

AS GARANTIAS INDIVIDUAIS E A REGRESSÃO DO REGIME DE PENA*

RICARDO LUIZ DA COSTA TJADER

Julz de Diretto de Cruz Alta-RS

1. O devido processo legal como condição para a regressão do regime de pena — 2. O caráter de pena da norma do Art. 118, I, 1.ª parte da LEP — 3. A irreparabilidade da regressão — 4. O tratamento desigual — 5. Forma adequada da eficácia da norma — 6. Aplicação destes princípios a situações análogas — 7. Conclusão.

1. O devido processo legal como condição para a regressão do regime de pena

De algum tempo para cá venho me preocupando com a rigorosa norma do art. 118, I, da LEP que estabelece a obrigatória regressão de regime de quem “praticar” crime doloso, sendo desnecessária para a aplicação da penalidade da regressão o reconhecimento judicial por sentença da efetiva autoria e culpabilidade do agente. A aplicação pura e simples da penalidade com base apenas em juízos de viabilidade da acusação, como o são todos os anteriores à sentença final, permite que sofra a punição da regressão do regime de pena quem venha posteriormente a ser absolvido — o que pode ser até por prova de não ter sido o autor do fato criminoso, como por absoluta legitimidade do agir (incs. III e VI do art. 386 do CPP).

Talvez antes da atual Constituição Federal pudesse, apesar de tudo, ser considerada legal a aplicação imediata, com base apenas no referido juízo de viabilidade da acusação, da regressão. Mas, atualmente, estabelece o inc. LIV do art. 5.º da Carta Magna que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. E, disto não tenho nenhuma dúvida, devido processo legal que afirme que alguém praticou crime doloso é apenas a ação penal legitimamente instaurada e que, após concedido amplo e total direito de defesa, seja sentenciada com a condenação do réu.

* Tese aprovada no I Simpósio Nacional sobre Execuções Penais e Privatização dos Presídios, realizado em Joinville em março de 1993.

Assim sendo, entendo absolutamente necessária, como condição para a aplicação da regressão, com base no art. 118, I, 1.^a parte da LEP, a existência de sentença condenatória, ficando postergada a aplicação da regressão até que a condição esteja cumprida.

2. O caráter de pena da norma do art. 118, I, 1.^a parte da LEP

Poderiam sustentar alguns que a regressão do regime de pena teria um caráter cautelar, assemelhando ao da prisão preventiva, em prol da sociedade, visto que a nova prática criminosa demonstraria periculosidade do agente.

Entretanto, o caráter cautelar deve ser imediatamente excluído pois medidas desta natureza não têm prazo mínimo para a revogação da medida, que deve ser mantida apenas enquanto for absolutamente necessária como cautela social. Enquanto isto, em tema de regressão de regime, existe prazo mínimo para que seja “desfeita” a regressão, o qual é de 1/6 do tempo de pena faltante. Só este elemento já mostra que a regressão tem caráter de pena, de (maior) restrição à liberdade individual e não de cautela, devendo ser a ela aplicada todos os princípios e garantias referentes às penas, especialmente as do devido processo legal e da igualdade de todos perante a lei.

3. A irreparabilidade da regressão

Outro aspecto que desrecomenda a aplicação imediata da regressão, sem o atendimento do devido processo legal, é a sua irreparabilidade. Se um apenado que se encontrava em regime semi-aberto é acusado de prática de um fato delituoso, aceita a aplicação imediata e automática da regressão pode ocorrer que posteriormente se verifique que não tenha sido ele o autor daquele fato criminoso. Mas, durante este período, terá ele permanecido em regime fechado, cumprindo de forma mais gravosa do que a devida, face à condenação que sofreu o a algum direito de que já tenha conquistado, impedido de gozar de benefícios externos, especialmente o de trabalhar para sustentar sua família. E, este tempo de cumprimento de pena de forma mais gravosa, é tempo perdido, desperdiçado, pois não existe na esfera penal forma justa e legal de reparar esta injustiça, especialmente porque não é possível voltar-se no tempo e fazer-se as coisas acontecerem de forma diferente.

4. O tratamento desigual

Célio Silva Costa, in *A Interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*, p. 306, 1.^a ed., Liber Juris, 1992:

“Em gênero, o direito ao processo, como inderrogável direito de cidadania, era já outorga do inc. XXXV do art. 5.º da Lei Magna — “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Contudo no seu perfeccionismo, entendeu a Carta de dizer para clareza, do direito ao “devido processo da lei”.

Não será, portanto, um “processo” qualquer. Mas o processo previsto na lei, para todos em geral. Senão quebrada a igualdade geral, haveria discriminação, e, aí, a sanção da inconstitucionalidade.

O processo da lei, por outro lado, não é direito a contemplar a pretensão do Autor; deve consagrar também o direito do réu, através do “direito de defesa”. Como o demonstrou Eduardo Couture, a defesa é indeclinável corolário do “devido processo legal” (*Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil*, 1948, v. I/47-51).

Processo em que se anule ou que sequer mitigue a defesa, colocando-se o réu em posição de injustificável inferioridade não é o “due process of law” e, sim, procedimento inícuo, potencialmente capaz de violar e ferir direitos subjetivos” (José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1966, 3.ª ed., v. II/96, *in princ.*).

Assim, para que não haja tratamento desigual, por discriminação aqueles que já sofreram alguma condenação criminal, o que infringiria igualmente o art. 5.º, *caput* da Constituição Federal, também por este motivo, impõe que lhes seja concedido o direito ao devido processo legal, para que sofram alguma pena que lhes piore a condição de cumprimento da pena pela qual já estão condenados.

E a única forma justa e adequada em relação à regressão de regime, que é pena, é entender-se ser absolutamente necessária para a regressão do regime de pena por prática de outro fato criminoso, a existência de sentença condenatória transitada em julgado referente a este segundo fato delituoso.

5. Forma adequada da eficácia da norma

Acatado este entendimento ora esposado, a forma de se dar eficácia à norma que estabelece regressão por prática de nova infração penal (art. 118, I, da LEP) é a de, após a existência da nova sentença condenatória transitada em julgado, se já não tiver sido aplicado regime mais rigoroso nesta condenação (por exemplo, nesta nova pena o regime fixado seja aberto ou semi-aberto) aí se operar a regressão do regime de pena da primeira condenação, mesmo que isto não se impusesse pela soma ou unificação das penas (art. 111 da LEP).

6. Aplicação destes princípios a situações análogas

Por razões evidentes, este entendimento deve se aplicar igualmente a normas que imponham perdas de direitos ao trabalho externo e a saídas

externas (arts. 37, parágrafo único e 125 da LEP e art. 36, § 2.º do CP), visto também se apresentar aí o inafastável caráter de pena.

7. Conclusão

A prática de nova infração criminosa somente gera regressão de regime (bem como revogação do serviço externo ou de saídas externas) após a existência da respectiva sentença condenatória transitada em julgado, por respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e da igualdade de todos perante a lei (art. 5.º, *caput* e inc. LIV da CF).