a aplicação deste regime, haja vista a necessidade de rapidez e segurança para o emprego do mesmo, em especial pelos graves danos ao sistema prisional, bem como a sociedade que podem advir da sua tardia aplicação.

Em relação à segunda hipótese inclusão do preso no Regime Disciplinar Diferenciado, prevista no §1º do artigo 52 da LEP¹⁴, ao contrário do disposto no *caput* do mesmo artigo, não é necessária a prática de fato previsto como crime doloso para inserção do reeducando no regime diferenciado, bastando que o detento, provisório ou condenado, nacional ou estrangeiro, apresente *alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*.

Esse dispositivo é alvo de severas críticas oriundas da doutrina especializada, tendo que vista que a lei não definiu de forma estrita o conceito de preso que *represente alto risco para a ordem no presídio e segurança pública da sociedade*. Mais

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal** – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. 2. Tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 1020.

¹⁴ BRASIL, Lei 7.210 de 11 julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

uma vez, mister se faz a sensibilidade do julgador ao impor esta sanção tão severa ao condenado com base neste dispositivo.

Por fim, o §2º do citado artigo versa sobre a terceira hipótese para a inserção de um detento no regime, dispondo que o preso, provisório ou condenado, sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer custo, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado¹⁵.

Sendo assim, é possível afirmar que a verdadeira razão de existir do RDD foi inserida nesta hipótese, uma vez que esse regime foi criado principalmente na tentativa de neutralizar os líderes e integrantes de organizações criminosas, dentre as quais se destaca o Primeiro Comando da Capital (PCC), que demonstraram ter controle sobre vários presídios brasileiros, tomando-se como exemplo a rebelião simultânea de 29 (vinte e nove) presídios no Estado de São Paulo no ano de 2001, como já mencionado alhures.

Entretanto, vale frisar que, mais uma vez, o legislador pátrio deixou essa hipótese de cabimento de forma completamente indefinida, tendo em vista que, da redação deste parágrafo, é possível extrair que qualquer criminoso sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento em uma quadrilha, mesmo que atue apenas em âmbito local e não represente grande periculosidade, poderia ser inserido no Regime Disciplinar Diferenciado. Essas fundadas suspeitas podem ter sido objeto de apuração da própria administração do presídio, mediante sindicância interna, ou mesmo com base em inquérito policial ou processo já instaurado, sem que seja necessário o trânsito em julgado da decisão condenatória neste último caso¹⁶.

Desta feita, é mister ressaltar que, mais uma vez, cabe aos aplicadores do direito ter a sensibilidade de apenas infringir este mal àqueles criminosos cuja participação em organizações criminosas que apresentem grande periculosidade esteja deliberadamente fundamentada, sendo aconselhável aliar as hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 52 da citada Lei para a inclusão do preso no RDD.

¹⁵ BRASIL, Lei 7.210 de 11 julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, art. 52, §2º.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pág. 502.

1.4 Breves comentários acerca do posicionamento da doutrina e da jurisprudência brasileira a respeito do regime disciplinar diferenciado.

Longe de ser um tema pacífico, o Regime Disciplinar Diferenciado, desde seu nascedouro, vem sendo alvo de duras críticas, fundadas na severidade desta sanção. A doutrina atualmente se divide no tocante à possível inconstitucionalidade do RDD.

Àqueles que criticam esta sanção¹⁷, alegam, em suma, que o Regime Disciplinar Diferenciado da maneira que se encontra vigente hoje, contraria diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988¹⁸, principalmente no que tange aos princípios da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), este último abarcando os direitos de que o preso não seja submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, XLIX) e a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, CF/88). Isto porque o preso é mantido isolado em sua cela individual por 22 (vinte e duas) horas diárias, não podendo, assim, manter contato com outros presos, na tentativa de evitar que os líderes de organizações criminosas enviem mensagens aos seus comandados no sentido de perturbar a ordem interna do estabelecimento prisional ou continuar a comandar tais facções em ações executadas fora da unidade prisional.

Ademais, os críticos deste regime alegam que tal isolamento acaba afetando o preso de maneira psicológica, influenciando inclusive para a não recuperação deste, que pode chegar a desenvolver transtornos mentais devido ao isolamento, como assevera Roberto Delmato no seguinte trecho de uma de suas obras:

Ora, manter alguém em solitária por 360 ou 720 dias, ou por até um sexto da pena – o que, na hipótese de um homicídio qualificado apenado com pena

¹⁷ Como exemplo: DELMATO, Roberto, **Regime Disciplinar Diferenciado ou Pena Cruel?** Boletim IBCCrim, nº 134, ano 11, jan. 2004, pág. 5, Disponível em http://www.delmato.com/Conteudo/artigos/2004/Roberto/regime_disciplinar_diferenciado.pdf, acesso em 19/09/2014; BELLO, Rodrigo, **Da Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado**, disponível em <http://rodrigobello.wikidot.com/da-inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado>, acesso em 24/05/2014; BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**, disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59, acesso em 27/08/2014.

¹⁸ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013

mínima, poderia chegar a quatro anos – será, certamente, transformá-lo em um verdadeiro animal, um doente mental, ou alguém muito pior do que já era. Estudos mostram que, isolado por mais de um ano, o preso sofrerá problemas psicológicos e psiquiátricos¹⁹.

Enfatizando este entendimento, em entrevista prestada ao programa de televisão “Fantástico”, da TV Globo, exibida no dia 09/11/2003, um dos maiores traficantes do país, Luiz Fernando da Costa, mais conhecido por Fernandinho “Beira-Mar” (reconhecidamente como um dos líderes da facção criminosa Comando Vermelho, alicerçada no Estado do Rio de Janeiro), ao ser transferido para o presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes no Estado de São Paulo, afirmou que já não suportava mais o sistema rigoroso da prisão, devido a intensa reclusão a qual é submetido²⁰.

Durante a entrevista, Beira-Mar afirmou de maneira enfática que o Regime Disciplinar Diferenciado impõe uma sistemática severa aos detentos que nele se encontram. Ademais, chegou a afirmar que “aqui o lugar é horrível, é horrível. É o pior lugar que eu já tive na minha vida. Eu estou bem fisicamente. Psicologicamente é que eu estou um bagaço. Esta é que é a verdade²¹”, dizendo ainda que “nada se compara com isso aqui. É uma fábrica de fazer maluco, sinceramente²²”, referindo-se ao presídio de segurança máxima de Presidente Bernardes.

Não obstante, atualmente boa parte da melhor doutrina brasileira vem se posicionando a favor do malgrado regime. Dentre estes, destacam-se os posicionamentos de Guilherme de Souza Nucci e Norberto Cláudio Pâncaro Avena, ao afirmarem que o Regime Disciplinar Diferenciado, apesar de todos os pontos que

¹⁹ DELMATO, Roberto, **Regime Disciplinar Diferenciado ou Pena Cruel?** Boletim IBCCrim, nº 134, ano 11, jan. 2004, pág. 5, Disponível em http://www.delmato.com/Conteudo/artigos/2004/Roberto/regime_disciplinar_diferenciado.pdf, acesso em 19/09/2014.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**, disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>, acesso em 16/09/2014, pág. 16.

²¹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**, disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>, acesso em 16/09/2014, pág. 16.

²² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**, disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>, acesso em 16/09/2014, pág. 17.

precisam ser corrigidos, é na verdade um mal necessário diante do atual cenário de insegurança em que a população vive.

Os doutrinadores que seguem esse posicionamento defendem que a mencionada sanção disciplinar não viola o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que o legislador previu apenas a prática de um *fato* previsto como crime doloso e não *crime*, o que dispensa a exigência de trânsito em julgado da sentença penal condenatória deste novo fato, considerado crime, para a inserção do preso no regime.

Neste sentido, indispensável se faz destacar a brilhante lição de Guilherme de Souza Nucci ao tratar do tema, o que não poderia ser dito de forma melhor que a exposta a seguir:

Não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria, hoje, organizado, de modo que não precisaríamos de regimes como o estabelecido pelo art. 52 desta Lei. A realidade distanciou-se da lei, dando margem à estruturação do crime, em todos os níveis. **Mas, pior, organizou-se a marginalidade dentro do cárcere, o que é situação inconcebível, mormente se pensarmos que o preso deve estar, no regime fechado, à noite, isolado em sua cela, bem como, durante o dia, trabalhando ou desenvolvendo atividades de lazer ou aprendizado. Dado o fato, não se pode voltar as costas à realidade. Por isso, o regime disciplinar diferenciado tomou-se um mal necessário, mas está longe de representar uma pena cruel. Severa, sim; desumana, não.** Aliás, proclamar a inconstitucionalidade desse regime, mas fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no Brasil é, com a devida vênia, uma imensa contradição. É, sem dúvida, pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer espécie, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos. Há presídios brasileiros, onde não existe o RDD, mas presos matam outros, rebeliões são uma atividade constante, fugas ocorrem a todo o momento, a violência sexual não é contida e condenados contraem doenças gravíssimas. Pensamos ser

essa situação mais séria e penosa do que o regime disciplinar diferenciado. Obviamente, poder-se-ia argumentar, que um erro não justifica outro, mas é fundamental lembrar que o erro essencial provém, primordialmente, do descaso de décadas com o sistema penitenciário, gerando e possibilitando o crescimento do crime organizado dentro dos presídios. **Ora, essa situação necessita de controle imediato, sem falsa utopia. [...]. Se o preso deveria estar inserido em um regime fechado ajustado à lei - e não o possui no plano real - a sociedade também tem direito à segurança pública. Por isso, o RDD tomou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira.** Em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, cremos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal, buscando implementar, na prática, os regimes fechado, semiaberto e aberto, que, em muitos lugares, constituem meras quimeras²³ (grifei).

Já no que tange à jurisprudência, verifica-se que ocorre um entendimento maior entre os tribunais a respeito do tema, tendo em vista que a maioria das cortes do país entendem que o Regime Disciplinar Diferenciado não se contrapõe aos princípios constitucionais, sendo poucos os que se manifestam pela inconstitucionalidade do RDD. Na linha dos Tribunais que julgaram pela constitucionalidade do RDD, segue relevante julgado da lavra do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP.CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NAO RECONHECIDA.

Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade. Legítima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da Lei de Execuções Penais, busca dar efetividade à

²³ NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª edição revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 497-498.

crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional — liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos - e, também, no meio social. [...] Assim, não há falar em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), à proibição da submissão à tortura, a tratamento de-sumano e degradante (art. 5.º, III, da CF) e ao princípio da humanidade das penas (art. 5.º, XLVII, da CF), na medida em que é certo que a inclusão no RDD agrava o cerceamento à liberdade de locomoção, já restrita pelas próprias circunstâncias em que se encontra o custodiado, contudo não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação. Ademais, o sistema penitenciário; em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção. Outrossim, a inclusão no RDD não traz qualquer mácula à coisa julgada ou ao princípio da segurança jurídica, como quer fazer crer o impetrante, uma vez que, transitada em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado, na execução da pena, uma nova relação jurídica e, consoante consignado, o regime instituído pela Lei 10.792/2003 visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo àqueles previstos pelo Código Penal (art. 33 do CP). Pelo mesmo fundamento, a possibilidade de inclusão do preso provisório no RDD não representa qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, tendo em vista que, nos termos do que estabelece o parágrafo único do art. 44 da Lei de Execução Penal, 'estão sujeitos à disciplina o condenado à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos e o preso provisório'. Registre-se, por oportuno, que esta não é a situação do ora paciente, que se encontra encarcerado em virtude de condenação à pena de 51 (cinquenta e um) anos de reclusão²⁴.

²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS : HC 40300 / RJ (2004/0176564-4), Habeas corpus. Regime disciplinar diferenciado. Art. 52 da LEP. **Constitucionalidade. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Nulidade do procedimento especial. Reexame de provas. Impropriedade do writ. Nulidade da sentença condenatória não reconhecida.** Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 07/06/2005, disponível em

Conforme se extrai do julgado acima mencionado, o entendimento do STJ é no sentido da legalidade de aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado, não havendo que se questionar em aplicação de regime penal diverso dos preconizados em lei, tudo com fulcro em atestar ilegalidade das sanções impostas.

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4/inteiro-teor-12956233>, acessado em 19/09/2014.

CAPÍTULO 2: O INSTITUTO DA PROGRESSÃO DE REGIME

2.1 Evolução dos sistemas penitenciários: breve análise acerca dos sistemas pensilvânico, auburniano, progressivo e de Montesinos.

No que cerne ao tema, sabe-se que os primeiros sistemas penitenciários para cumprimento das penas privativas de liberdade surgiram nos Estados Unidos da América no final do século XVIII, tendo em inspiração concepções religiosas e antecedentes em experiências similares realizadas nos estabelecimentos de Amsterdam, Alemanha e Suíça²⁵.

Neste ínterim, os sistemas penitenciários que mais se destacaram nesta evolução foram o pensilvânico (ou da Filadélfia), o auburniano, o sistema progressivo, este último dividindo-se em sistema progressivo inglês e sistema progressivo irlandês, e por fim o sistema de Montesinos.

O sistema pensilvânico ou da Filadélfia, também conhecido como sistema celular, teve início no ano de 1790, na prisão de *Walnut Street Jail* (construída em 1776), com fito de aplicar o chamado *solitary confinement* (prisão em solitária). Tal sistema era caracterizado pelo isolamento do preso em sua cela, sem dela poder sair, salvo para os passeios no pátio, que eram demasiadamente esporádicos; pela lei do silêncio, meditação e oração. Contudo, não se aplicou o isolamento celular completo, uma vez que apenas os presos mais perigosos eram isolados em celas individuais. Os outros eram mantidos em cela comuns, sendo permitido trabalhar em conjunto durante o dia²⁶.

Ressalte-se ainda que as visitas não eram permitidas, exceto as daqueles oficiais encarregados das prisões e os representantes de sociedades de ajuda ao preso, dentre elas a *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*, que tinha por objetivo levar aos presos um tratamento mais digno, mediante a

²⁵ BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145.

²⁶ BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145-147.

modificação das leis que impunham trabalhos forçados, açoites, como também a pena de morte²⁷.

Entretanto, devido ao grande aumento no número de detentos custodiados em *Walnut Street Jail*, deu-se início à construção de mais 02 (dois) estabelecimentos penais onde os presos eram encarcerados separadamente: a *Western Penitentiary* (penitenciária Ocidental), construída em Pittsburgh no ano de 1818, e a *Eastern Penitentiary* (penitenciária Oriental), concluída em 1829, na qual era praticado um isolamento rigoroso, mas que permitia o trabalho na própria cela, fato este considerado uma evolução, já que neste sistema não era permitido a realização de trabalhos pelos detentos²⁸.

Não obstante, esse sistema recebeu duras críticas pelo fato de impossibilitar a readaptação do detento na sociedade, devido ao completo isolamento a que era submetido, fato que este que lhes causava surto psicóticos frequentes, resultando, desta forma, no fracasso do aparelho pensilvânico.

O sistema auburniano foi implantado com a construção da uma prisão na cidade de Auburn, em Nova York, no ano de 1818. Neste regime, menos rigoroso que o pensilvânico, os detentos eram divididos em 03 (três) grupos: a) os prisioneiros mais antigos e persistentes delinquentes, aos quais era aplicado o isolamento contínuo; b) os menos incorrigíveis, onde era-lhes permitindo trabalhar e isolamento ocorria em apenas 03 (três) dias da semana e; c) os presos que aparentavam ter maiores chances de serem corrigidos, onde era imposto apenas o isolamento noturno, sendo permitido o trabalho em conjunto durante o dia. No entanto, o fracasso desse método de isolamento se tornou notório quando observou-se que os presos do primeiro grupo, salvo raras exceções, estavam morrendo durante o cárcere, devido ao severo tratamento destinado a eles²⁹.

Assim, a prisão de Auburn passou a adotar o *silent system* (sistema silencioso), que consistia na permissão do trabalho em comum aos reclusos, sob absoluto silêncio e confinamento solitário durante a noite.

²⁷ GRECO, Rogério, **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 122.

²⁸ BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 146-147.

²⁹ BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147-149.

Devido ao silêncio absoluto aos qual os presos eram submetidos, acredita-se que foi nessa época que surgiu a linguagem através de gestos com as mãos ou por meio de batidas nas paredes ou canos, que formavam um tipo de código, que até os dias atuais é usada dentro dos estabelecimentos prisionais de segurança máxima, onde o regime é mais rígido³⁰.

Ademais, uma das bases do sistema auburniano – o trabalho, foi fortemente pressionado pelas associações sindicais que se opuseram ao desenvolvimento do trabalho penitenciário, tendo em vista que a produção nas prisões era menos dispendiosa, o que significava uma competição ao trabalho livre³¹.

Outrossim, outro aspecto criticado nesse sistema foi a aplicação de castigos cruéis e excessivos. Entretanto, tal brutalidade era considerada justificável, haja vista que se acreditava que proporcionaria a recuperação do delinquente.

Contudo, a medida que a pena privativa de liberdade foi se estabelecendo como a espinha dorsal do sistema penal, as falhas dos sistemas pensilvânico e auburniano fizeram com que esses modelos se tornassem impraticáveis. Nesta seara, buscou-se uma nova filosofia penal que possibilitasse o cumprimento da pena de modo menos degradante para o preso.

Neste cenário o chamado sistema progressivo ganhou ênfase, tendo em vista que possibilitava a distribuição do tempo de duração da condenação em períodos, e a medida que o preso progredia, ganhava mais privilégios. Ademais, outro ponto importante é o fato de permitir que o preso se reincorpore à sociedade antes do final da condenação.

O sistema progressivo surgiu primeiramente na Inglaterra, e posteriormente foi implantado na Irlanda. Assim, é possível dividir o sistema progressivo em 02 (duas) fases: sistema progressivo inglês ou *mark system* e sistema progressivo irlandês.

Nesta seara, o sistema progressivo inglês ou *mark system*, idealizado pelo capitão da Marinha Real Alexander Maconochie por volta de 1840, na Ilha de Norfolk – Austrália, dividia-se em 03 (três) períodos distintos. O primeiro, conhecido como período de prova, era marcado pelo isolamento celular diurno e noturno, que tinha por finalidade fazer com que o apenado refletisse sobre sua conduta, podendo ser

³⁰ GRECO, Rogério, **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 123.

³¹ BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 149.

obrigado a trabalhar sob um regime de alimentação escassa; no segundo período, ao preso era permitido o trabalho em comum sob a regra do silêncio, no qual o condenado realizava o trabalho em comum durante o dia, sob a regra do silêncio absoluto, permanecendo isolado a noite; e por fim, no terceiro período, era concedida a liberdade condicional, onde o preso obtinha uma liberdade limitada, devendo obedecer às regras a ele impostas. Ao fim desse período, não tendo ele cometido nenhum ato que ensejasse a revogação do benefício, o detento era posto em liberdade de maneira definitiva³².

Já o sistema progressivo irlandês se tratava de um aperfeiçoamento do sistema progressivo inglês, experimentado inicialmente por Walter Crofton em prisões irlandesas.

Aos estágios do sistema idealizado pelo capitão Alexander Maconochie foi acrescentada mais uma etapa, localizada antes da liberdade condicional. Deste modo, o sistema progressivo Irlandês consistia em 04 (quatro) fases: 1) reclusão celular diurna e noturna, nos mesmos moldes do sistema inglês; 2) trabalho diurno em comum durante o dia e isolamento noturno, também nos mesmo termos do sistema de Maconochie, onde imperava o silêncio absoluto; 3) período intermediário, inovação trazida por Crofton, onde o preso podia trabalhar ao ar livre no exterior do estabelecimento, especificamente em prisões especiais, onde a disciplina era mais suave, servindo de transição entre o período permanecido no cárcere fechado e a liberdade condicional; 4) liberdade condicional, que funcionava com as mesmas características adotadas no sistema inglês, onde o preso era posto em liberdade com restrições e, após cumprir determinado período sem cometer outra conduta delituosa, era posto em liberdade definitiva³³.

Por fim, o sistema de Montesinos, batizado com esse nome em homenagem ao seu criador, o Coronel Manuel Montesinos e Molina, que ocupou o cargo de diretor do Presídio de San Agostin, em Valência, na Espanha, entre os anos de 1835 e 1854, foi marcado pelo caráter visionário de seu criador, que acreditava de maneira

³² BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 151-152.

³³ BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153-153.

inquestionável na recuperação do homem, de tal maneira que incluiu na entrada do já mencionado presídio a seguinte frase: “Aqui entra o homem, o delito fica na porta³⁴”.

Em linhas gerais, o sistema Montesinos seguia a mesma linha dos sistemas inglês e irlandês, contudo o seu diferencial estava no modo como se deu a relação com os reclusos. Montesino procurava construir nos presos uma autoconsciência baseada na confiança, que usada de maneira pedagógica permitia a correção do recluso³⁵.

Esse sistema estabeleceu as seguintes evoluções em sede tratamento dirigido aos presos: não aplicação de castigos corporais ou infamatórios; previsão de trabalho remunerado do preso; proibição do chamado regime celular; concessão de saídas temporárias para os presos, fato até então inédito; entre outros³⁶.

Trazendo o tema para o Brasil, o Código Penal Brasileiro de 1940 adotou o sistema progressivo com algumas modificações, como ressalta Júlio Fabbrini Mirabete no trecho a seguir inserto:

No Código Penal Brasileiro de 1940 adotou-se o sistema progressivo, prevendo-se um período inicial de isolamento absoluto por um prazo não superior a três meses na pena de reclusão, seguido de trabalho em comum durante o dia e da possibilidade de transferência para colônia penal ou estabelecimento similar e, afinal, o livramento condicional. Com a Lei nº 6.416, de 24-5-1977, o isolamento inicial na pena de reclusão passou a ser facultativo, introduzindo-se também o sistema de execução em três regimes (fechado, semi-aberto [sic] e aberto) e a possibilidade do início do cumprimento nos regimes menos severos conforme a quantidade da pena aplicada e as condições de menor periculosidade do condenado. Já a Lei nº 7.209, excluindo o período inicial de isolamento, manteve as três espécies de regime e determinou que as penas devem ser executadas na forma progressiva, segundo o mérito do condenado, sem eliminar, porém, a possibilidade de ser iniciado seu cumprimento nos regimes menos severos. Assim, não se afastando inteiramente do sistema progressivo, concede a lei vigente modificações que se adaptam às concepções modernas. Impõe a

³⁴ GRECO, Rogério, **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 126-127.

³⁵ BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. Ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 154.

³⁶ GRECO, Rogério, **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2015, p.127.

classificação dos condenados, faz cumprir as penas privativas de liberdade em estabelecimentos penais diversificados (penitenciária, colônia agrícola e casa de albergado), conforme o regime (fechado, semi-aberto [sic] ou aberto), e tem em vista a progressão o mérito do condenado, ou seja, sua adaptação ao regime, quer no início, quer no decorrer da execução³⁷.

Contudo, o sistema progressivo vem sendo duramente criticado diante do princípio da individualização das penas, tendo em vista que estabelece uma forma genérica para tratar todos os condenados. Desta forma, alguns países estão deixando de utilizá-lo, como a Alemanha por exemplo, passando a analisar caso a caso, mas ainda com um ideal progressivo.

2.2 Requisitos para a progressão de regime no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao prolatar a sentença, o juízo deve estabelecer qual será o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, observando os critérios estabelecido no artigo 59 do Código Penal, não podendo fixar regime inicial mais grave do que o previsto em lei apenas com base na suposta gravidade em abstrato do delito, de acordo com inteligência das Súmulas nº 440 do STJ³⁸ e 718 do STF³⁹.

Outrossim, na ocorrência de condenação em mais de um crime, seja no mesmo processo ou em processos distintos, somar-se-á as penas, unificando-as, e a partir daí será determinado o regime de cumprimento da pena, atentando-se para a detração ou remissão, quando for o caso. Do mesmo modo, ocorrendo nova condenação no curso da execução, deve-se somar esta pena ao restante da que está sendo executada, para que seja feita a determinação do regime, sempre em decisão fundamentada, conforme Art. 111 da Lei de Execução Penal⁴⁰.

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. Editora Atlas. 11ª Edição 2004, página 387.

³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula 440 "**Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito**", 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013

³⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Súmula 718 "**A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada**", 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁰ BRASIL, Lei 7.210 de 11 julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

O artigo 33 do Código Penal⁴¹ determina que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto que a de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo a necessidade de transferência para o regime fechado.

Destarte, no regime fechado, a pena será executada em estabelecimento de segurança máxima ou média, sendo este o regime inicial para condenados a pena superior a 08 (oito) anos.

No regime semiaberto, a execução da pena se dá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo ser aplicado como regime inicial para condenados não reincidentes, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos.

Já o regime aberto, cuja execução segundo a Lei de Execução Penal é realizada em casa de albergado ou estabelecimento adequado, pode ser o regime inicial para condenados não reincidentes, cuja pena seja igual ou inferior a 04 (quatro) anos.

O Código Penal Pátrio estabelece que as penas privativas de liberdade serão executadas de forma progressiva, de acordo com o mérito do condenado, atendendo a requisitos impostos em lei. O sistema progressivo visa proporcionar a reinserção gradativa do condenado na sociedade, devendo este ser transferido para regime mais brandos quando demonstrar que se adapta a sua disciplina, atendendo, assim, aos requisitos legais.

Norberto Cláudio Pâncaro Avena assevera que o intuito da progressão de regime é assegurar que o preso possa se reinserir gradativamente na sociedade, desde que apresente condições de se adaptar ao regime mais brandos, de maneira que se possa garantir a individualização da execução das penas⁴².

Para que se defira o benefício da progressão, é necessário verificar se o condenado atende aos requisitos do art. 112 da LEP, *in verbis*:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz,

⁴¹ BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, **Código Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**, 1. ed. - São Paulo: Forense, 2014, p. 608.

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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

Portanto, o citado artigo exige a coexistência de 02 (dois) requisitos para a progressão de regime, um objetivo e outro subjetivo. Contudo, a progressão é condicionada à ocorrência dos 02 (dois) requisitos de forma cumulativa.

Trata-se o requisito objetivo do cumprimento de, no mínimo, 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior. Desta forma, um preso condenado a 12 (doze) anos de reclusão em regime inicial fechado poderá requerer progressão após o cumprimento de 1/6 (um sexto) dessa pena. Neste caso, após 02 (dois) anos de cumprimento em regime fechado. Entretanto, no que tange aos crimes hediondos ou equiparados, a progressão só ocorre após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena no regime anterior, se primário, ou de 3/5 (três quintos), se reincidente, conforme art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos⁴³).

No entanto, de maneira diversa ocorre na segunda progressão, quando o condenado inicia o cumprimento da pena em regime fechado, progride para o regime semiaberto após cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena total, e posteriormente requer a progressão para o regime aberto. Apesar das divergências de entendimentos, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que para fazer jus à segunda progressão, o condenado deve cumprir 1/6 (um sexto) do restante da pena e não do seu total. Desta forma decidiu o Supremo Tribunal Federal, como se vê abaixo:

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 da pena se fará, ante o critério objetivo, considerando 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 [...]⁴⁴.

⁴³ BRASIL, Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, **Lei dos Crimes Hediondos**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Informativo nº 450, **Falta Grave: Progressão e Perda dos Dias Remidos**. RHC 89031/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Carlos Britto, 28.11.2006. (RHC-89031), disponível em

Ademais, ressalte-se que o tempo remido pelo estudo ou trabalho do preso deve ser considerado como tempo de pena efetivamente cumprido para fins de progressão de regime, de acordo com o art. 128 da LEP. Desta forma, soma-se os dias remidos ao total da pena já executada para contagem do tempo necessário para a obtenção do benefício da progressão.

Nesta seara, entende-se que o cometimento de falta grave implica na interrupção do tempo de pena, no que tange à progressão de regime. Desta forma, a contagem do novo período aquisitivo para progressão terá início na data do cometimento da última falta grave pelo acusado, ou, em casos de fuga, terá reinício a partir de sua captura, recaindo sobre o tempo restante a cumprir e não sobre a totalidade da pena.

Contudo, tal entendimento encontra oposição, havendo posicionamento no sentido de que “fere o princípio da legalidade a interrupção de lapso temporal para a concessão de benefícios, em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, diante da ausência de previsão legal para tanto⁴⁵”.

Já o requisito subjetivo consiste na verificação do mérito do condenado, demonstrado durante a execução da pena mediante bom comportamento carcerário. A partir da nova redação dada pela Lei nº 10.792/03, o art. 112 da Lei de Execução Penal passou a exigir apenas um atestado de bom comportamento carcerário produzido pelo diretor do estabelecimento para que o juiz da execução analise se o condenado cumpre os requisitos para a progressão.

Note-se que não é mais exigido prévio parecer da Comissão Técnica de Classificação, tampouco o exame criminológico, que antes eram requisitos obrigatórios para a concessão do benefício. Tal alteração levou parte da doutrina a dizer que a competência para conceder a progressão passou a ser do diretor do

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo450.htm#Falta>, acessado em 21/11/2014.

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS : HC 118380 / RS (2008/0226323-0). Execução penal. Habeas corpus. **Falta disciplinar de natureza grave. Interrupção do lapso temporal para a concessão de benefícios. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Constrangimento ilegal. Ordem concedida.** Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 17/09/2009, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5996563/habeas-corpus-hc-118380-rs-2008-0226323-0>, acessado em 21/11/2014.

presídio, tendo em vista que restou ao juiz a mera função de homologar o atestado de bom comportamento. Contudo, tal entendimento não prosperou, haja vista que o juiz pode e deve usar de outras fontes para formar seu convencimento, podendo inclusive exigir a realização do exame criminológico, uma vez que esse não é mais um requisito necessário, mas pode plenamente ser feito a pedido do juiz da execução.

Nesta seara, o Superior Tribunal de Justiça sumulou entendimento de que “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada⁴⁶.”

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, abaixo transcrita:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico⁴⁷.

Desta forma, o exame criminológico deixou de ser requisito necessário à progressão de regime, entretanto, pode o juiz determinar sua realização a depender do caso concreto, devendo esta decisão ser devidamente fundamentada.

2.3 Progressão de regime nos crimes contra a administração pública: Controvérsias acerca da constitucionalidade do § 4º do art. 33 do Código Penal

A Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003 acrescentou o § 4º ao art. 33 do Código Penal, estabelecendo que o condenado por praticar crime contra a administração pública “terá a progressão de regime do cumprimento da pena

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula nº 439 “**Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada**”, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Súmula Vinculante nº 26, “**Para efeito de progressão de regime no cumprimento da pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico**”, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais⁴⁸”.

Entretanto, esta nova norma penal recebeu diversas críticas da doutrina especializada, que entendeu pela inconstitucionalidade do citado parágrafo, uma vez que cria mais um óbice à progressão de regime, tendo vista que os condenados por crime contra a administração pública, além de terem que cumprir os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 112 da LEP, teriam também que reparar o dano causado ou devolver o produto do ilícito para progredirem de regime. Do contrário, mesmo cumprindo 1/6 (um sexto) da pena em regime mais severo e apresentando bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do presídio, não terão direito à progressão se não efetuarem o mencionado ressarcimento do dano ou a devolução do produto do ilícito.

Deste modo entende Guilherme de Souza Nucci⁴⁹, que critica o §4º do art. 33 do Código penal, afirmando que tal exigência é um empecilho à progressão de regime, entendendo ainda que tal dispositivo é inconstitucional e de praticamente de nenhuma utilidade, primeiro porque a reparação do dano à vítima não figura como função ou finalidade da pena, segundo porque seria uma forma de discriminação entre os condenados por outros crimes e o condenado por crime contra a administração pública, conforme trecho transcrito abaixo:

Um estelionatário, *v.g.*, não tendo condições financeiras, deixa de indenizar a vítima e consegue o livramento condicional. No campo da progressão, então, nem mesmo precisa demonstrar que podia ou não reparar o dano. Um condenado por corrupção, no entanto, haveria de reparar o prejuízo de qualquer modo, do contrário não receberia benefício algum, ao menos no contexto da progressão. Tal medida é discriminatória e fere não somente a finalidade da pena, prejudicando a individualização, como também lesa o princípio geral da igualdade de todos perante a lei. O que possui de especial o autor de crime contra a administração? Seria ele mais ou menos perigoso à sociedade do que os demais? O autor de um roubo recebe pena muito mais elevada e nem por isso precisa demonstrar ter reparado o dano para a progressão. Logo, segundo cremos, a medida é inconstitucional e, em grande parte, inócua.

⁴⁸ BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, **Código Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, art. 33, §4º.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 14ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 889.

Contudo, não obstante o posicionamento de parte da doutrina pela inconstitucionalidade do §4º do art. 33 do Código Penal, o Plenário do Supremo Tribunal federal em recente decisão e por maioria de votos, acabou por reconhecer a constitucionalidade do mencionado parágrafo. Os Ministros entenderam que nos casos dos delitos contra a administração pública, bem como os crimes “de colarinho branco” a parte mais rígida da pena deve ser a de caráter pecuniário, tendo em vista que apenas esta teria o exato fator de prevenir e inibir a futura prática de crimes da mesma espécie.

Ressalte-se que este entendimento foi prolatado nos autos da Ação Penal 470, também conhecida como “Mensalão”, em sede de agravo regimental que indeferiu o pleito de progressão de regime a condenado pelos crimes de peculato e corrupção passiva.

Destarte, tal entendimento deu origem ao Informativo nº 772 do STF⁵⁰, o qual passo a transcrever:

Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública – 1

É constitucional o § 4º do art. 33 do CP, que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a administração pública à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, facultado o parcelamento da dívida. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto em face de decisão que indeferira pedido de progressão de regime a condenado nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013) pela prática dos crimes de peculato e corrupção passiva. O Colegiado, inicialmente, rejeitou assertiva segundo a qual seria ilícido o valor devido pelo sentenciado a título de reparação do dano causado em decorrência do crime de peculato, dado que, em sucessivos pronunciamentos do Plenário, teria sido demonstrado que o valor devido, para fins do art. 33, § 4º, do CP, seria de R\$ 536.440,55. Quanto à alegada inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, a Corte destacou que, em matéria de crimes contra a administração pública — como também nos crimes de colarinho branco em

⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Informativo nº 772, **Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública – 1**, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo772.htm>, acessado em 07/02/2015.

geral —, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, haveria de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvessem apropriação de recursos públicos. Por outro lado, a imposição da devolução do produto do crime não constituiria sanção adicional, mas, apenas a devolução daquilo que fora indevidamente apropriado ou desviado. Ademais, não seria o direito fundamental à liberdade do condenado que estaria em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de liberdade a ser cumprida deveria se dar em regime mais favorável ou não, o que afastaria a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida. Outrossim, a norma em comento não seria a única, prevista na legislação penal, a ter na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, bastaria uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: a) pode ser causa de revogação obrigatória do “sursis”; b) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; c) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; d) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, b, do CP, entre outros. **EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014. (EP-22).**

Isto posto, vale frisar o voto prolatado pelo Ministro Dias Toffoli, que ressaltou a possibilidade do condenado progredir de regime mesmo sem efetuar o pagamento da dívida, uma vez que comprove a total impossibilidade de reparação do dano, com fulcro nos arts. 33, § 4º e 83, inc. IV, ambos do Código Penal, que devem ser interpretados de maneira conjunta. Ademais, ressalte-se que os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que é atualmente o Presidente da Colenda Corte, acompanharam o voto do Ministro Dias Toffoli. Entretanto, o Ministro Marco Aurélio entendeu que seria inadequado mesclar a pena com a reparação do dano, votando, desta forma, pela inconstitucionalidade da mencionada norma.

2.4 Progressão *per saltum*: previsão legal, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

A progressão de regime prisional, de acordo com o nosso sistema progressivo, deve ocorrer de maneira gradual, ou seja, na medida em que o recluso

preencha os requisitos objetivo e subjetivo previstos em lei, terá direito a cumprir sua pena em regime mais brando, devendo, contudo, cumprir parte da pena no regime anterior e só então progredir para o regime imediatamente posterior⁵¹.

De tal modo estabeleceu a Exposição de Motivos à Lei de Execução Penal, em seu item 120, ao explicitar que caso o condenado esteja no regime fechado, não pode ser transferido imediatamente para o regime aberto, de tal sorte que deve cumprir no mínimo 1/6 (um sexto) da pena no regime intermediário e demonstrar que preenche os requisitos para progredir ao regime aberto⁵².

Por este motivo, o art. 112 da LEP⁵³ prevê que o preso poderá progredir para regime menos rigoroso quando cumprir ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime intermediário (semiaberto) e apresentar bom comportamento carcerário, que será atestado pelo Diretor do estabelecimento prisional.

Desta forma, ao interpretar o artigo supramencionado, Norberto Cláudio Pâncaro Avena assevera que “veda-se, enfim, a progressão por saltos, vale dizer, diretamente do regime fechado (mais rigoroso) para o aberto (menos rigoroso), tornando-se obrigatória a passagem pelo regime semiaberto (regime intermediário).⁵⁴”

Esse é o entendimento predominante em sede de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que reiteradamente vem julgando pelo indeferimento do pleito nos casos de progressão de regime *per saltum*, conforme Ementa colacionada abaixo:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO PER SALTUM. IMPOSSIBILIDADE. ART. 112 DA LEP. NECESSIDADE DO PRÉVIO DESCONTO DE 1/6 DA PENA NO REGIME ANTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

⁵¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**, 1. ed. - São Paulo: Forense, 2014, p. 628.

⁵² “120. Se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Esta progressão depende do cumprimento mínimo de um sexto da pena no regime semi-aberto, além da demonstração do mérito, compreendido tal vocábulo como aptidão, capacidade e merecimento, demonstrados no curso da execução”. Exposição de Motivos 213, de 09 de maio de 1983, **Exposição de Motivos a Lei de Execução Penal**, disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B0C1EFF3F-6A4E-4873-A91C-D7EE56806E63%7D>, acessado em 06/02/2015.

⁵³ BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**, 1. ed. - São Paulo: Forense, 2014, p. 628.

I. Hipótese em que o magistrado da execução deferiu a progressão para o regime semiaberto com data retroativa e, logo em seguida, antes mesmo do cumprimento da decisão, deferiu nova progressão para o regime aberto.

II. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, não se admite a denominada progressão de regime per saltum, considerando a inteligência do art. 112 da Lei de Execução Penal, no qual é estabelecido que o sentenciado deve descontar 1/6 da pena imposta no regime em que se encontra e, posteriormente, progredir para o regime subsequente.

III. Hipótese na qual Colegiado a quo determinou o retorno do paciente ao regime intermediário em razão do não preenchimento do requisito objeto necessário para a concessão da benesse, porquanto o apenado não havia ainda descontado 1/6 da reprimenda no regime intermediário quando obteve a progressão ao regime aberto.

IV. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.⁵⁵

Deste modo, verifica-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça preza pela exata disposição do art. 112 da Lei de Execução Penal, inadmitindo a hipótese de progressão do regime fechado diretamente para o aberto, devendo o sentenciado cumprir o percentual mínimo preconizado pelo citado artigo no regime intermediário (semiaberto).

Tão arraigado é tal entendimento que a mencionada Corte de Justiça editou a Súmula nº 491⁵⁶, posicionando-se no sentido de que “é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”, não utilizando de mais explanações sobre o tema.

Neste íterim, voltando o tema em que pese a melhor doutrina, para Guilherme de Souza Nucci e Renato Marcão, a legislação aplicada sobre as execuções penais deve ser observada de maneira rigorosa no que tange à progressão de regime. O autor entende que é inadmissível a aplicação da chamada progressão *per saltum*, haja vista que dar interpretação diversa ao disposto no art. 112 da Lei de

⁵⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS : HC 191223 / SP (2010/0215946-7), Criminal. Habeas corpus. Execução penal. Progressão per saltum. Impossibilidade. Art. 112 da LEP. Necessidade do prévio desconto de 1/6 da pena no regime anterior. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. Relator: Min. Gilson Dipp, DJ 01/02/2012, disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=191223&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO, acessado em 19/02/2015.

⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula 491 “É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

Execução Penal, de modo a permitir que um preso que se encontra cumprindo pena em regime fechado progrida diretamente para o regime aberto é criar subterfúgios para contornar a finalidade da lei, que seria a reinserção gradativa do detento à sociedade. Deste modo, não é cabível a progressão do regime fechado para o regime aberto, sem o cumprimento do tempo de pena mínimo no regime intermediário⁵⁷.

Contudo, vale ressaltar que a doutrina diverge quanto ao tema em comento. Nestor Távora assevera em suas obras que nos casos em que a execução penal iniciada em decorrer do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando o sentenciado, em prisão provisória, já cumpriu tempo de pena suficiente para fazer jus à progressão de regime *per saltum* sem a necessidade de cumprir pena no regime intermediário, ou seja, quando se verifica que o apenado não só já adquiriu o direito de progredir para o regime semiaberto, mas também para o regime aberto, devido ao tempo que permaneceu preso provisoriamente, deve ser aplicada a progressão *per saltum*, tendo em vista que negar tal progressão ao condenado acarreta grave prejuízo ao mesmo, haja vista que este passou mais tempo do que deveria no regime fechado devido à inércia estatal, tendo ainda que cumprir no mínimo 1/6 (um sexto) da pena no regime semiaberto, para só então progredir para o regime aberto⁵⁸.

Desta forma, verifica-se que a progressão *per saltum* não é tema pacífico, principalmente no tocante à doutrina especializada. No entanto, é o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça que vem sendo aplicado habitualmente no judiciário brasileiro, sendo raros os casos de juízes que decidem *contra legis*, decisões estas que, via de regra, são reformadas nos tribunais pátrios.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª edição revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 555. MARCÃO, Renato, **Lei de Execução Penal Anotada**, 4ª ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 287.

⁵⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 8ª edição revista, ampliada e atualizada, Editora Juspodivm, 2013, p. 1333.

CAPÍTULO 3: A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME QUANDO O PRESO SE ENCONTRA NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Ao analisarmos a presente temática, à luz do que foi explanado sobre o regime disciplinar diferenciado no primeiro capítulo, parece improvável, *a priori*, que um preso que esteja submetido ao RDD possa progredir para regime mais brando. Afinal, para que um detento, provisório ou condenado, seja submetido a esta sanção, ele deve ter praticado fato previsto como crime doloso que ocasione subversão da ordem do estabelecimento penal, ou apresentar alto risco para a segurança do estabelecimento, ou em última hipótese, que recaiam sobre ele fundadas suspeitas de participação em organização criminosa, conforme inteligência do art. 52 da LEP e seus parágrafos.

Contudo, verifica-se que a legislação pertinente calou-se acerca disto, haja vista que não há vedação expressa à progressão de regime quando o preso se encontre em regime disciplinar diferenciado em nosso ordenamento jurídico.

De igual modo, também não existe nenhuma norma que regule a forma como este preso, que se diferencia dos demais, deve progredir, fato este que gera uma lacuna em nosso sistema jurídico.

Afinal, quais os requisitos que este detento deve atender para ter direito à progressão de regime? Se a ele for aplicado a regra geral de progressão, na hipótese de o detento alcançar os requisitos que permitam a sua progressão quando ainda estiver cumprindo a sanção disciplinar, como o juiz competente deverá proceder? Deve autorizar a imediata progressão de regime, mesmo que o preso ainda não tenha terminado de cumprir o período determinado no RDD, tendo em vista o princípio da proibição de excesso? Ou deve negar a progressão de regime enquanto este detento tiver que cumprir a sanção que lhe foi fundamentadamente imposta, haja vista que este apresenta risco para a segurança interna do estabelecimento e para a sociedade, quando sobre ele recaiam fortes indícios de participação em organização criminosa (principalmente quando desempenha papel de liderança), tendo por base o princípio da proibição da proteção deficiente?

Esta problemática deve ser solucionada através da análise minuciosa de todas as circunstâncias envolvidas, afinal, trata-se do direito que o preso conquista ao

alcançar os requisitos necessários para progredir de regime, e o dever do Estado de presar pela segurança dos demais detentos que cumprem pena naquela unidade prisional, que sofrem com a ocorrência de rebeliões e motins, bem como pela sociedade, que é vítima da atuação do crime organizado, cujos líderes que muitas vezes estão presos acabam comandando o crime de dentro da unidade prisional.

Em tais casos, como exposto alhures, existe uma dualidade de interesses que se opõe. Assim, é válida a análise do princípio da proporcionalidade, tanto no que diz respeito à proibição de excesso, como na vertente da proibição da proteção deficiente, como mecanismo que auxilie o magistrado no ato de decidir a problemática exposta. Deste modo, para o desenvolvimento do presente trabalho, mister se faz uma breve análise do princípio da proporcionalidade e sua dupla face.

3.1 Considerações acerca do princípio da proporcionalidade e sua dupla face: proibição de excesso e proibição da proteção deficiente

Ao longo dos últimos séculos (principalmente nas décadas do século XX), os princípios do direito, que até então eram meramente considerados como preceitos supletivos para as normas constitucionais, passaram por uma evolução valorativa que lhes garantiu *status* de fundamento de todo o sistema normativo, galgando a mais alta patente da hierarquia normativa⁵⁹.

Na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio seria por definição “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência [...]”⁶⁰.

Não obstante parte da doutrina afirmar que princípios seriam aquelas normas com conteúdo mais amplo que as regras, mister se faz esclarecer a diferença entre essas normas.

⁵⁹ STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. 2008. 161 f.. Dissertação (mestrado em ciências jurídicas e sociais). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008, p. 50-51.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 841.

Gilmar Ferreira Mendes, utilizando-se dos ensinamentos de Robert Alexy, esclarece que toda norma jurídica ou é um princípio ou é uma regra. Destarte, elas se diferenciam pelo caráter qualitativo, pois para ele os princípios 'são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídica e reais existentes'. Desta forma, conclui o autor que 'enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, as regras somente serão cumpridas ou descumpridas', caso ocorram os fatos previsto em determinada regra⁶¹.

Essa distinção entre a norma princípio e a norma regra é de suma importância para solucionar a chamada colisão de princípios, que ocorre quando duas normas dessa natureza podem ser aplicadas ao caso em concreto, contudo apresentam consequências conflitantes.

Desta forma, analisando os princípios do direito de maneira abstrata, *a priori*, nenhum deles teria prioridade sobre os outros. Contudo, ocorrendo contraposição entre princípios em um caso específico, será necessário ponderar qual deles apresenta solução mais adequada para aquele caso em concreto, nada obstando que a norma que foi preterida seja a mais adequada em outro caso frente ao princípio ora utilizado⁶².

Isto posto, retornando para a transformação dos princípios em normas basilares do ordenamento jurídico como um todo, dentre aqueles que mais ganharam ênfase ao longo dos últimos séculos está o princípio da proporcionalidade. Entretanto, a concepção basilar deste princípio não é de modo algum recente.

Em que pese a importância desse tipo de norma no direito penal, sabe-se que no século XVIII, devido ao modo tirânico como os Estados soberanos interviam na vida dos cidadãos, cometendo verdadeiras atrocidades principalmente no âmbito do direito penal, fervilhava na Europa ideais que valorizavam a dignidade da pessoa humana, incluídos os princípios que com esta se relacionavam, dentre eles, o da proporcionalidade no que cerne à aplicação das penas àqueles que cometiam delitos.

Mister destacar neste ponto a obra que revolucionou o sistema penal, escrito por ninguém menos que Cesare Bonesana, o chamado Marquês de Beccaria. Este

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182-183.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 184.

livro, publicado no ano de 1764, foi intitulado como *Dos Delitos e das Penas*⁶³, e apesar de decorridos 250 anos de sua publicação, continua extremamente atual.

Naquela época, imperava no Velho Mundo um sistema acusatório totalmente desprovido de fundamentos que assegurassem a dignidade do ser humano. O processo penal era inquisitivo e a tortura era um meio frequentemente utilizado para se obter a confissão dos réus, que era considerada a rainha das provas⁶⁴. Ademais, as penas aplicadas eram totalmente desproporcionais aos delitos cometidos, onde os condenados eram tratados de maneira cruel, desumana e degradante, além do fato de que a desigualdade entre o julgamento de um réu rico e outro pobre era latente.

Neste contexto, inúmeros princípios que garantiam a dignidade do ser humano ganhavam destaque, dentre eles o da proporcionalidade. A importância da obra de Beccaria não está em sua originalidade, tendo em vista que essa valoração dos princípios que regem a dignidade da pessoa humana de modo geral e o tratamento destinado aos condenados há muito eram discutidos, principalmente entre os revolucionários franceses. O mérito do Marquês estava no fato de publicar abertamente esses ideais, ato este que contrariava de maneira temerária os interesses de um governo tirânico⁶⁵.

Beccaria dedica parte de sua obra a discutir qual a proporção que deve haver entre o delito praticado e a pena a ele imposta. Em suas palavras, “deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas⁶⁶”.

Por fim, no que tange ao princípio da proporcionalidade, arremata o Marquês no capítulo XV de seu livro que:

Para que o castigo produza o efeito que dele se deve esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução

⁶³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (1764), ed. Eletrônica: Ridendo Castigat Moares, disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>, acesso em 27/08/2014.

⁶⁴ GRECO, Rogério, **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 108.

⁶⁵ GRECO, Rogério, **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2015, p. 109.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (1764), ed. Eletrônica: Ridendo Castigat Moares, disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>, acesso em 27/08/2014, p. 123.

e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica⁶⁷.

Outrossim, diante dos movimentos ocorridos na Europa, principalmente na França, no que tange a revolução valorativa dos princípios que regem a dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade ganhou destaque na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao estabelecer que a lei só podia proibir as ações perniciosas e com as sanções necessárias, sem excessos⁶⁸.

Desde então, a proporcionalidade se estabeleceu como princípio informador do sistema normativo mais moderno.

Assim, o princípio da proporcionalidade serve para ponderar a decisão sobre qual norma deve prevalecer quando ocorre a colisão de bens jurídicos protegidos, de modo a evitar que haja demasiado sacrifício de um deles em frente ao outro⁶⁹.

Nesta seara, verifica-se que ao longo de sua evolução, o princípio supramencionado surgiu para solidificar à liberdade individual frente interesses estatais, de modo que “buscava a consciência de que existiam direitos oponíveis até mesmo contra o próprio Estado”⁷⁰, sendo, desta forma, um importante instrumento de controle do poder estatal.

Não obstante, após o fim da Segunda Guerra Mundial este princípio passou por uma nova transformação em decorrência das mudanças ocorridas no modo de aplicação das garantias fundamentais. Assim, o princípio da proporcionalidade abrangiu um novo paradigma, que é o de eficácia dos princípios constitucionais⁷¹.

De fato, devido aos inúmeros abusos estatais cometidos em séculos anteriores, o princípio da proporcionalidade se destacou em sua versão de proibição de excesso, que surgiu, como exposto acima, com o intuito de impedir os abusos

⁶⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (1764), ed. Eletrônica: Ridendo Castigat Moares, disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>, acesso em 27/08/2014, p. 87.

⁶⁸ FLACH, Michael Schneider. **O princípio da proporcionalidade como limite penal**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 68, jan. 2011 – abr. 2011, p. 157-158.

⁶⁹ FLACH, Michael Schneider. **O princípio da proporcionalidade como limite penal**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 68, jan. 2011 – abr. 2011, p. 160.

⁷⁰ STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. 2008. 161 f.. Dissertação (mestrado em ciências jurídicas e sociais). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, são Leopoldo, 2008, p. 53.

⁷¹ STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. 2008. 161 f.. Dissertação (mestrado em ciências jurídicas e sociais). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, são Leopoldo, 2008, p. 54.

cometidos pelo Estado no âmbito de sua atuação na vida dos cidadãos, de maneira a garantir a plena aplicação dos direitos fundamentais sem restrições desproporcionais, de modo a assegurar os direitos ou liberdades inerentes aos cidadãos.

Desta forma, pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou do princípio da proibição de excesso, o Estado fica impedido de praticar atos que gerem desproporção entre os fins a serem atingidos e os meios empregados para tanto.

Assim, Gilmar Ferreira Mendes destaca como típica expressão de abuso de “poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins⁷²”.

Ressalte-se que a doutrina ainda estabelece que o princípio da proporcionalidade abarca os chamados subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No que tange ao subprincípio da adequação, é imperioso que as medidas de intervenção adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, ou seja, mister haver uma adequação entre o fim almejado e os meios empregados para tanto.

Em atenção ao subprincípio da necessidade, o Estado deve procurar um meio que promova o fim almejado de maneira a não restringir de modo demasiado o direito fundamental, ou nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, “o subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos⁷³”.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece o dever que o Estado tem de aplicar a devida ponderação entre o benefício resultante da aplicação da norma e o ônus por ela provocado. Deste modo, não basta que a norma seja adequada e necessária, haja vista que mesmo atendendo a estes dois subprincípios, pode ela não ser proporcional em sentido estrito.

⁷² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2014, p. 641-642.

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2014, p. 646.

Isto posto, verifica-se que ao longo dos últimos séculos houve uma crescente difusão do princípio da proporcionalidade em sua vertente proibição de excessos, fato este plenamente compreensível devido aos abusos praticados pelos Estados ao intervirem na vida dos cidadãos.

Contudo, nas últimas décadas, devido às decisões extremamente importantes da Corte Constitucional Alemã, um lado até então oculto do princípio da proporcionalidade começou a ganhar ênfase: a proibição de proteção deficiente.

Sabe-se que o primeiro indício de aplicação da chamada proibição de insuficiência ocorreu em julgamento da já mencionada Corte Constitucional Alemã, que discutia sobre a proibição do aborto face à proteção da vida, utilizando-se no caso a expressão “proteção efetiva proporcional”⁷⁴

Entretanto, foi apenas no ano de 1993 que o termo proibição de proteção deficiente (ou proibição de insuficiência) foi expressamente utilizado, também pela Corte Constitucional Alemã, ao tratar sobre o aborto, cuja discussão se deu entre a liberdade sobre o corpo da mulher e a proteção da vida intrauterina. Neste diapasão, o Tribunal decidiu que a vida intrauterina também deve ser protegida, indo o Estado de encontro com a autodeterminação da mãe para proteger a vida do nascituro, podendo utilizar para tanto o direito penal⁷⁵.

Doutra banda, a decisão da Colenda Corte que o Estado não pode se abster de aplicar normas penais intervencionistas para resguardar a vida do feto, do contrário estaria ferindo o princípio da proibição de proteção deficiente⁷⁶.

A partir daí, esse princípio começou a ser difundido nos sistemas normativos de vários países, inclusive no Brasil, sendo aliás tema muito discutido atualmente, devido à verificação de que o Estado tem se omitido por várias vezes no âmbito de

⁷⁴ PINHEIRO, Gleydson Gleber Bento Alves De Lima. **Análise do princípio da proibição da proteção deficiente no direito fundamental à segurança pública à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro.** In: Seminário de Direito Constitucional. 2011/2012, 62 f. Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade Clássica de Lisboa. Lisboa, 2012, p. 31-32.

⁷⁵ PINHEIRO, Gleydson Gleber Bento Alves De Lima. **Análise do princípio da proibição da proteção deficiente no direito fundamental à segurança pública à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro.** In: Seminário de Direito Constitucional. 2011/2012, 62 f. Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade Clássica de Lisboa. Lisboa, 2012, p. 31-32.

⁷⁶ PINHEIRO, Gleydson Gleber Bento Alves De Lima. **Análise do princípio da proibição da proteção deficiente no direito fundamental à segurança pública à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro.** In: Seminário de Direito Constitucional. 2011/2012, 62 f. Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade Clássica de Lisboa. Lisboa, 2012, p. 31-32.

aplicação desta norma, principalmente no campo penal, fato este que influenciou a doutrina especializada a publicar diversos artigos sobre o tema⁷⁷, sendo também tratado em monografias, dissertações⁷⁸ para obtenção de grau de mestrado e diversos trabalhos acadêmicos de modo geral, bem como a melhor doutrina o incluiu em seus livros, sejam manuais ou cursos⁷⁹, dentro dos capítulos que falam sobre o princípio da proporcionalidade, onde antes só exista espaço para falar sobre a proibição de excesso e de como esse princípio é utilizado para dirimir os conflitos entre as normas.

Destarte, diante do fato de que os princípios de *status* constitucional (expressos ou implícitos) são os fundamentos de todo o nosso sistema normativo e devem ser utilizados para arrazoar a aplicação das regras que deles derivam, não existe óbices para que determinada regra seja considerada inconstitucional porque viola determinado princípio informador do sistema normativo. Ao contrário. Nesse aspecto, vale frisar os ensinamentos de Lênio Luiz Streck⁸⁰ acerca do tema:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de

⁷⁷ A título de exemplo: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005; STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005; GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acessado em 16/12/2014.

⁷⁸ A título de exemplo: STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. 2008. 161 f.. Dissertação (mestrado em ciências jurídicas e sociais). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008; PINHEIRO, Gleydson Gleber Bento Alves De Lima. **Análise do princípio da proibição da proteção deficiente no direito fundamental à segurança pública à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro**. In: Seminário de Direito Constitucional. 2011/2012, 62 f. Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade Clássica de Lisboa. Lisboa, 2012.

⁷⁹ Por exemplo: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2014.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p. 180.

determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência (sic) a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.

Como visto alhures, o princípio da proporcionalidade abarca a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente, estes também considerados princípios, que, *a priori*, se opõe, pois enquanto o primeiro é um escudo da coletividade contra os abusos estatais, o segundo garante que o Estado não pode abrir mão de aplicar de forma devida os direitos fundamentais-sociais, como nos casos em que deixa de aplicar determinada sanção penal ou administrativa para proteger determinados bens jurídicos⁸¹.

Assim, o princípio da proporcionalidade pode ser invocado em sua dupla face para solucionar os conflitos entre normas, mesmo que sejam entre outros princípios, quando os interesses de um indivíduo (mesmo que amparado por preceito fundamental) colidem com o dever que o Estado tem proteger os interesses dos demais cidadãos, principalmente quando não há norma jurídica específica disciplinando o tema em questão.

Isto posto, o princípio informativo da proporcionalidade em sua dupla face, além de outros fundamentos, será usado para solucionar o conflito de interesses que é tema do presente trabalho.

3.2 A possibilidade de progressão de regime quando o preso se encontra em regime disciplinar diferenciado

Como explanado anteriormente, à luz do que foi estudado no segundo capítulo do presente trabalho, no tocante aos requisitos objetivo e subjetivo para a progressão de regime previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal, parece estranho à primeira vista que um preso, seja ele provisório ou estrangeiro, consiga

⁸¹ STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005, p. 180.

efetivamente cumprir os dois requisitos necessários para ter direito à progressão quando este estiver submetido ao regime disciplinar diferenciado.

Isto porque para que o detento seja submetido ao RDD, ele precisa praticar pelo menos uma das condutas previstas no caput do art. 52 da LEP e seus parágrafos, quais sejam a prática de fato previsto como crime doloso que ocasione subversão na ordem e disciplina interna da unidade prisional em que se encontre; quando o preso represente alto risco para a ordem e segurança interna do presídio ou da sociedade; ou, por fim, quando sobre ele recaiam fundadas suspeitas de participação, a qualquer título, em organização criminosa⁸².

Deste modo, a princípio pode parecer que só o fato de ao detento ter sido imposto o regime disciplinar diferenciado este não atenderia ao requisito subjetivo previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal, que seria o bom comportamento carcerário, atestado pelo Diretor do estabelecimento prisional, devido à alteração provocada no mencionado artigo pela Lei nº 10.792/2003⁸³ (que alterou diversos dispositivos da LEP), que passou a não mais exigir a realização do exame criminológico ou o parecer da Comissão Técnica de Classificação como critério subjetivo para a autorização de progressão de regime.

Afinal, como um preso que foi submetido ao RDD de maneira fundamentada pelo juiz poderia apresentar bom comportamento carcerário capaz de atender ao requisito subjetivo para a progressão de regime?

No entanto, ao analisar a legislação que atine ao caso em apreço, verifica-se que não há nenhuma norma que vede a progressão para regime mais brando do preso que está em regime disciplinar diferenciado. Aliás, também não há norma que permita tal progressão. A legislação pátria simplesmente calou-se acerca disso. Deste modo, tendo em vista que nosso País adota o sistema progressivo da pena, nada obsta à progressão quando o detento se encontre no RDD, desde que cumpra as condições que a lei estabelece para tanto⁸⁴.

⁸² BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, art. 52.

⁸³ BRASIL, Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, **que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal e dá outras providências**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm#art52, acesso em 17/09/2014.

⁸⁴ MARCÃO, Renato. **Progressão de regime prisional estando o preso sob regime disciplinar diferenciado (RDD)**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acessado em 16/09/2014.

Neste caso, quanto aos requisitos pertinentes à progressão de regime, verifica-se que quando a legislação quer tratar do mencionado benefício de maneira diferenciada, seja em relação ao crime cometido, seja no tocante à pessoa que o praticou, necessariamente deve vir expresso em norma pertinente, como ocorreu nos casos de prática de crime hediondo ou equiparado e crimes contra a administração pública, cujos requisitos para a progressão de regime são diferenciados em comparação com a regra do art. 112 da LEP, como já explanado no capítulo anterior.

Portanto, pelo menos inicialmente, não há norma que impeça o magistrado de conceder a progressão de regime ao preso que está cumprindo sanção disciplinar na modalidade RDD, bem como os requisitos objetivo e subjetivo necessários para se fazer jus a esse benefício seriam os mesmos impostos aos presos comuns, previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal.

Todavia, trazendo à baila os ensinamentos estudados outrora acerca do princípio da proporcionalidade, é razoável que ao preso que praticou uma das condutas que ensejem a aplicação do regime disciplinar diferenciado, sob o qual haja fundadas suspeitas de participação em organização criminosa, de alta periculosidade para a população carcerária e para a sociedade ou que gere subversão na ordem e segurança do estabelecimento prisional, sejam aplicados os mesmos requisitos para progressão daqueles presos comuns, que comprovadamente apresentam bom comportamento carcerário? A resposta para tal indagação é negativa.

Com efeito, apesar de o Legislativo ter se omitido na questão (como geralmente ocorre com temas que não proporcionam o gozo de vantagens eleitoreiras), o aplicador do direito não pode se omitir quando se depara com situação semelhante à apresentada. A saída, portanto, é buscar dentro de nosso sistema normativo uma solução que possa ser utilizada nesses casos, como por exemplo o uso do princípio da proporcionalidade, tanto na sua vertente de ponderador entre conflito de normas, bem como em sua dupla face, ou seja, a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.

De tal modo, se o detento que está em regime disciplinar diferenciado alcançar o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena em regime fechado (regra geral, quando não cometeu crime hediondo ou contra a administração pública), terá deste modo preenchido o requisito objetivo para progredir para regime mais brando. Assim,

resta ao magistrado analisar se houve o cumprimento do requisito subjetivo, para só então autorizar (ou não) a progressão de regime.

Outrossim, é na análise do requisito subjetivo onde os aplicadores do direito devem analisar todas as circunstâncias envolvidas nos casos em que ao preso foi imposto o RDD (sempre de maneira fundamentada), tendo em vista que este detento se diferencia dos demais, merecendo do Estado especial atenção ao analisar o pedido de progressão.

Para ilustrar o exposto, imagine-se a seguinte situação: um cidadão preso que está cumprindo regime disciplinar disciplinado requereu a imediata progressão de regime (o que vai ocasionar a sua saída do RDD), demonstrando que cumpriu o requisito objetivo estabelecido no art. 112 da LEP (cumpriu parte da pena em regime fechado nos moldes da legislação pertinente), bem como apresentou documento elaborado pelo diretor da unidade prisional atestando que manteve bom comportamento carcerário e desta forma teria também cumprido o requisito subjetivo. No caso apresentado, o juiz competente pode deferir este pedido?

Se tal pleito fosse apresentado por um preso comum que cumpre pena em regime fechado, não haveria óbice no deferimento deste.

Contudo, tratando-se de preso que se enquadra em uma das hipóteses previstas no art. 52 da LEP, acredito que o juiz, utilizando de seu poder geral de cautela, poderá se valer de outras circunstâncias para proferir sua decisão, como por exemplo determinar a realização de exame criminológico para se auferir se o detento apresenta as condições necessárias para se adaptar ao regime mais brando e conseqüentemente voltar a conviver em sociedade.

A Lei nº 10.792/2003⁸⁵ (que alterou a Lei de Execução Penal) modificou o requisito subjetivo para a progressão de regime, não sendo mais necessária a realização de exame criminológico para atestar que o detento efetivamente tem condições de se adaptar ao regime mais brando, fato este que levou alguns juristas a alegarem que esta alteração seria inconstitucional⁸⁶, tendo em vista que o Estado

⁸⁵ BRASIL, Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, **que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal e dá outras providências**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm#art52, acesso em 17/09/2014.

⁸⁶ STRECK, Lênio Luiz, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo em execução. Progressão de regime. Apenado condenado pelo delito de roubo majorado. Simples exigência de atestado de comportamento satisfatório. Indicativos de não-preenchimento do requisito subjetivo. Avaliação recente contra-indicando a progressão. Novo quadro na jurisprudência a partir do julgamento do HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006, onde o Supremo**

estaria agindo de modo que fere o princípio da proibição de proteção deficiente, pois não foi realizado nenhum estudo que comprove a desnecessidade de realização de tal exame, alegando que apenas o atestado de bom comportamento elaborado pelo diretor do estabelecimento prisional é insuficiente para a efetiva verificação do cumprimento do requisito subjetivo da progressão de regime prisional.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck na qualidade de Procurador de Justiça emitiu parecer no Agravo em Execução nº 70.014.548.929 (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Criminal) alegando a inconstitucionalidade da nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, pelo fato de que o legislador não poderia dispensar a exigência do exame criminológico, bem como transferir a elaboração de atestado de bom comportamento ao diretor da unidade prisional sem dados empíricos que comprovassem a desnecessidade do citado exame⁸⁷.

O Procurador de Justiça utilizou do princípio da proporcionalidade para explanar que da mesma forma que o Estado deve observar o princípio da proibição de excesso de modo a não ferir garantias individuais, o mesmo Estado tem de zelar pela aplicação do princípio da proibição de proteção deficiente de maneira que, para afastar a proteção penal ou no processo penal, o Estado-legislador precisa provar que o direito penal ou a norma de processo penal que impõe exigências para dar azo à liberdade tornou-se desnecessária, o que de fato não ocorreu, tendo em vista que não foi realizado nenhum estudo que comprove a sua dispensabilidade⁸⁸.

Destarte, tomando por base o princípio da proporcionalidade em sua dupla face, Lênio Streck⁸⁹ esclarece no mencionado parecer que:

Tribunal Federal admite a avaliação do mérito do condenado. Possibilidade de interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) do art. 112 da Lei de Execução Penal. Provimento do agravo. Parecer Ministerial em Agravo em Execução n.º 70.014.548.929 de 03 de abril de 2006. Relatora: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton. Disponível em www.mprs.mp.br, acessado em 22/12/2014.

⁸⁷ STRECK, Lênio Luiz, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo em execução. Progressão de regime. Apenado condenado pelo delito de roubo majorado. Simples exigência de atestado de comportamento satisfatório. Indicativos de não-preenchimento do requisito subjetivo. Avaliação recente contra-indicando a progressão. Novo quadro na jurisprudência a partir do julgamento do HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006, onde o Supremo Tribunal Federal admite a avaliação do mérito do condenado. Possibilidade de interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) do art. 112 da Lei de Execução Penal. Provimento do agravo.** Parecer Ministerial em Agravo em Execução n.º 70.014.548.929 de 03 de abril de 2006. Relatora: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton. Disponível em www.mprs.mp.br, acessado em 22/12/2014.

⁸⁸ Id, Ibid, p. 09-10.

⁸⁹ Id, Ibid, p. 11, 12.

Assim, v.g., uma conduta só pode ser descriminalizada se for comprovado, por dados empíricos (pesquisas científicas), que o direito penal tornou-se despicendo. Do mesmo modo, **uma norma processual que impõe requisitos para a obtenção da progressão de regime igualmente não pode ser derogada, sem que o Estado prove que tais requisitos não mais são necessários**. Simples, pois!

Dizendo de outro modo: a exigência dos laudos era o meio que o Estado tinha para controlar a saída ou a progressão de regime dos apenados. Um dos objetivos era evitar o retorno à comunidade de pessoas que pudessem vir a colocar em risco as demais pessoas da sociedade. **Afinal, a segurança também é um direito fundamental do cidadão (art. 5º caput da CF)**. (grifei).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entende que a alteração realizada no art. 112 da Lei de Execução Penal não padece de inconstitucionalidade, tendo em vista que esta não aboliu por completo a realização de exame criminológico como critério de avaliação do cumprimento do requisito subjetivo previsto no citado artigo.

Em seus julgados, o Pretório Excelso entende que a realização do citado exame não é mais obrigatória para se auferir se o preso comum atende ao requisito subjetivo da progressão de regime. No entanto, ao analisar as circunstâncias do caso concreto, se o juiz sentir a necessidade de se realizar o citado laudo para formar seu *opinio* quanto ao deferimento ou não do pedido de progressão, este pode requerer a realização do exame, desde que o faça de maneira fundamentada, e desta forma utilizá-lo em conjunto com o atestado do diretor do presídio para analisar se o detento de fato atende ao requisito subjetivo para progredir para regime mais brando.

Tal entendimento é corroborado pela inteligência da Súmula Vinculante nº 26⁹⁰, que tem os seguintes termos:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento da pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Assim, analisando a Súmula Vinculante acima transcrita, percebe-se que no caso de prática de crime hediondo, foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º,

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Súmula Vinculante nº 26, “**Para efeito de progressão de regime no cumprimento da pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico**”, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

inc. II, § 1º da Lei nº 8.072/1990⁹¹, que dispunha que a pena decretada pela prática de crimes dispostos naquela lei deveriam ser cumpridas integralmente em regime fechado. Desta forma, o Colendo Supremo Tribunal Federal estava, na prática, reconhecendo que os condenados (bem como presos provisórios) por crime hediondo também tinham direito à progressão de regime.

Contudo, levando-se em consideração a gravidade do delito praticado, quais os critérios que deveriam ser aplicados para propiciar esta progressão?

Pensando nisso, o Poder Legislativo elaborou a Lei nº 11.464/2007, que entre outras disposições, acrescentou o § 2º ao mencionado artigo, estabelecendo que a “progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente⁹²”.

A partir de então a progressão de regime no âmbito dos crimes hediondos e equiparados passou a ter um critério objetivo próprio, sendo portanto divergente da regra geral (art. 112 da LEP).

Como se denota do teor da Súmula Vinculante nº 26, o Pretório Excelso abriu a possibilidade de que o juiz, julgando no caso em concreto que apenas o atestado do diretor do presídio não é suficiente para preencher o requisito subjetivo devido à complexidade do caso, pode ele determinar, desde que fundamentadamente, a realização de exame criminológico para formar seu convencimento.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 439⁹³ firmando o entendimento de que “admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”, estendendo essa faculdade aos demais casos, tendo em vista que a Súmula Vinculante nº 26º tratava apenas dos crimes hediondos e equiparados.

⁹¹ BRASIL, Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, **Lei dos Crimes Hediondos**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013

⁹² BRASIL, Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, **dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#art1, acessado em 19/01/2015.

⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula nº 439 **“Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

Assim, sempre que se tratar de crime complexo ou quando o preso se mostrar de alta periculosidade, faculta ao juiz que determine a realização de exame criminológico para averiguar se o detento realmente apresenta condições de ser transferido para regime mais brando, de forma que não exponha os demais presos a riscos, bem como a sociedade, fazendo-o sempre de forma fundamentada e após oitiva do Ministério Público.

Neste íterim, entendo que a Súmula nº 439 do STJ⁹⁴ deve ser observada quando um detento que se encontre em regime disciplinar diferenciado requeira ao juízo a sua progressão de regime e consequente saída do RDD (já que esta sanção só pode ser aplicada no regime fechado), alegando que cumpriu 1/6 (um sexto) da pena em regime fechado (em caso de não haver praticado crime hediondo ou contra a administração pública) e possui boa conduta atestada pelo diretor do estabelecimento prisional, uma vez que a falta grave por ele praticada, sua alta periculosidade ou havendo indícios de que ele seja integrante de organização criminosa, o juiz deve utilizar-se de seu poder geral de cautela para colher outros elementos que permitam auferir de maneira irrefutável que aquele preso, mesmo cumprindo RDD, possa progredir de regime, podendo inclusive determinar a realização do exame criminológico.

Em que pese o entendimento do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o Pleno ainda não julgou caso que se enquadre no tema do presente trabalho. Entretanto, existem julgados sobre o assunto naquela corte, em especial decisões proferidas monocraticamente em pedido liminar.

Entretanto, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça tema correlato já foi mais debatido, havendo vários julgados acerca do deste. Deste modo, é possível constatar que aquele Tribunal entende que só o fato de o preso ter sido submetido a regime disciplinar diferenciado, mesmo que já tenha terminado de cumprir tal sanção, já impossibilita a progressão para regime mais brando, por entender que este fato *per si* já demonstra que o detento não possui bom comportamento carcerário, estando inapto a cumprir pena em regime menos severo⁹⁵.

⁹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula nº 439 “**Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada**”, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

⁹⁵ Nesse sentido: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS : HC nº 252.546 / SP (2012/0179974-5). **Decisão da Relatora**. Paciente: Anderson Roberto Batista. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ 20/09/2012. Disponível em

É o que se percebe, como exemplo, da decisão proferida pela Relatora Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE) na Medida Cautelar nº 21.706 – RJ (2013/0338447-9), cujo requerido, Marcelo Tavares da Silva, foi condenado pela prática de diversos crimes graves (roubo, extorsão mediante sequestro, homicídio e tráfico de drogas), bem como sobre ele recaiam fundadas suspeitas de ser um dos líderes da organização criminosa do Rio de Janeiro denominada “Comando Vermelho”⁹⁶.

Em resumo, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou pedido de medida liminar nos autos de conflito de competência suscitado entre o Juízo da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro e o Juízo da Execução Penal de Catanduvas/PR. Isto porque o Juízo da Execução de Catanduvas/PR deferiu o pedido de progressão de regime e determinou a transferência da Penitenciária Federal de Catanduvas do apenado para o sistema prisional estadual.

A Ministra entendeu que tal decisão compromete os interesses da segurança, paz e ordem pública, tendo em vista que o se trata de condenado de alta periculosidade, sendo inclusive um dos líderes da facção chamada “Comando Vermelho”. Neste ínterim, mister se faz a leitura de parte da fundamentação da magistrada:

Ao meu sentir, tal decisão, repercuti no objeto CC n. 124.362/RJ, ainda pendente de julgamento pela egrégia Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, além de implicar em ofensa direta ao comando legal contido no art. 10, § 6º, da Lei n. 11.671/2008 "enquanto não decidido o conflito de competência em caso de renovação, o preso permanecerá no estabelecimento penal federal. **Não se pode perder de vista, sobretudo, que o decisum em referência compromete os interesses da segurança, paz e ordem públicas, considerando o fato de que o preso seria de elevada periculosidade, com condenações por crimes graves (roubo, extorsão mediante sequestro (sic), homicídio e tráfico de drogas, dentre outros), assim como um dos líderes da facção criminosa denominada Comando Vermelho.** Entendo, nesse contexto, que quer o sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro, quer o do Estado do Paraná, não são locais indicados para que o condenado cumpra a sua pena, **sendo de rigor a sua permanência na Penitenciária Federal de Catanduvas-PR, em regime disciplinar diferenciado**, até o julgamento do CC n. 125.871/RJ (grifei).

http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=252.546&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO, acessado em 24/02/2015.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MEDIDA CAUTELAR : MC 021706 / RJ (2013/0338447-9). **Decisão da Relatora.** Requerido: Marcelo Tavares da Silva. Relatora: Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE). Data de publicação: 17/10/2013. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=21.706+&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO, acessado em 24/02/2015.

Baseando-se em tal fundamentação, a Ministrada deferiu o pedido liminar interposto pelo Ministério Público, determinando que o preso permanecesse na Penitenciária federal de Catanduvas em regime disciplinar diferenciado.

Percebe-se assim que na medida em que não há regulamentação específica sobre o tema, deve o magistrado tratar a questão de modo sábio, já que se deferir o pleito do detento sem auferir de maneira devida os fatos relacionados àquele caso, as consequências podem ser graves tanto para a ordem e segurança da unidade prisional, como para a sociedade.

Isto posto, imagine-se a seguinte situação: determinado cidadão foi condenado pela prática de um crime e o juiz o colocou em regime disciplinar diferenciado pelo período de 360 (trezentos e sessenta) dias de maneira devidamente fundamentada, por haver indícios de que este indivíduo era integrante de alta patente de uma organização criminosa envolvida com o tráfico de drogas. Ao final desse prazo, o juiz determinou nova internação em RDD devido ao mesmo fato, sem ultrapassar o limite de 1/6 (um sexto) da pena para permanência no regime disciplinar diferenciado. Agora imagine-se que este preso cumpriu em regime fechado pena suficiente para preencher o requisito objetivo do art. 112 da Lei de Execução Penal. Assim, antes de findo o prazo de permanência no RDD, requereu a imediata transferência para regime mais brando alegando bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do presídio, haja vista que cumpriu os dois requisitos que a lei determina.

Nesta situação o juiz deve utilizar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo para decidir se concede ou não a progressão de regime, podendo inclusive se utilizar de outros elementos que formem seu convencimento, determinando a realização do exame criminológico. Neste caso, tendo a Comissão Técnica de Classificação elaborando que o detento está apto a migrar para regime menos severo e não havendo outros elementos que indiquem que este causará algum tipo de transtorno na ordem interna do presídio ou na sociedade, não há óbice em o juiz conceder esse pedido, já que o preso efetivamente cumpriu todos os requisitos necessários para a progressão do regime prisional, mesmo estando ele no regime disciplinar diferenciado, pois os motivos que levaram o juiz a aplicar essa sanção não mais existem.

Contudo, imagine-se esse mesmo caso, onde o preso está em RDD por haver indícios de participação em organização criminosa ligada ao tráfico de drogas, cumpriu o tempo mínimo de pena exigido para poder progredir, apresentou bom comportamento carcerário devidamente atestado e o exame criminológico não apontou impedimentos quanto à sua progressão. Entretanto, o juiz tomou conhecimento de que a organização criminosa a que ele pertence elaborou um plano para fazer a extração desse preso do regime prisional assim que este for transferido para regime mais brando, sendo que o detento não tinha ciência de tal maquinação, como o juiz deve proceder? Afinal, o detento preencheu todos os requisitos que a lei estabelece para progressão de regime, que se tornou direito subjetivo do preso.

A resposta para este impasse mais uma vez deve ser buscada no princípio da proporcionalidade, haja vista que há um conflito entre suas duas faces: de um lado está o preso, protegido pela proibição de excesso, visto que ganhou o direito subjetivo de progredir de regime, uma vez que cumpriu todos os requisitos necessários, havendo assim abuso do Estado caso não efetive este direito; de outro lado, encontra-se a sociedade, amparada pela proibição da insuficiência, haja vista que se o Estado abrir mão de manter aquele preso de alta periculosidade em regime fechado e também no RDD, este vai voltar a liderar o tráfico de drogas com sua facção (diante do fato de já haver um plano de extração programado para tirá-lo da cadeia assim que possível), algo que aumenta a periculosidade naquela determinada localidade onde a sua organização criminosa atua, levando-se em consideração que a segurança também é um direito fundamental do cidadão⁹⁷.

Deste modo, no caso ora analisado, não é aconselhável que o juízo determine a progressão de regime e sua conseqüente retirada do regime disciplinar diferenciado, haja vista que o regime mais brando não oferece a segurança necessária para manter este preso em cárcere, bem como não seria possível impedir que este voltasse a comandar o tráfico de drogas de dentro do estabelecimento prisional.

⁹⁷ STRECK, Lênio Luiz, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo em execução. Progressão de regime. Apenado condenado pelo delito de roubo majorado. Simples exigência de atestado de comportamento satisfatório. Indicativos de não-preenchimento do requisito subjetivo. Avaliação recente contra-indicando a progressão. Novo quadro na jurisprudência a partir do julgamento do HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006, onde o Supremo Tribunal Federal admite a avaliação do mérito do condenado. Possibilidade de interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) do art. 112 da Lei de Execução Penal. Provimento do agravo.** Parecer Ministerial em Agravo em Execução n.º 70.014.548.929 de 03 de abril de 2006. Relatora: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton. Disponível em www.mprs.mp.br, acessado em 22/12/2014, p. 11, 12.

Isto posto, conclui-se que atualmente não há óbice para que o preso que está cumprindo regime disciplinar diferenciado progrida de regime, de modo que se garanta a efetiva aplicação do sistema progressivo de penas e a reinserção gradual do detento em sociedade.

No entanto, até a edição de norma específica para o regular o tema, fica a critério do juiz decidir este conflito, devendo sempre analisar caso a caso para que não cometa excessos e nem desrespeite a proibição de proteção deficiente, devendo utilizar-se de todos os meios adequados, necessários e lícitos para aplicar a melhor solução para o problema, utilizando para tanto os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para decidir se o preso que se encontra sob o regime disciplinar diferenciado deverá progredir de regime, sendo aconselhável a realização do exame criminológico como meio de apurar se o detento está apto a cumprir pena em regime mais brando, bem como empenhar outras diligências que ajudem a formar seu convencimento.

Isto posto, apesar dos mecanismos disponíveis para que o Judiciário solucione este conflito de interesses, é imperiosa a regulamentação do tema através de Lei, haja vista que por melhor que sejam as decisões dos juízes que se deparam com essa problemática, o cidadão preso não pode ficar em uma posição que gere insegurança jurídica, tendo em vista a ausência de norma pertinente, de forma que a decisão acerca da progressão de regime quando o preso está sob regime disciplinar diferenciado não fique mais totalmente a critério do juiz, que terá de observar as disposições estabelecidas por norma que discipline o tema.

Da mesma forma, a sociedade não pode sofrer com mais uma violação à sua segurança, tendo em vista que devido à falta de norma, fica totalmente a critério do juiz exigir mais elementos que comprovem que o detento está apto a sair do RDD e voltar a sociedade, que pode observar o princípio da proporcionalidade em sua dupla face para fundamentar seu entendimento ou não. Assim, caso os magistrados não avaliem de forma detalhada se os elementos subjetivos para a progressão de regime foram atendidos, pode determinar que um indivíduo de alta periculosidade volte às ruas, fato que fere frontalmente a proibição de proteção deficiente.

Isto posto, resta claro que é imperioso a regulamentação do tema abordado em norma específica a ser elaborada pelo Estado-legislador, de modo a garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, tanto do preso, como da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi abordado, resta claro que o regime disciplinar diferenciado, apesar da severidade de sua disciplina, é medida válida que o Estado utiliza para tentar manter as ações do crime organizado sob controle, de modo a isolar o preso de maior periculosidade do convívio com os demais detentos, bem como dificultar que este mantenha contato com o mundo externo e, desta forma, fique impedido de causar insurreições na unidade prisional, bem como de comandar o crime organizado de dentro do cárcere

Destarte, apesar da gravidade dos crimes que tais presos cometeram, o Estado não pode simplesmente os privar do direito de progredir de regime, inerente ao sistema progressivo adotado no Brasil, de maneira infundada. Contudo, observa-se que o legislador se omitiu ao não regulamentar como esta progressão de regime deve ocorrer e quais os requisitos objetivos e subjetivos que os detentos sob o RDD devem atender para progredirem para regime mais brando.

Assim, resta ao Judiciário mais uma vez resolver este conflito de normas face à omissão do Estado-legislador, que não tratou do assunto por meio de lei, o que gera uma insegurança jurídica não só para aqueles que estão diretamente ligados ao conflito de interesses, mas também para a sociedade.

Neste íterim, o juiz competente, ao se deparar com o caso em concreto, deve sopesar da melhor forma possível qual princípio deve prevalecer, se o da proibição de excesso, nos casos em que o preso mesmo estando em regime disciplinar diferenciado atenda a todos os requisitos necessários para progredir de regime, ou se o da proibição de proteção deficiente, que ocorre quando o preso que está em regime disciplinar diferenciado aparentemente cumpriu todos os requisitos para ser transferido à regime mais brando e conseqüentemente sair do RDD, contudo o juízo identifica que caso este preso progrida de regime, irá por em risco a ordem do estabelecimento prisional ou a segurança pública, que é direito fundamental da sociedade.

Deste modo, enquanto o Estado-legislador se omitir em regulamentar o tema, o Estado-juiz deve se utilizar de todos os mecanismos lícitos para formar seu convencimento, inclusive utilizar-se do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, determinar a realização de exame criminológico e empreender as diligências

que entender necessárias para formar seu convencimento, em nome de seu poder geral de cautela.

Contudo, resta claro que a regulamentação do tema mediante lei é imperiosa, haja vista que mesmo tendo à disposição todos esses mecanismos para dirimir este conflito de interesses, fica totalmente a critério do juízo competente aplicar ou não os mesmos, de modo que as decisões podem causar uma grave insegurança jurídica para o preso e para a sociedade, tendo em vista que se o juízo não analisar de maneira criteriosa e cuidadosa o caso em concreto, pode cometer excessos mantendo o preso indevidamente em regime mais grave, ou ferir a proibição de proteção deficiente, caso determine que um detento que não está apto a viver em sociedade volte ao convívio social, podendo causar insurreições na unidade prisional ou afetar diretamente a segurança pública, caso seja integrante que desempenhe papel de liderança em organização criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, **Código Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, **Lei de Execução Penal**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, **Lei dos Crimes Hediondos**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, **que altera a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal e dá outras providências**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm#art52, acesso em 17/09/2014.

BRASIL, Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007, **dá nova redação ao art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal**, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#art1, acessado em 19/01/2015.

BRASIL, Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007 – **Regulamento Penitenciário Federal**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2007/Decreto/D6049.htm, acesso em 17/09/2014.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal: Esquematizado**, 1ª. ed. - São Paulo: Forense, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas** (1764), ed. Eletrônica: Ridendo Castigat Moares, disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>, acesso em 27/08/2014.

BITTENCOUT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 20ª ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério, **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**, 2ª ed. rev. ampl. e atual. – Niterói, RJ: Impetus, 2015.

MARCÃO, Renato, **Curso de Execução Penal**, 10ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis nº 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remissão de pena). São Paulo: Saraiva. 2012.

MARCÃO, Renato, **Lei de Execução Penal Anotada**, 4ª ed. reform., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11ª Edição - Editora Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código Penal Comentado**, 14ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª edição revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal – 5. Ed. Ver., atual. E ampl. 2. Tir.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 8ª edição revista, ampliada e atualizada, Editora Juspodivm, 2013.

STRECK, Maria Luiza Schafer. **O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. 2008. 161 f.. Dissertação (mestrado em ciências jurídicas e sociais). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

PINHEIRO, Gleydson Gleber Bento Alves De Lima. **Análise do princípio da proibição da proteção deficiente no direito fundamental à segurança pública à**

luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: Seminário de Direito Constitucional. 2011/2012, 62 f. Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito, Universidade Clássica de Lisboa. Lisboa, 2012.

FLACH, Michael Schneider. **O princípio da proporcionalidade como limite penal.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 68, jan. 2011 – abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência.** Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, marco/2005.

STRECK, Lênio Luiz, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo em execução. Progressão de regime. Apenado condenado pelo delito de roubo majorado. Simples exigência de atestado de comportamento satisfatório. Indicativos de não-preenchimento do requisito subjetivo. Avaliação recente contra-indicando a progressão. Novo quadro na jurisprudência a partir do julgamento do HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.02.2006, onde o Supremo Tribunal Federal admite a avaliação do mérito do condenado. Possibilidade de interpretação conforme à Constituição (verfassungskonforme Auslegung) do art. 112 da Lei de Execução Penal. Provimento do agravo.** Parecer Ministerial em Agravo em Execução n.º 70.014.548.929 de 03 de abril de 2006. Relatora: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton. Disponível em www.mprs.mp.br, acessado em 22/12/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Súmula Vinculante nº 26, **“Para efeito de progressão de regime no cumprimento da pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Informativo nº 450, **Falta Grave: Progressão e Perda dos Dias Remidos.** RHC 89031/RS, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Carlos Britto, 28.11.2006. (RHC-89031), disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo450.htm#Falta>, acessado em 21/11/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Informativo nº 772, **Progressão de regime e reparação do dano em crime contra a administração pública – 1**, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo772.htm>, acessado em 07/02/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal - Súmula 718 **“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada”**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS : HC nº 252.546 / SP (2012/0179974-5). **Decisão da Relatora**. Paciente: Anderson Roberto Batista. Relatora: Ministra Laurita Vaz. DJ 20/09/2012. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=252.546&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO, acessado em 24/02/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MEDIDA CAUTELAR : MC 021706 / RJ (2013/0338447-9). **Decisão da Relatora**. Requerido: Marcelo Tavares da Silva. Relatora: Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE). Data de publicação: 17/10/2013. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=21.706+&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO, acessado em 24/02/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula nº 439 **“Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula 440 **“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - Súmula 491 **“É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional”**, 15ª ed. atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS : HC 118380 / RS (2008/0226323-0). **Execução penal. Habeas corpus. Falta disciplinar de natureza grave. Interrupção do lapso temporal para a concessão de benefícios. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Constrangimento ilegal. Ordem concedida**. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 17/09/2009, disponível

em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5996563/habeas-corpus-hc-118380-rs-2008-0226323-0>, acessado em 21/11/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS : HC 40300 / RJ (2004/0176564-4), Habeas corpus. **Regime disciplinar diferenciado. Art. 52 da LEP. Constitucionalidade. Aplicação do princípio da proporcionalidade. Nulidade do procedimento especial. Reexame de provas. Impropriedade do writ. Nulidade da sentença condenatória não reconhecida.** Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 07/06/2005, disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4/inteiro-teor-12956233>, acessado em 19/09/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - HABEAS CORPUS : HC 191223 / SP (2010/0215946-7), Criminal. Habeas corpus. **Execução penal. Progressão per saltum. Impossibilidade. Art. 112 da LEP. Necessidade do prévio desconto de 1/6 da pena no regime anterior. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.** Relator: Min. Gilson Dipp, DJ 01/02/2012, disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=191223&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO, acessado em 19/02/2015.

BELLO, Rodrigo, **Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado**, disponível em <http://rodrigobello.wikidot.com/da-inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado>, acesso em 24/05/2014.

BUSATO, Paulo César. **Regime disciplinar diferenciado como produto de um direito penal de inimigo**, disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=59, acesso em 27/08/2014.

DELMATO, Roberto, **Regime Disciplinar Diferenciado ou Pena Cruel?** Boletim IBCCrim, nº 134, ano 11, jan. 2004, pág. 5, Disponível em http://www.delmatto.com/Conteudo/artigos/2004/Roberto/regime_disciplinar_diferenciado.pdf, acesso em 19/09/2014.

Exposição de Motivos 213, de 09 de maio de 1983, **Exposição de Motivos a Lei de Execução Penal**, disponível em <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B0C1EFF3F-6A4E-4873-A91C-D7EE56806E63%7D>, acessado em 06/02/2015.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O Regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora.** Disponível em <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>, acessado em 16/09/2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da proibição de proteção deficiente**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>, acessado em 16/12/2014.

MARCÃO, Renato. **Progressão de regime prisional estando o preso sob regime disciplinar diferenciado (RDD)**. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br>, acessado em 16/09/2014.

Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social, disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>, acessado em 08/01/2014.