

A CONSTITUCIONALIDADE DA REGRESSÃO CAUTELAR DE REGIME

RODRIGUES, Kevertti do Nascimento¹
DA ROSA, Lucas Augusto²

RESUMO:

Na execução penal, quando o sentenciado já está cumprindo pena sendo essa pena em qualquer regime sendo eles, aberto, semiaberto, com isso há a possibilidade da regressão cautelar de regime em fase de cumprimento da pena, com isso o apenado regride para o regime mais gravoso sem a sua prévia oitiva, com a prática de um novo delito, não sendo necessário o trânsito em julgado desse, pode-se discutir a constitucionalidade desse instituto, pois os princípios fundamentais descritos na Constituição Federal não são observados nesse momento, de forma que esse trabalho discutirá sobre a legalidade da aplicação e também a relevância desse instituto. O assunto do referido trabalho é sobre a constitucionalidade da regressão cautelar de regime prisional de cumprimento de pena tendo em vista que pode ferir o princípio da presunção de inocência, por conta do cometimento de novo crime considerado falta grave para fins de regressão de regime.

PALAVRAS-CHAVE: Regressão cautelar de regime; execução penal; falta grave.

THE CONSTITUTIONALITY OF PRECAUTIONARY REGRESSION OF REGIME

ABSTRACT:

In criminal execution, when the convict is already serving his sentence, this sentence being in any regime, being them, open, semi-open and conditional release, with this there is the possibility of precautionary regression of the regime in the phase of serving the sentence, with that the convict regresses for the most burdensome regime without its prior hearing, with the practice of a new crime, the constitutionality of this institute can be discussed, since the fundamental principles described in the Federal Constitution are not observed at that moment, so that this work will discuss the legality of the application of this institute. The subject of this work is about the constitutionality of the precautionary regression of the prison regime of serving a sentence, due to the commission of a new crime considered serious misconduct for the purposes of regime regression.

KEYWORDS: Regime precautionary regression; penal execution; serious fault.

1 INTRODUÇÃO

A regressão cautelar de regime é instituto definido na lei execuções penais no teor de seu artigo 118º, surgindo para tentar coibir de alguma forma que o apenado cometa um novo

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz – FAG, Cascavel/PR. E-mail: kevertti.rodrigues@hotmail.com.

² Docente orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Assis Gurgacz – FAG, Cascavel/PR. E-mail: lucasaugustodarosa@fag.edu.br

crime, esse novo crime é considerado uma falta grave podendo o sentenciado regredir para o regime mais gravoso.

O sentenciado somente sofrerá essas sanções se o mesmo cometer uma falta grave no curso do processo de execução, a Lei de Execuções penais definiu o que é considerado falta grave no teor de seu artigo 50, 51 e 52 respectivos.

A regressão de regime está prevista no artigo 118 da lei execução penal, podendo ser regredido o sentenciado por qualquer regime mais gravoso pelo cometimento de um novo crime doloso de forma cautelar sem a oitiva do sentenciado e poderá ser regredido de forma definitiva após o contraditório do sentenciado que será alegado em audiência de justificativa do acusado. Ocorre que essa regressão por conta desse novo crime pode ser declarada inconstitucional, pois esse novo crime ainda não transitou em julgado em sua ação penal.

O princípio basilar previsto no artigo 5º no seu inciso LVII da Constituição federal, pode ser afetado por conta desse instituto, pois essa ação penal que ensejou em sua regressão de regime, em sua execução de pena ainda não transitou em julgado, dessa forma o sentenciado ainda não foi declarado culpado nessa ação penal, nesse sentido o sentenciado regrediria de regime, sendo que, ainda não foi condenado por esse crime, não sendo observado o princípio da presunção de inocência, pois dessa forma o sentenciado poderia ser declarado inocente na ação penal, e com isso a regressão da execução de pena seria ineficaz, tendo em vista que o mesmo foi declarado inocente. Violando também outros princípios como o do contraditório o da ampla defesa e o devido processo legal.

É possível a regressão cautelar de regime pelo a pratica de um novo delito? Nesse contexto é assegurado os direitos fundamentais da pessoa? Desse modo está sendo observado os princípios basilares da Constituição federal? O artigo 118 da Lei de execuções penais viola o Princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º LVII da Constituição federal Brasileira?

O objetivo da presente pesquisa é realizar de forma que fique constatado que a regressão cautelar regime é inconstitucional tendo em vista que os requisitos para a aplicação desse instituto são contrários a Constituição Federal, embora simulado e com jurisprudência conforme os entendimentos adotados pelos tribunais superiores com relação a esse tema divergente.

Portanto transcorrerá através de métodos conceituais, também serão utilizados conceitos e ideias de autores, para a elaboração de uma pesquisa científica sobre o objeto de estudo. Iniciando de conceitos e informações expostas autores, havendo um confronto de idéias

de cada autor, sobre o assunto em discussão para em seguida retirar as informações essenciais para a compreensão do problema

2 - DA EXECUÇÃO PENAL

Para entendermos a regressão cautelar de regime, primeiramente devemos percorrer como é feito o processo de execução e quais etapas são realizadas, o processo de execução se inicia com a condenação em uma ação penal, após essa sentença, gera uma guia de execução provisória, a ser enviada ao juízo competente para executar a pena, Com a sentença transitado em julgado a vara da originaria da condenação confecciona a guia de recolhimento definitiva, assim envia a vara de execuções penais, pois essa é a competente para esse feito, com essa guia o juiz designará qual será a condições ou local a ser cumprido a pena.

Com o cadastramento de guia definitiva de execução, deverá iniciar se o cumprimento da pena, se o sentenciado for condenado em regime fechado, deverá ser imediatamente expedido mandado de prisão para que esse seja recolhido e cumpra as condições do regime a ele impostas, nesse caso se o sentenciado estiver solto. (NUCCI,2018)

Se o apenado for condenado em regime aberto ou em semiaberto, deverá o juízo marcar audiência admonitória, para adverti-lo das condições que o mesmo deverá seguir, nessa audiência será informado das faltas graves que ele não poderá cometer no curso do processo de execução, sendo informado também as condições de cumprimento de pena, sendo essas divergentes de um juízo para outro, essas condições se não cumpridas também serão consideradas falta grave.(ROIG, 2018)

Para Guilherme Souza Nucci (2018) é a fase processual que o estado faz valer sua pretensão punitiva e a transforma em pretensão executória, a execução de pena ocorre quando, há condenação na ação penal por algum delito, dessa forma a sentença é um título executivo judicial, devendo o estado manifestar sua pretensão de punir e executar. Ainda, trata se da fase que o esta fará vale a pretensão punitiva no estado.

Para Marcão (2022) o sistema de execução penal é adotado o sistema misto, do ele composto, por dois pressupostos, sendo eles, punir e humanizar, não buscando somente a prevenção para que esse preso não retome a praticar novos delitos, mais a humanização e a reintegração dessa pessoa a sociedade.

Ocorre que o sistema penitenciário brasileiro, não há humanização, pelo contrário é somente para punir e muitas vezes fazer com que aquela pessoa entre ainda mais na vida do crime, pois, o preso maioria das vezes sai pior do que quando ele foi preso.

O artigo 1º da lei de execuções penais prevê que:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

De forma que o estado é o detentor do direito para punir e reintegrar o sentenciado na sociedade, assim a execução penal há vários institutos para que o sentenciado possa cumprir a sua pena e ao mesmo tempo possa de alguma forma se integrado na sociedade novamente.(NUCCI ,2018)

Vale se destacar, os direitos dos sentenciados, sendo eles previstos no artigo 41 da lei de execuções penais, sendo esses direitos muitas vezes relativizados e não observados, por conta de alguma limitação, sendo ela estrutural do sistema prisional, ou uma forma de banalizar o mal, pois todos que são competentes de assegurar esse direitos aos presos, já estão tão acostumados a não atender esse direitos, que de certa forma para eles, se torna algo normal, mas não pode se deixar que isso seja algo cultural, pois mesmo que de certa forma esse preso esteja cumprindo pena, não podemos descriminalizá-lo.(NUCCI ,2018)

Há vários institutos para antecipação do termino dessa pena, a remissão está descrita no artigo 126 da lei de execuções, podendo ser adquirida através do trabalho, estudo ou leitura, nos casos de trabalho será descontado de sua pena 1 dia para cada 3 dia de trabalho, já para estudo a pena é diminuída em um dia a cada 12 horas de estudo, e na leitura é remido 4 dias de pena para cada obra, se limitando em 12 obras anuais.(BRASIL, LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.)

Além dos regimes de cumprimento de pena, também a antecipação da liberdade do sentenciado, pode ser através de livramento condicional, prisão domiciliar, liberdade vigiada, esses institutos poderão sofrer revogação, igual aos regimes de cumprimento de pena, com o cometimento de uma falta grave.

Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018) a execução penal deve seguir vários princípios, sendo, o princípio da humanidade, legalidade, da não discriminação, da individualização da pena, da intervenção mínima, culpabilidade, lesividade, transcendência mínima, proporcionalidade, celeridade, *Numerus Clausus* (Número Fechado), e por fim o mais

importante para essa pesquisa a presunção de inocência. Tais princípios devem ser observados para a aplicação da execução da pena.

Pode se afirmar que é dado todas as condições para o cumprimento efetivo, porem há pontos que devem ser, aprimorados para a melhor percepção dos princípios basilares, tendo em vista que muitas vezes o princípio da presunção de inocência é deixado de lado e não aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

Existem 3 modalidades de cumprimento de pena, dentre eles, o regime fechado, semiaberto e regime aberto, o sistema de execução penal brasileira adotou o sistema progressivo de cumprimento de pena, devendo cumprir vários requisitos, sendo eles objetivo ou até mesmo subjetivos.

Conforme definiu se no artigo 59 do código penal brasileiro em seu inciso III, deverá o julgador fixar o quantum de pena e também o regime inicial de cumprimento de pena, sendo destacado também em seu artigo 33 do Código penal.

Sendo considerado o regime fechado, o regime mais severo para cumprimento de pena, sendo ele realizado em regime prisional a seu designado pelo juízo competente, devendo a pena ser maior que 8 anos.

Já o regime semiaberto trata se de um regime mais brando do que o regime fechado, tendo em vista que nessa fase o sentenciado cumpri pena em colônia penal via de regra, contudo se não houver vaga nesse estabelecimento para o cumprimento nessa modalidade, poderá o juiz da execução penal harmonizar o regime semiaberto, que não mais é do que estabelecer as condições do regime aberto para o semiaberto, ficando assim o sentenciado obrigado a cumprir os requisitos para o cumprimento de pena, sendo requisito para a aplicação desse regime o sentenciado não pode ser reincidente e a pena não poderá ser inferior a 4 ano e nem superior a 8 anos.

E por fim se o sentenciado não for reincidente e sua pena não for superior a quatro anos, poderá inicial seu cumprimento de pena já em regime aberto que é considerado o mais brando entre todos poderá ser cumprimento em casa de albergado. Vale se destacar também os institutos que antecipam a liberdade do agente, dentre eles o principal é o livramento condicional, que é muito utilizado.

Podendo com o cumprimento dessas penas, progredir de forma progressiva para um regime mais brando do que já está, conforme definiu se no artigo 33, parágrafo 2º, o sentenciado ficará sujeito a cumprimento de forma progressiva.

Para Alexis (2022) a progressão significa em passar de um regime mais severo para um mais brando, anteriormente o compute da para progressão era de 1/6 da pena imposta, ocorre que a partir de 2007 foram criadas novas frações para progressão de pena 2/5 a 3/5 entrando em vigência no ano 2020.

Nesse sentido a Lei de execuções penais em seu artigo 122 regulamenta que, deverá cumprir 16% se o agente for primário e não houver violência e nem grave ameaça, 20% se reincidente em crime sem violência e grave ameaça, 25% se primário em crime com violência e grave ameaça, 30% se reincidente em crime com violência e grave ameaça, 40% se o sentenciado for primário em crime hediondo, 50% se o sentenciado ter cometido o crime hediondo com resultado morte, comandar organização criminosa e constituir milícia privada, 60% se for reincidente em crime hediondo e por fim 70 % se reincidente em crime hediondo com resultado morte, sendo esses requisitos objetivos, devendo cumprir os requisitos subjetivos.

Para Roig (2018) o livramento condicional é a antecipação da liberdade antes do termino da pena, ocorre que, mesmo que o agente se encontre em regime inicial fechado poderá ele ser beneficiado pelo livramento condicional devendo cumprir requisitos objetivos e subjetivos para essa concessão.

Essas regras serão divergentes de um juízo para o outro, ocorre que quem determinará as condições a serem seguidas será o juiz competente daquela determinada execução, devendo ele observar as necessidades e adequar conforme a vagas disponíveis no sistema prisional.

Ainda entende que, se qualquer regime sendo ele mais gravoso que qualquer um, mas não conter vaga necessária para alocar o sentenciado, deverá ele ser colocado em um regime que consiga e tenha vaga para cumprir, com por exemplo, o sentenciado foi condenado a regime fechado, porém não tem vaga no sistema prisional, deverá o juiz realocá-lo em um regime que ele consiga cumprir, como por exemplo, fixar a prisão domiciliar ou até mesmo o livramento condicional.

2.2 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Tal princípio está descrito na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVII, e na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948

Artigo 11: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”

Já o Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º regulamenta que toda pessoa que for acusada de algum delito, deverá ela ser considerada inocente até que sua culpa não fique expressamente comprovada. (BRASIL, DECRETO NO 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992)

Por outro lado, no Brasil, no artigo 5º da carta magna, em seu inciso LVII, descreve que, ser considerados inocentes antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o corre que esse princípio via de regra não é respeitado de forma rigorosa, podendo se destacar vários institutos que afrontam esse princípio, sendo o principal deles a regressão cautelar de regime. (BRASIL. Constituição (1988).

Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018) tal princípio deve ser utilizado também para pessoas que já foram condenadas, sobretudo para a apuração em processo disciplinar, na execução da pena, não podendo ser utilizado uma ação penal em curso ou inquérito para afastar esse princípio.

Vale se destacar também que na execução penal esse princípio não é observado, tendo em vista que vários institutos violam esse conceito, mas por que tal princípio não observado? Tendo em vista que há um pacto entre os países regulamentando o mesmo, e o Brasil simplesmente adota um sistema jurídico que viola e afronta, tal regulamentação. No sistema brasileiro adota o sistema de “*in dubio pro reo*”, então por que na dúvida se prende uma pessoa que no final pode ser declarada inocente? (ROIG (2018)

Por outro lado, Aury Lopes Junior (2022) destaca que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, devendo observar as prisões cautelares suas aplicações, em seu livro ele não trata sobre regressão cautelar de regime, tratando somente de prisões cautelares.

2.3 -REGRESSÃO CAUTELAR

A regressão cautelar consiste em, regredir o condenado para um regime mais gravoso de forma temporária, com o cometimento de uma falta grave, no passo que essas faltas graves estão descritas no teor do artigo 50 da lei de execuções penais no seu inciso I, para que essa regressão aconteça de forma definitiva deverá ser realizado uma audiência de justificação,

sendo essa audiência o momento para o sentenciado possa se justificar de sua falta grave, com isso, o juiz da execução decidirá se acolherá sua justificativa ou não.

Para Rodrigo Duque Estrada Roig (2018) o sistema regressivo é uma forma de punir o sentenciado que comete falta grave, ocorre que o a execução de pena visa em diminuir o cumprimento de pena do sentenciado, dessa forma com essa regressão a pena do sentenciado estaria aumentando, sendo assim uma forma severa de punir o executado, sendo as consequências tanto elas morais quanto psíquicas, tendo a ideia que esse instituto deriva do fracasso, não sendo a melhor forma de ressocialização, pois esse instituto não gera nenhum benefício ao sentenciado, mas sim baixa autoestima e a perda de credibilidade consigo mesmo.

Dessa forma pode se afirmar que a regressão cautelar de regime é um instituto que além de ser inconstitucional, também é uma forma de fazer com que o sentenciado não se integre ao convívio normal com a sociedade, assim excluindo dela, pois o mesmo estando preso, freia a vontade do preso a começar uma nova vida ou se manter fora do crime.

Para Marcão (2022), poderá o juiz da execução observando se estão presentes “*fumus boni iuris e o periculum in mora*” com isso poderá, poderá o juiz usar de suas cautelariedade inerente a seu cargo, para determinar as medidas que assegurem a efetividade e que o processo de execução não contenha nenhum ato atentatório. Podendo o juiz verificar se constam esses requisitos e decretar a regressão, “*ex officio*”

Para Aury (2022) as prisões cautelares, buscam garantir o desenvolvimento do processo e com consequência, a punição do agente, ocorre que as medidas cautelares, não visam a segurança pública e sim a segurança do processo em si, para ele não deve ser levado em consideração o direito de acusação e sim o fato que pode ser punível, sendo requisito para a prisão cautelar “*fumus commissi delicti*” sendo a existência do delito e indícios de autoria.

Ocorre que o simples cometimento dessa falta grave pode ensejar na regressão cautelar de regime, porém deveriam ser assegurados os princípios constitucionais basilares para essa regressão, no entanto a simples constatação dessa falta grave já é motivo para a regressão.

Conforme Roig (2018) a lei de execuções preconizou o sistema progressivo para cumprimento de pena e de regime devendo o sentenciado cumprir todos os requisitos subjetivos e objetivos, e adotou também o sistema regressivo, mas não adotou de forma regressiva podendo ele estar no regime aberto e ser transferido diretamente para o fechado, não sendo necessário que ele passasse pelo semiaberto e depois para o fechado, o ocorre que para a progressão de regime é necessário que seja de forma progressiva, não admitindo assim a progressão “*per saltum*”. Para ele essa forma de regressão também viola o princípio da

proporcionalidade e da razoabilidade tendo em vista que as formas para progressão de regime são bem diferentes que os da regressão.

Entretanto os tribunais superiores têm o entendimento que é possível sim a regressão “*per saltum*”, conforme o entendimento do AGRHC 740078 do estado de Minas Gerais é possível a utilização da regressão “*per saltum*”, sem que tenha constrangimento ilegal.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, assegura que todos serão considerados inocentes antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sendo um dos princípios fundamentais da República. Ademais, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura o princípio do contraditório o da ampla defesa (1988).

Segundo Roig (2018) a regressão cautelar regime não é realizada de forma acertada pois viola o princípio constitucional que ninguém será privado de sua liberdade antes que se esgote todos os meios de defesa disponíveis a ele, não sendo observado o contraditório e nem a ampla defesa, tendo em vista que a lei de execuções penais não regulamenta sobre a regressão cautelar de regime, sendo somente destacado no teor de seus artigos somente sobre a regressão definitiva, sendo essa observado todos os princípios legais, defendendo ele que deveria ser assegurados para a regressão cautelar os mesmos princípios que são assegurados na regressão definitiva.

“São discutíveis a regressão cautelar de regime e a aplicação de sanção disciplinar pela suposta prática de crime doloso, antes de operado o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Igualmente questionável, por violação da presunção de inocência, é a monitoração eletrônica a presos provisórios, medida está impositiva de prévia e informal constrição à liberdade de alguém meramente suspeito da prática de crime”.

Para determinar esse feito, será o juiz da execução conforme artigo 66 da lei de execuções penais, ele é detentor do poder de julgar e definir a melhor forma para que o sentenciado cumpra sua pena.

Para Nucci (2018) poderá o juiz decretar a regressão a progressão de regime, a depender do caso concreto, para ele é possível a regressão “*per saltum*” devendo o juiz definir como será a melhor forma de cumprimento de pena.

Tal regressão pode ocasionar vários malefícios ao sentenciado, dentre eles estão a perda de até 1/3 dos dias remidos conforme definiu o artigo 127 da Lei de execuções penais, vale ressaltar também que, se a regressão ocorrer de forma definitiva, o sentenciado também terá a sua data base

Alterada, sendo assim alterando as datas de novos benefícios, devendo ficar 1 ano sem cometer nenhuma falta grave para poder usufruir de qualquer benefício que necessite desse requisito subjetivo.

2.4 REGRESSÃO POR FALTA GRAVE

Como o juiz da execução ficara sabendo sobre o cometimento dessa falta grave, bastará somente um boletim de ocorrência ou necessariamente precisará de um inquerito policial, sobre o cometimento dessa falta grave, o entendimento dos tribunais superiores é que, não importa a forma desse conhecimento, por exemplo se um policial encontra um sentenciado na rua, fora do horário permitido nas condições de cumprimento de pena, o mesmo fará um boletim de ocorrência para comunicar que houve o cometimento dessa falta.

Assim, após a notícia da eventual prática de qualquer das infrações disciplinares referidas, o juiz de execução, após audiência de justificação, escutado a procuradora e o defensor do reformado, proferirá decisão estabelecendo ou não a regressão de regime.

Após verificar o fato de cometer um crime grave e determinar a reversão do regime (caso o condenado deixe de pertencer ao regime fechado), uma das principais consequências é a alteração da data da contagem regressiva. A data da tramitação do regime no futuro será a data da falta grave. Outro grande impacto é a retirada de dias resgatados.

Antes da lei n. 12.433/2011, o infrator poderá perder todos os dias resgatados e aprovados até o dia da falta grave; porém, com a entrada em vigor da nova lei, o saque dos dias resgatados ficou limitado a 1/3 do valor total.

Assim, todos os presos cujos dias remidos foram cancelados antes da entrada em vigor da nova lei (devido a um retrocesso mais favorável da codificação Penal) terão dois terços dos dias remidos antes do resgate, com base em Reservamo-nos o direito de devolver. Violação grave suficiente para cumprir pena.

Para Alexis (2022) o juiz da execução poderá regredir quando o sentenciado cometer um novo crime, considerado falta grave, para qualquer regime mais gravoso, ocorre que há o risco de regredir e chegar ao fim da ação penal, e o sentenciado ser absolvido, prejudicando a situação do condenado de forma injusta, a luz da Constituição Federal, poderia somente regredir de regime, com o fim desse processo, com o trânsito em julgado do mesmo.

Ainda, não poderá ser presumido nada, no direito penal, a não ser a presunção de inocência, devendo assim haver, sindicância ou processo administrativo disciplinar, para a

apuração dessa falta grave.

No caso do cometimento de um novo crime, esse, gerará um inquerito, com isso será comunicado o juízo competente a execução, tendo assim, o juiz da execução a cautela de regredir ou não o sentenciado, e determinar de esse novo delito é considerado falta grave ou não.

A lei de execuções penais elenca varias hipoteses para regressão de regime, as mesmas descritas no teor de seu artigo 50 e 52 da lei de execuções penais

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

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

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

Poderá o sentenciado regredir de regime, para qualquer um mais gravoso que o mesmo se encontre por conta do cometimento de uma falta grave, de forma que o condenado se adapte em um cumprimento de pena, sendo essa pena definida por ele como individual e flexível de cada condenado, devendo ser analisado o caso concreto de cada um (NUCCI, 2018)

Segundo ele poderá o sentenciado regredir de regime para o mais gravoso, nas hipóteses de cometimento de falta grave, destacando ele com cometimento de qualquer crime doloso, não admitindo o cometimento de qualquer crime de forma culposa, o crime culposos haverá audiência justificativa, para poder exercer seu contraditório e ampla defesa.

2.7 AUDIÊNCIA JUSTIFICATIVA

Será realizada a audiência de justificativa, sendo a oitiva previa do condenado descrita no artigo 118 parágrafo 2º da Lei de Execuções Penais, quando ocorrer algum fato considerado como falta grave no curso na execução penal, sendo essa audiência realizada para fins de regressão definitiva de regime, nessa audiência será o momento do executado justificar o

motivos do cometimento dessa falta grave, posteriormente a defesa técnica fará perguntas, após disso o membro do ministério público também fará, o juiz presidirá esse ato, após ouvido o sentenciado, fará as alegações finais, tanto da defesa quanto a acusação, com isso, o juiz decidirá se o sentenciado regredirá de regime para o mais gravoso ou se mantenha no regime atual.

Nos tribunais superiores já é pacificado que a audiência justificativa somente é necessária para os casos de regressão definitiva, não sendo usada para a regressão cautelar.

Da mesma forma entende o STJ em seu HC HC 720222 / GO, a oitiva do sentenciado é dispensável no caso de regressão cautelar.

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. não cabimento. execução penal. falta grave. descumprimento das condições fixadas no regime aberto. possibilidade. regressão cautelar de regime. oitiva judicial dispensável. regressão per saltum. possibilidade. habeas corpus. não conhecido.

Nessa audiência será assegurado o contraditório, ampla defesa e devido processo legal do sentenciado. Embora a legislação não regule a aplicação dessa, para fins de regressão cautelar de regime, sendo somente regulamentada para fins de regressão definitiva.

A súmula 533 do STJ destaca a imprescindibilidade do processo administrativo disciplinar para a apuração dessa falta grave, sendo esse mais conhecido como PAD, por outro lado a maioria dos tribunais superiores tem decidido pela prescindibilidade, sendo essa substituída pela audiência de justificativa.

Por outro lado, a 6ª turma de STJ no HABEAS CORPUS Nº 125.721, negou provimento do pedido do ministério público, que requereu que o sentenciado fosse regredido de regime, do aberto para o semiaberto, alegando que para ocorrer essa regressão seria necessário a oitiva do sentenciado.

No presente caso o ministério público fez o requerimento para regressão definitiva, nesse caso a audiência justificativa não seria meio acessório e sim obrigatório para decretar a regressão do indivíduo.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa vereda, a os tribunais superiores tem adotado que é legal a aplicação da regressão cautelar de regime, mesmo confrontando a Constituição federal, dessa feita visando o efetivo cumprimento de pena, sendo realizada “*per saltum*” e não de forma regressiva, para que o apenado consiga da melhor forma cumprir essa pena imposta a ele, ocorre que os

princípios que foram mencionados na presente pesquisa, não estão sendo assegurados.

Ocorre que se sentenciado estiver em regime aberto, poderá ser regredido diretamente para o mais gravoso, por outro lado se o mesmo estiver em regime fechado não poderá progredir para o mais brando, dessa forma, vale se destacar que para regressão é admitida regressão *per saltum*, já para progredir de regime não é cabível, devendo ser de forma progressiva.

Embora seja pacificado o entendimento que é cabível a regressão cautelar de regime, os princípios previsto no artigo 5º em seu inciso LVII, Constituição Federal são deixados de lado e não aplicados, tendo em vista que, deveria ser pautado em diminuição da pena e não do aumento.

Ocorre que essa regressão *per saltum* não deveria ser utilizada tendo em vista que, para o sentenciado progredir de regime, ele deverá atender todos os requisitos e deverá ser forma progressiva, devendo passar por todos os cumprimentos de pena ate chegar no mais brando, dessa forma, para regressão deveria ser realizado da mesma forma que para a progressão.

Com isso o principio da presunção de inocencia não é observado nessa fase, pois mesmo que o sentenciado pode ser declarado inocente ele sera retomado ao seu cumprimento de pena originario, mas perderá tempo preso de um crime que não cometeu.

A plicação da regressão cautelar de regime é ilegal, tendo em vista que viola o principio da presunção de inocência, agravando a situação do sentenciado, sem que esse crime seja devidamente apurado e condenado.

E pacificado que para a regressão definitiva do sentenciado é necessário que seja assegurado o contraditório e ampla defesa, ocorre que na regressão cautelar não a nada que regulamente sobre o contraditório e a ampla defesa, sendo esse outro ponto divergente na doutrina, pois é utilizado para um e não é para o outro, sendo que ambos , são forma de punição do sentenciado por conta da pratica de uma falta grave.

Pode se discutir o cabimento de indenização por danos morais, pois o sentenciado, que for declarado inocente ao fim do processo, regressaria de forma descabida e ilegal, afetando assim, em todos os sentidos, o sentenciado, não servindo para a reincerção do agente na sociedade e sim a reintegração dele ao sistema prisional, que não é dada as minimas condições de ressocialização.

Ocorre de certa forma um poder arbitrário do juiz que, é responsável por aquela execução penal, pois, ele usará de sua convicção para determinar a vida de uma pessoa, desse

modo, ocorre varias falhas nessa fase, que deve ser ajustadas da melhor forma que posa assegurar o devido processo legal e a presunção de inocência, sem que haja nenhum tipo de ilegalidade.

Pode se afirma tambem que o juiz da execução usa de sua discricionariedade para determinar a regressão cautelar de regime, com isso é evidênte a inobservancia de varios princípios, sendo o principio da presunção de inocência previsto no artigo 5º LVII é deixado de lado, sendo que está previsto na carta magna, esse princípio previsto tambem no Pacto san Jose da costa rica.

Deve se destacar também que essa prática, virou tão corriqueira e usual que ou julgadores e até mesmo servidores, que atuam na execução penal, veêm como o uso desse instituto otima forma de punir, com isso, para concluir, a regressão cautelar de regime não afeta tão somente o princípio da presunção de inocência, mas tambem viola o direito do sentenciado cumprir sua pena e ser reintegrado na sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. **Lei de execução penal**. Lei nº 7210 de 11 de junho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28 out 2022

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)** Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 28 out 2022.

BRITO, A. C. D. **Execução penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

JR., A. L. **Prisões Cautelares**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MARCAO, R. F. **Curso de execução penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

NUCCI, Guilherme de Souza. 2012. Editora Revista dos Tribunais. 9ª Edição. P. 1032/1033 **Curso-de-Execução-Penal-Guilherme-de-Souza-Nucci-2018**.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007ª.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007b.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **2012 Curso de Execução Penal** 2012.