



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

ISABELA DE FIGUEIREDO MORELO

**EXECUÇÃO CRIMINAL: DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE PENA EM
REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O DETERMINADO NA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

Brasília/DF
2013

ISABELA DE FIGUEIREDO MORELO

**EXECUÇÃO CRIMINAL: DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE PENA EM
REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O DETERMINADO NA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão
do curso de bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UniCeub.

Orientadora: Prof. Eneida Orbage de Britto Taquary.

Brasília/DF

2013

Dedico este trabalho aos meus pais, Mário e Karla, pelo amor incondicional, pela dedicação e incentivo a mim e minha irmã, pelo exemplo de fé, honestidade e confiança. À minha irmã, Érika, pela paciência e por todos seus ensinamentos.

A todos os familiares e amigos que de certa forma contribuíram para a minha conquista.

Agradeço primeiramente à minha orientadora, Eneida, por toda a ajuda e paciência. Uma excelente profissional e líder e um grande exemplo para mim.

Aos meus amigos e colegas de classe, pela boa energia, pelo puxão de cabelo e por sempre estarem ao meu lado acima de tudo.

E mais importante a Deus, por ter me trazido muita fé e perseverança, mesmo quando acreditava não ter mais forças para continuar os trabalhos.

RESUMO

O presente trabalho abordará a questão de quando não há vaga no estabelecimento prisional e se o condenado deverá ir para um regime mais brando ou mais rigoroso. Serão trazidos os conceitos de progressão e regressão de regime, quando que o condenado tem direito àquela e em quais hipóteses terá que regredir, com o posicionamento de que neste caso a progressão será um direito do condenado, ou seja, ele não poderá ser punido pela negligência do Estado em não construir esses estabelecimentos.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Reintegração social. Negligência. Progressão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA	9
1.1 Natureza Jurídica da Execução Penal	15
1.2 Relação do cumprimento de pena com alguns princípios	16
2 ANÁLISE DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA ATUAL	22
2.1 Sistemas penitenciários internacionais	28
2.2 A superlotação e falta de estabelecimento	30
3 PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME	32
3.1 Progressão de regime	32
3.2 Regressão de regime	35
3.3 Divergência.....	36
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do estudo sobre a execução da pena privativa de liberdade e, conseqüentemente, da possibilidade ou não de cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o determinado na sentença penal condenatória.

Há considerável divergência acerca do referido assunto. O cumprimento do regime aberto é feito no estabelecimento conhecido como Casa do Albergado. Uns entendem que o condenado tem direito subjetivo em cumprir sua pena sob o regime que lhe foi concedido e, portanto, não poderá cumprir a pena em regime mais gravoso que lhe fora imposto na condenação e isso seria constituído evidente constrangimento ilegal, cumprindo regime domiciliar na falta de Casa do Albergado. Outros adotam a posição de que o regime domiciliar só poderá ser concedido se incidir uma das hipóteses do artigo 117 da Lei de execução Penal.

Pretendo, com o trabalho, apresentar essas divergências quando da falta de vaga na Casa de Albergado, já que “o regime aberto é uma ponte para a completa reinserção do condenado na sociedade” e defender que o cumprimento de pena deve ser feito em regime mais favorável quando na falta de estabelecimentos prisionais, já que, por exemplo, o STJ e o STF algumas vezes decidem a favor da prisão domiciliar e outras não. Não será discutido apenas quando da falta de Casa de Albergado, mas sim em relação aos outros estabelecimentos nos quais são cumpridas as penas.

Esse estudo é de grande importância para o direito, já que as decisões proferidas acerca deste tema são praticamente aleatórias, algumas vezes concedendo o regime domiciliar, outras progredindo de regime. Isso é ruim para o condenado, já que ele está tentando se ressocializar e reintegrar na sociedade e só pode piorar a sua situação se regredir de regime, quando autorizado a progredir, já que conviverá com condenados de maior periculosidade, que cometeram crimes mais graves.

A discussão acerca do referido assunto é a seguinte: há possibilidade de cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o determinado na sentença

penal condenatória quando da inexistência de vaga em Casa do Albergado ou em estabelecimento penal compatível com o regime?

O Supremo Tribunal Federal dizia que sim, que o artigo 117 da Lei de Execução Penal seria taxativo e que na falta de vaga ou do estabelecimento o condenado cumpriria sua pena no regime anterior mais rigoroso, e não poderia cumprir em regime domiciliar, já que as únicas hipóteses de cumprimento neste regime estariam elencadas no artigo 117.

O entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça se posiciona contrariamente ao antigo posicionamento do STF, dizendo que as hipóteses do artigo 117 são meramente exemplificativas e podem ser ampliadas. Entende que cumprir em regime mais rigoroso por causa da falta de cumprimento do Estado viola os direitos do condenado.

Devem ser respeitados os princípios constitucionais do condenado, como a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º inciso III da CF, e a sua integridade física e moral, podendo ser considerado constrangimento ilegal a regressão de regime sem motivo justo.

Além disso, o mais importante é a reintegração do condenado na sociedade, algo que será mais difícil de conseguir se regredir de regime, já que as condições do sistema penitenciário são precárias, podendo até piorar o psicológico do condenado por causa do convívio com marginais e condenados a regimes mais graves.

A metodologia a ser utilizada neste trabalho será baseada na doutrina, na jurisprudência, decisões já deferidas e na legislação pertinente a fim de melhor entendermos o posicionamento dos tribunais e verificar qual é melhor posição a ser defendida em virtude dos interesses individuais dos condenados, buscando sempre sua reintegração social.

Será feita uma pesquisa bibliográfica, para vermos o que os doutrinadores defendem, se acreditam que cumprir a pena em regime mais gravoso que o determinado constitui constrangimento ilegal ou se o artigo 117 da Lei de Execução Penal é meramente taxativo.

É importante analisar as decisões proferidas pelos tribunais como o STF e o STJ, bem como ver as divergências entre as decisões mais antigas e mais recentes, a fim de entender qual seria o melhor posicionamento.

Para isso, devemos estudar as jurisprudências e mais afundo algumas doutrinas a fim de entendermos o porquê de cada decisão, no que consiste o procedimento e qual o objetivo final.

1 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

Primeiramente, é importante destacar a diferença entre as regras dos regimes fechado, semiaberto, e aberto e também, fixar, a título introdutório, o conceito de prisão domiciliar.

O Brasil adota o sistema trifásico de dosimetria da pena. Na primeira fase é fixada a pena base, na qual o magistrado leva em consideração a pena em abstrato, também chamada de pena cominada, que é aquela prevista na lei penal ao delito. Também vai considerar as circunstâncias judiciais, ou seja, os antecedentes, a motivação, o estado de ânimo e espírito do agente delituoso. Na segunda fase, o juiz, em cima dessa pena-base, vai fazer incidir os atenuantes (artigo 65 do Código Penal, em que há um rol exemplificativo) e agravantes (rol taxativo dos artigos 61 e 62 do mesmo) genéricos de pena. E, finalmente, na terceira fase, o juiz verificará as demais hipóteses de diminuição ou aumento de pena que não sejam atenuantes e agravantes.

Na primeira e segunda fase o juiz está adstrito ao mínimo e máximo de pena previsto em lei, mas ao final da terceira é possível que a pena final fique abaixo ou acima dos limites mínimos e máximos previstos na letra da lei.

Após passar pelas três fases é estabelecido o regime inicial de cumprimento da pena e faz a decisão coisa julgada formal e material a esse respeito, não podendo o juiz da execução modificar a decisão a não ser em decorrência de fatos supervenientes.¹ A diferença entre os regimes está na parcela da liberdade que ainda permanece.

O regime fechado, de acordo com os artigos 33 e 34 do Código Penal, é executado em estabelecimento de segurança máxima ou média, para condenado a pena superior a 8 (oito) anos. O mesmo será submetido a exame criminológico de classificação para individualização da execução, no qual, segundo Mirabete:

A personalidade do criminoso é examinada em relação ao crime em concreto, ao fato por ele praticado, pretendendo-se com isso explicar a dinâmica criminal (diagnóstico criminológico), propondo medidas

¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 48.

recuperadoras (assistência criminológica) e a avaliação da possibilidade de delinquir (prognóstico criminológico).²

Ficará sujeito a trabalho diurno comum e dentro do estabelecimento e a isolamento durante o repouso noturno; excepcionalmente, poderá trabalhar externamente em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta e indireta, ou entidades privadas. O preso tem o direito a trabalhar e à remição da pena, trabalhando três dias para remir um dia de pena. Rogério Greco defende que se o Estado não lhe fornecer trabalho, aquele não será prejudicado, tendo direito à remição.³ Já Cezar Roberto Bitencourt discorda, aduzindo o que se segue:

“Quando a lei fala que o trabalho é direito do condenado está apenas estabelecendo princípios programáticos, como faz a Constituição quando declara que todos têm direito ao trabalho, educação e saúde. No entanto, temos milhões de desempregados, de analfabetos, de enfermos e de cidadãos vivendo de forma indigna. Por outro lado, os que sustentam o direito à remição, independentemente de o condenado ter trabalhado, não defendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista na lei, o que seria lógico.”⁴

Em relação ao regime semiaberto, o condenado poderá começar a cumprir a pena neste regime se não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não excedente a oito. Esse regime sujeita o condenado a trabalho em comum durante o período diurno em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

Aplica-se a esse regime o disposto no artigo 35 do Código Penal:

Art. 35- Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.⁵

² MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

³ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 508

⁴ GRECO, Rogério, op. cit., p. 508

⁵ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, artigo 35. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25/03/2013.

Para Silva, o exame criminológico é facultativo para o início de cumprimento da pena no regime semiaberto, mas recomendável, para a individualização da execução.⁶

Também é possível no regime semiaberto a remição da pena na mesma proporção do regime fechado. É permitido ao preso o trabalho externo sem vigilância externa, o qual terá que ser autorizado pela direção do estabelecimento prisional e se de acordo com o cumprimento mínimo de 1/6 da pena, disciplina e responsabilidade do preso.⁷

Além do trabalho externo, o condenado também tem direito às saídas temporárias, desde que atendidos os requisitos do artigo 123 da Lei de Execução Penal, ou seja, o cumprimento mínimo de 1/6 da pena se primário e 1/4 se reincidente, comportamento adequado e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

De acordo com Silva, o condenado que faz jus ao regime semiaberto não poderá ser mantido em regime fechado se da falta de vagas ou estabelecimento para a execução deste regime, já que isso configura verdadeiro constrangimento ilegal.

A jurisprudência do STJ tem decidido que é possível a prisão domiciliar no regime semiaberto quando da inexistência de colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar:⁸

“EMENTA: PROCESSUAL E PENAL. CONDENADO. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITOS. TRANSFERÊNCIA DO SEMIABERTO PARA PRISÃO DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO E LOCAL ADEQUADO. PROVA.

I.A jurisprudência desta Turma, excepcionalmente, tem admitido que o cumprimento da pena no regime semi-aberto possa ocorrer na residência do condenado, se faz prova da inexistência de estabelecimento previsto em lei ou de local adequado para tal finalidade.

II. O paciente, além de não preencher o lapso temporal exigido para a progressão, informa o Magistrado que o ‘Centro de Internamento e Reeducação (CIR)’ encontra-se dividido em Papuda I e Papuda II, sendo que nesta última encontram-se recolhidos os presos

⁶ SILVA, Haroldo Caetano da, *Manual da Execução Penal*, 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 126.

⁷ SILVA, Haroldo Caetano da, *Manual da Execução Penal*, 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 126.

⁸ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*, 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 219

condenados às penas menores ou progredidos para o regime semi-aberto. Desse modo, nenhuma ilegalidade ou abuso de poder a ser expungida.

III. Pedido conhecido como substitutivo do recurso ordinário, mas denegado.”⁹

O regime mais brando é o aberto, o qual é configurado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. O condenado cumprirá a pena neste regime se não reincidente e se a pena for igual ou inferior a quatro anos, e não cabendo o sursis nem a substituição pela pena restritiva de direitos.¹⁰ O artigo 36 do Código Penal diz que o condenado deverá trabalhar, somente podendo ser dispensado do trabalho se maior de 70 anos, acometidos de doença grave, condenada gestante ou com filho menor ou deficiente físico ou mental, de acordo com o artigo 117 da Lei de Execução Penal.¹¹

Deverá o condenado frequentar curso ou outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância, e recolher-se no período noturno e em dias de folga; será transferido desse regime se praticar crime doloso, frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. Os lugares de recolhimento noturno do regime aberto são as chamadas Casas do Albergado:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.¹²

Para Neuman, um estabelecimento é aberto quando não existem impedimentos físicos ou morais para as fugas e o fundamento do regime é na

⁹BRASIL STJ – 5ª Turma – HC 94/0034170-9 – Rel. Jesus Costa Lima – DJ, Seção 1, de 13-2-1995, p. 2.243.

¹⁰ BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, artigo 36. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25/03/2013.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, artigo 117. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 25/03/2013.

¹²BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, artigos 93/94/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 25/03/2013.

convicção e na consciência do próprio condenado, contribuindo para a inserção social dos condenados. Também diz que as Casas do Albergado são simples locais de recolhimento noturno ou nas folgas do trabalho e os condenados a elas teriam completa independência externamente.¹³

Em se tratando de prisão domiciliar, esta ocorrerá nas seguintes hipóteses do artigo 117 da LEP:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
 I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
 II - condenado acometido de doença grave;
 III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
 IV - condenada gestante.¹⁴

O artigo 117 da LEP prevê as hipóteses em que será admitida a prisão domiciliar, mas na falta de Casa do Albergado seria possível a prisão domiciliar, nas palavras de Silva: já que “não ofende a enumeração exaustiva do disposto no referido artigo, haja vista que na hipótese de inexistência de Casa do Albergado a prisão domiciliar impõe-se para sanar constrangimento ilegal”.¹⁵

Concorda Mirabete, quando diz:

“Quando o Estado não está aparelhado para oferecer o estabelecimento prisional adequado, de sorte eu se possa observar, rigidamente, a progressão legalmente determinada, o direito do condenado que faz jus ao regime aberto não pode ser obstado por essa omissão.”¹⁶

Ainda Mirabete:

“Com introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela Lei nº 6416, de 24/5/77, e diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão albergue, os aplicadores da lei penal depararam-se com penas alternativas: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de adequar-se a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua

¹³FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2004.

¹⁴BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, artigo 117.

¹⁵SILVA, Haroldo Caetano da, *Manual da Execução Penal*, 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 132.

¹⁶MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 468.

própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para a construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a chamada “prisão albergue domiciliar”, transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas.”¹⁷

A prisão albergue domiciliar seria o último recurso dos juízes. Diziam que somente desfrutariam da prisão domiciliar os condenados que estivessem nas condições do artigo 117 da LEP. Mirabete (2004, p. 467) ressalta que na falta de vaga na prisão aberta o condenado seria recolhido à cadeia pública ou outro presídio comum, ao invés de ser deixado em inteira liberdade. Até mesmo o Supremo concordava, dizendo que as hipóteses do artigo 117 da LEP seriam taxativas, e que a prisão domiciliar só seria concedida nos casos dos incisos do referido artigo, não podendo o rol ser ampliado pela falta de instalações adequadas aos regimes de cumprimento de pena. Hoje em dia vários tribunais têm decidido pacificamente, inclusive o STF, que na falta de vaga o condenado não poderá regredir para um regime mais rigoroso, e sim para o próximo mais benéfico.

HABEAS CORPUS. PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL AO DETERMINADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA – “Inexistindo vaga em estabelecimento compatível com o regime aberto é legítima a prisão domiciliar do apenado, que não pode cumprir a reprimenda em local mais severo que o determinado na decisão executória. Habeas corpus concedido para permitir ao paciente aguardar em prisão domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento prisional adequado ao regime aberto”.¹⁸

Também diz Nogueira (1994, p. 124) que a prisão domiciliar destinada ao artigo 117 da LEP, na prática, passou a beneficiar condenados comuns, pela falta de casas de albergado, na maioria das comarcas, já que o condenado não pode ser prejudicado por causa de um fato que ele não deu causa.

¹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 467.

¹⁸ BRASIL. STJ – 5ª T. – HC 96.238 – rel. Jorge Mussi – j. 11.03.2008 – DJU 14.04.2008.

1.1 Natureza Jurídica da Execução Penal

Para o correto estudo da execução penal, é necessária a determinação de sua natureza jurídica. Mas antes, é importante destacar um breve histórico dessa natureza.

Na Itália, a natureza da execução penal era considerada tipicamente administrativa, quando foi iniciado um processo de jurisdicionalização com a Lei nº 357, de 26/7/75. Já em Portugal ocorre a intervenção direta da magistratura (Decreto lei nº 783, de 29/10/76). Em diversos países manifestações e projetos são desenvolvidos na tentativa de autonomizar a Execução Penal, como a Lei Penitenciária Nacional, da Argentina (1958); o Código de Execução das Penas, da Polônia (1969); Normas sobre o Ordenamento Penitenciário, da Itália (1975); Lei de Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, da República Federal da Alemanha (1976); Lei sobre execução das Penas Privativas da Liberdade, da República Democrática Alemã (1977); e Lei Geral Penitenciária, da Espanha (1979).¹⁹

A natureza jurídica da execução penal pode ser considerada como um procedimento administrativo ou jurisdicional, conforme ensinamentos de sala de aula do professor Marcus Bastos.²⁰ No caso do administrativo, o preso é o objeto da execução e são entendidas como benefícios, liberalidades do Estado as atenuações de qualidade ou quantidade da pena.

Já no procedimento jurisdicional, o preso é titular de direitos e obrigações, e é submetido à cláusula do devido processo legal. Nesse sentido, dispõe o artigo 194 da Lei de Execução Penal: “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução”.²¹

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

²⁰ Informação fornecida pelo professor Marcus Bastos, na disciplina Direito Processual Penal III, no primeiro semestre de 2013.

²¹ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, artigo 194. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 24/03/2013.

De acordo com este procedimento, ao condenado são aproveitadas as garantias dos princípios da legalidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e da ressocialização (reintegração social) do condenado.

Conforme veremos adiante, a utilização desses princípios será necessária nos casos de falta de estabelecimento prisional, para que seja possível impetrar *Habeas Corpus* quando, na falta destes estabelecimentos, o condenado for removido para regime mais gravoso que o previsto na sentença penal condenatória. Este é o objeto do estudo, já que é um direito do preso a progressão de regime, e a instalação de colônia agrícola ou casa de albergado é dever do Estado, sendo que o preso não poder ser punido pela falta destes, podendo se utilizar daqueles princípios já elencados.

No Brasil, com o Regulamento 120, de 21/1/1842, e com o Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3689, de 3/10/41), a execução penal foi considerada de natureza mista (jurisdicional e administrativa). Nos dias de hoje esse entendimento já não é consolidado, havendo muitas divergências acerca de sua natureza ser administrativa ou jurisdicional. Irei tratar do tema sob a ótica do procedimento jurisdicional, já que quando não há estabelecimento em que o condenado deva cumprir a pena, não pode ser considerado como um benefício do Estado o cumprimento em regime mais brando, mas sim como um direito do condenado já que o descumprimento foi por parte do Poder Público.²²

1.2 Relação do cumprimento de pena com alguns princípios

O princípio da legalidade tem força constitucional, previsto no artigo 5º inciso XXXIX da CF de 1988, dizendo: "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal." Se não há lei para definir determinado ato, então não há que se falar em crime, embora seja admitida a analogia nos casos de omissão da lei para beneficiar o réu, pois se o referido princípio é uma garantia do indivíduo em face do Estado, só lhe pode ser prejudicial se estiver disposto expressamente.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 20.

No direito Penal, está previsto no artigo 1º do Código Penal Brasileiro com seu enunciado latino: “nullum crimen, nulla poena sine lege”. Diante dessa locução vemos que a execução das sanções penais, de acordo com Dotti:

“não pode ficar submetida ao poder de arbítrio do diretor dos funcionários e dos carcereiros das instituições penitenciárias, como se a intervenção do juiz, do Ministério Público e de outros órgãos fosse algo de alheio aos costumes e aos hábitos do estabelecimento.”²³

Portanto, o condenado cumprirá a pena de acordo com o que estiver na letra da lei para estabelecer qual será o tempo da pena, o regime de cumprimento, não podendo isso ficar ao arbítrio de outros senão de autoridades como o juiz ou o Ministério Público e outros órgãos da justiça.

Rogério Greco afirma que o princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais, quais sejam:

- 1) “Proibir a retroatividade da lei penal (nullum crimen nulla poena sine lege previa);
- 2) Proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (nullum crimen nulla poena sine lege scripta);
- 3) Proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (nullum crimen nulla poena sine lege stricta);
- 4) Proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa).”²⁴

Isso significa que, primeiro, ninguém será punido por uma ação ou omissão em que, ao tempo dessas, não eram vistas como crime. Segundo, somente a lei pode proibir algo, pode definir algo como crime, não podendo ser impostas sanções apenas em virtude de costumes. Terceiro, o agente não pode ser prejudicado por analogias, essas não podem ser criadas para criar crimes se não foi previsto expressamente pelo legislador. Por último, o agente tem que estar a par das condutas que está proibido de praticar, não podendo ficar nas mãos de alguém, do intérprete, com este ficando livre para abarcar todas as condutas que sejam de seu interesse.²⁵

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 30.

²⁴ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 96.

²⁵ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 96/97.

Outrossim, o condenado tem direito a esse princípio já que o regime inicial de cumprimento de sua pena está previsto na lei, bem como todos os direitos e deveres que estão adstritos à sanção, como o direito à progressão de regime, visitas, alimentação, vestuário, higiene, atribuição de trabalho, previdência social, descanso e recreação, comunicação com o mundo exterior, bem como à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa conforme previsão no artigo 11 da LEP.

Em se tratando do princípio da proporcionalidade, embora tenha sido adotado expressamente, esse princípio pode ser considerado como um dos mais importantes no âmbito penal e pode ser extraído do conjunto de normas constitucionais. Deve ser guardada a proporção entre a gravidade do fato e a sanção penal, observados os valores coletivos e individuais. O indivíduo é protegido para que o Estado não intervenha excessivamente, ou desnecessariamente, devendo apenas intervir proporcionalmente à gravidade do ato praticado por aquele para a proteção dos interesses públicos.²⁶

É uma garantia básica que deve ser observada para que direitos e liberdades individuais não sejam violados, sendo que a intervenção do Direito Penal só poderá ocorrer quando forem proporcionais a consequência imposta ao condutor e a gravidade da conduta por este praticada. Além disso, é preciso observar três requisitos: a necessidade (o Direito Penal só deve ser aplicado nos casos de comprovada necessidade), a adequação (o Direito Penal deve ser uma forma adequada ao controle de criminalidade, ou à prevenção desta) e a proporcionalidade (a pena deve corresponder à gravidade da ação ou omissão).²⁷

No plano abstrato é tarefa difícil aplicar o princípio da proporcionalidade, pois se encontra no olho por olho, dente por dente. Já na esfera concreta é mais fácil, já que o juiz adota o sistema trifásico (artigo 68 CP), podendo analisar cada requisito individualmente e, assim, aplicar uma pena proporcional ao fato delituoso.²⁸

²⁶ Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em: 28/03/2013.

²⁷ Informação fornecida pelo professor Julio Hott, na disciplina Direito Penal Teoria da Pena, no primeiro semestre de 2010.

²⁸ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 78.

Portanto, se o tratamento penitenciário tem que ser o adequado e proporcional à gravidade do fato, quando o condenado tem direito a cumprir a pena em regime aberto por que iria para o semi-aberto na falta daquele?

O princípio da dignidade da pessoa humana, inserido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito²⁹, visa utilizar a lei com foco no ser humano acima de tudo. Com base nessas normas, o ser humano deve ser tratado com respeito, assegurados todos seus direitos na comunidade e interpretado de forma única e desprovida de preconceitos e pré-julgamentos. Cabe à justiça assegurar todos os direitos como: vida, saúde, integridade física, honra, liberdade física e psicológica, nome, imagem entre outros.

Esse princípio diz que o ser humano não pode sofrer tratamento desumano ou degradante e não pode ser privado dos meios necessários à manutenção de sua sobrevivência física ou moral. O condenado perde o direito à sua liberdade, mas tem os outros direitos garantidos a qualquer cidadão, como o trabalho, a educação, previdência social.³⁰

Parte da sociedade interpreta os Direitos Humanos como um benefício de infratores e não um direito social unificado, alegando que tais princípios ajudam a diminuir o combate a criminalidade. Porém, o que não se é interpretado é que ao se distinguir os direitos entre cidadãos, assumimos automaticamente um sistema de ditadura, além é claro, de não se atentar aos delitos que são causados pelas camadas sociais mais favorecidas e que são vistos de maneira diferente.³¹

Quando é determinado que o infrator deve assumir uma punição acima do que lhe é de direito, essa decisão entra em conflito com este princípio, por faltar subsídios que comprovem a necessidade de tratar um cidadão diferente de outros que já cumprem em regime que lhe são cabíveis.³²

Portanto, seria uma afronta a esse princípio a colocação do condenado em regime mais gravoso do que o previsto na sentença condenatória. Se o cidadão tem

²⁹ BRASIL Constituição Federal de 1988, artigo 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28/03/2013.

³⁰ Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9434>. Acesso em: 28/03/2013.

³¹ Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9434>. Acesso em: 28/03/2013.

³² Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9434>. Acesso em: 28/03/2013.

esse direito, não deve ser obrigado a ir para um regime mais gravoso se inexistir vaga onde tiver que cumprir o seu regime previsto na sentença penal. Do mesmo modo se tiver o direito à progressão, já tendo cumprido em regime mais gravoso do que lhe seria direito agora.

Por último, mas não menos importante, é essencial falar sobre o princípio da ressocialização (reintegração social) do condenado. O artigo 1º da LEP menciona que a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.³³ Portanto, estes não podem ser tratados como animais nas celas com condições desumanas já que o objetivo é trazê-los de volta para a sociedade, e não distanciá-los cada vez mais.

Infelizmente, essa é a realidade. Com condições degradantes nos presídios os condenados saem destes do mesmo jeito que entraram ou muitas vezes até piores devido à falta de estrutura adequada para melhor atendê-los. A Lei de Execução Penal conjuntamente com a Constituição da República estão sendo desrespeitadas e os presos dificilmente são reintegrados à sociedade, já que o poder estatal não contribui com condições básicas para a recuperação do preso.³⁴

A superlotação dos presídios, a não colocação dos presos em celas distintas de acordo com a natureza do delito, a idade, o sexo, tudo isso contribui para a não reintegração dos apenados na sociedade. Isso poderia ser atenuado se ao menos houvesse mais presídios e outros estabelecimentos prisionais para preservação da integridade dos condenados.³⁵

Deixando de lado o objetivo da pena de o agente pagar pelo que fez, uma finalidade é a ressocialização do apenado, ou seja, a prevenção do cometimento de novos delitos e o estabelecimento da paz e ordem social que foram violadas pelo preso. E como isso é possível se o condenado vive nessas situações por anos, juntamente com outros presos que estão sentindo a mesma angústia, a mesma raiva, o mesmo descontentamento com o poder estatal que os cerca. Isso só contribui para que o preso saia da prisão pior do que entrou, podendo vir a cometer

³³ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, artigo 1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28/03/2013.

³⁴ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21456/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-ineficacia-da-execucao-da-pena-devido-a-ociosidade-do-condenado/3>>. Acesso em: 28/03/2013.

³⁵ Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9434>. Acesso em: 28/03/2013.

outros delitos após sua saída da prisão. O condenado tem seus deveres com a sociedade assim como o Estado tem seus deveres para com o preso e a sociedade.³⁶

Vamos analisar o possível ciclo de um delinqüente hoje no Brasil. Com uma má estrutura familiar e com poucas oportunidades, muitos brasileiros hoje optam pelo tráfico de drogas, por exemplo, até por conta de que no seu ciclo social é a única referencia que eles dispõem. Com isso iniciam a vida no crime e a cometerem pequenos delitos, quando são detidos pelo estado, ficam reclusos em um sistema carcerário com outros presos com crimes parecidos ou muito piores. Dentro deste ambiente onde o objetivo maior, seria dispor de conceitos sociais e da importância do trabalho honesto, o preso se vê em situações precárias e tendo como exemplo, unicamente os atuais presos que tendem a definir quais atitudes devem ser tomadas. Neste processo atual, o estado se omite por completo, em nenhuma etapa do processo ele se dispõe a oferecer reais oportunidades do preso se reabilitar.³⁷

³⁶ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21456/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-ineficacia-da-execucao-da-pena-devido-a-ociosidade-do-condenado/3>>. Acesso em: 28/03/2013.

³⁷ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21456/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-ineficacia-da-execucao-da-pena-devido-a-ociosidade-do-condenado/3>>. Acesso em: 28/03/2013.

2 ANÁLISE DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA ATUAL

A cada ano a população carcerária tem crescido substancialmente. Em alguns lugares um crescimento maior, e em outros um pouco menor. De acordo com Pavarini e Giamberardino, o crescimento no Brasil ultrapassou o percentual de 400%, conforme podemos ver no quadro abaixo:³⁸

Ano	População carcerária	Presos/100.000 hab. (aprox.)
1907	3.032	14,3
1934	6.212	15,2
1938	3.887	9,5
1945	7.709	16,8
1947	8.446	17,6
1950	8.946	17,2
1954	15.322	24,6
1956	18.714	28,7
1960	21.520	30,3
1962	19.771	26,6
1964	23.385	28,9
1966	22.534	26
1968	27.521	30,1
1971	27.467	29,5
1973	32.875	31,9
1975	37.071	34,3
1979	37.999	32
1981	50.802	40,8
1983	62.594	47,2
1985	69.365	50,9
1992	114.377	78
1997	170.602	115

³⁸ PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 99.

1999	192.998	127
2000	232.755	137
2002	239.345	137,4
2004	336.358	188
2006	401.236	219
2008	451.219	245
2010	494.237	266

Se quantitativamente é possível estabelecer esse quadro comparativo, por outro lado é difícil dar uma resposta exata sobre quais seriam os motivos desse crescimento exacerbado de presidiários. Podemos elencar algumas hipóteses, mas, pelo menos por enquanto, não saberemos ao certo qual o verdadeiro motivo para esse quadro de presos tão elevado e a cada ano elevando-se mais. As hipóteses a seguir, retiradas do livro “Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica” foram elaboradas apenas de acordo com alguns países, e, prevalentemente, a dos Estados Unidos e da Inglaterra.³⁹

A primeira hipótese seria a de a criminalidade ter aumentado a partir dos anos setenta/oitenta do século passado. Isso pode ser relacionado com a crise dos sistemas de Welfare, o aumento dos índices de desocupação, a política de criminalização das drogas e a intensificação dos fluxos migratórios. Entretanto, essa hipótese dá margem para duas críticas. A primeira seria o desconhecimento da criminalidade real, ou seja, é difícil relacionar esses índices de criminalidade aparente com as taxas de encarceramento, já que envolve também outras variáveis, tais como o andamento da ilegalidade real, a propensão à denúncia por parte das vítimas e dos cidadãos e o grau de eficiência da polícia e do Poder Judiciário. A segunda crítica é em relação a algumas formas de criminalidade, como por exemplo, a criminalidade ocasional patrimonial, a qual teve um aumento em alguns países como nos Estados Unidos e na Itália em determinado momento e poucos anos

³⁹ PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

depois houve uma significativa redução, por mais que as taxas de encarceramento continuassem a aumentar.⁴⁰

Dando continuidade às hipóteses, a segunda seria a de as legislações penais se tornarem mais severas, em se tratando das políticas criminais dos governos conservadores nos anos 80 e 90 nos Estados Unidos e na Inglaterra e imitadas por vários outros países. O que também traz algumas críticas já que sempre houve um aumento nas taxas de encarceramento, e não somente após instaurações de legislações penais mais severas.⁴¹

Uma terceira hipótese seria a de uma maior severidade das agências responsáveis pelos processos de criminalização secundária no momento de aplicação da pena em relação a similares tipologias de crime e/ou de autor. Do mesmo modo do item anterior não é possível valorar a contribuição desse fator em relação ao objeto de estudo.⁴²

Por fim, o que pode ter ocasionado essa elevação das taxas de encarceramento é a construção social, já que nas últimas duas décadas do século passado aumentou na sociedade uma insegurança social e por isso uma maior severidade, a qual ocasionou em elevação de uma resposta repressiva. O crescimento de uma multidão de excluídos torna cada vez mais difícil a proposta de uma ordem social inclusiva. Na atual sociedade de incapacitação dos marginais, com um novo modelo de desenvolvimento sócio-econômico o cidadão acredita ser mais fácil e cômodo excluir a incluir.⁴³

Como pudemos observar, estabelecer exatamente quais seriam os motivos para esse aumento de presos não é possível, pelo menos por enquanto. O objeto desse estudo, portanto, não é procurar uma solução para o encarceramento, e sim tentar achar meios para amenizar a situação dos presídios superlotados.

⁴⁰ PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14-15.

⁴¹ PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

⁴² PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16-17.

⁴³ PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

Dados do Sistema de Informações Penitenciárias (Infopen), atualizados em dezembro do ano passado (2012), comprovam que a atual população carcerária no país é de 548 mil pessoas, sendo que, os estabelecimentos penais dispõem de apenas 310,6 mil vagas. Com esta estatística já podemos concluir alguns pontos fundamentais. Atualmente o Brasil não possui estrutura física para atender a quantidade de infratores. De acordo com o artigo 88 alínea b da LEP, cada condenado tem direito a seis metros quadrados, logo, deveriam ser construídos novos presídios para que este problema seja ao menos atenuado. Além desse aspecto da superlotação, a maior falha está no propósito do sistema carcerário: A reabilitação. Mas a grande pergunta é: estamos interessados em reabilitar estes infratores?⁴⁴

Com celas superlotadas, quadro de funcionários insuficiente, falta de condições de higiene e de atendimento médico, abuso por parte de agentes penitenciários, além da violência por parte das pessoas responsáveis pela segurança de dentro dos presídios, o quadro de recuperação destes detentos parece a cada dia estar mais longe de acontecer. Devemos como sociedade rever de forma drástica o objetivo final do regime fechado e nos adaptarmos à reintegração e não à degradação dos presos.⁴⁵

Atualmente grande parte da população carcerária não possui um direcionamento psicológico nem social. Com a superlotação, todos os princípios básicos de sobrevivência são prejudicados, como por exemplo, ter onde se higienizar ou até mesmo dormir.

Muitos ex presidiários optam pela nova prática de crime por vários motivos. Um desses motivos é a própria sociedade. É muito difícil a inserção no mercado de trabalho tendo folha de antecedentes. A própria sociedade que não dá a oportunidade deles se reintegrarem no meio de trabalho, ela própria discrimina essas pessoas, e então, acabam por fazer o que sabem fazer: matar, roubar, etc. Os próprios ex presidiários relatam que quando são discriminados em algum tipo de trabalho passam a ter vontade de novamente cometer atos ilícitos. Por precisarem

⁴⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/04/governo-prepara-pacote-para-tentar-reduzir-superlotacao-em-presidios.html>>. Acesso em: 04/04/2013.

⁴⁵ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282011000300008&lang=pt>. Acesso em: 04/09/2013.

de sustentar a si e a sua família, passam a seguir o caminho do crime e do tráfico, já que até os empregos mais informais não os aceitam, e acreditam que a vida ilícita é mais fácil.⁴⁶

Outro motivo seria o próprio sistema prisional com a violência e a precariedade dos estabelecimentos, que em muitos casos servem para transformar o condenado, não para melhor, mas agravando o sentimento de vulnerabilidade de cada um, com o possível cometimento de crime após sua saída da prisão. E se for o caso de não haver estabelecimento no regime estabelecido para o condenado e este regredir de regime ainda é pior. Este fica com um sentimento de humilhação, sofrimento e todas as condições precárias que as prisões oferecem.

Afinal, qual a grande finalidade do sistema carcerário?

“O tratamento penitenciário refere-se a um conjunto articulado de ações por parte do Estado e da sociedade, para a garantia de direitos fundamentais básicos (como o direito à sobrevivência, o direito ao desenvolvimento pessoal e social, além do direito à integridade física, psicológica e moral) por meio de políticas sociais básicas (saúde, trabalho e educação), políticas de assistência social, políticas de proteção especial e políticas de garantia de direitos.”⁴⁷

Essas ações devem prevenir a reincidência, mas observamos que isto não está sendo colocado em prática. O Art. 1º da lei de execução penal diz que um dos objetivos da prisão é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Nossa lei defende uma integração social e uma reabilitação ao condenado ao retornar a sociedade, porém, nada do que é feito dentro das administrações chega a nos convencer de que este objetivo interessa ao governo. Utilização de verbas públicas, novo método de treinamento de funcionários e reforma de estruturas físicas, são algumas das problemáticas encontradas para que possamos alcançar o tão sonhado objetivo da reclusão.⁴⁸

Porque então agravar a situação de um cidadão condenado se nossos presídios já podem ser considerados caóticos? A decisão em alguns momentos de

⁴⁶ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282011000300008&lang=pt>. Acesso em: 04/09/2013.

⁴⁷ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100005&lang=pt>. Acesso em: 04/09/2013.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100005&lang=pt>. Acesso em: 04/09/2013.

regredir a sentença de um infrator aparenta ser causada por um âmbito estrutural deficiente da própria sociedade, causando assim as conseqüências de uma má administração ao cidadão. Cabe a nós refletir, se esta decisão de regressão não seria uma tentativa de resposta à sociedade, com objetivo de apenas demonstrar que o Governo está atento às pessoas que estão infringindo as leis, apagando assim, os problemas causados pelo próprio Governo.⁴⁹

Não bastasse essa análise entre a estrutura carcerária e as decisões governamentais, nos deparamos atualmente com uma situação de criminalidade seletiva, onde, em muitas das vezes, a classe e posição social são levadas em consideração para que se possa analisar o grau de criminalidade que foi cometido. Os próprios cidadãos que são a favor do aumento penal e contra a igualdade dos direitos humanos, cometem delitos e se disfarçam perante a uma camada social, distanciando-se assim de serem julgados, além de defender intensamente o castigo a um traficante enquanto se utilizam de drogas comercializadas por ele.⁵⁰

A conclusão que posso chegar, é que nosso sistema carcerário se tornou uma espécie de bolha, onde, a camada social que não possui forças e instruções para não cometer delitos ou até lutar por condições mais humanas nos presídios, vai se acumulando e sendo tratada de acordo com o que a situação pede, sem que a própria sociedade e muito menos o governo tenham a menor preocupação de igualdade, deixando muito clara a visão de inferioridade a estes delinquentes, enquanto que os mais favorecidos são protegidos por leis como a de separação carcerária para os cidadãos que possuem nível superior, que claramente é um título de educação proporcionalmente maior às classes sociais mais favorecidas. Outro exemplo é o tráfico de drogas, que possui uma enorme porcentagem de usuários com classe social AB “alimentando” o traficante.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100005&lang=pt>. Acesso em: 04/09/2013.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9434>. Acesso em: 28/03/2013.

2.1 Sistemas penitenciários internacionais

Muitos se perguntam: mas para que essa preocupação com infratores? Existe a possibilidade dos presos se reabilitarem e não cometerem mais crimes? O preso não deve ser tratado com condições ruins para aprender?

Algumas dessas respostas se encontram no atual sistema carcerário da Noruega. Hoje a Noruega é considerada por muitos o país com as prisões mais “luxuosas” do mundo, sendo mais bem estruturadas que muitas residências de trabalhadores brasileiros. Com isso, acaba sendo um dos países mais criticados pela forma que trata os presos. Muitas celebridades que são formadoras de opinião já se manifestaram em tom irônico informando que gostaria de cometer um crime na Noruega.⁵¹

A prisão de Halden Fengsel dispõe de estúdio para gravação de músicas, biblioteca, chalés para visitas, ginásio de esportes, campo de futebol, oficina de trabalho para os detentos entre outros. O responsável pela prisão alega que as atividades e a boa estrutura fornecida para os presos, torna mais fácil a reflexão e o entendimento de uma vida justa e de liberdade para os detentos, ele informa ainda que o índice de brigas entre presos é quase zero.

O sistema carcerário da Noruega foi projetado com a idéia de que quando um cidadão é condenado à prisão, ele está sendo privado de sua liberdade e não ganhando o direito a maus tratos. O interesse da reabilitação é da própria sociedade, que deseja aumentar a paz e harmonia entre seus habitantes. O tratamento cruel só torna a pessoa um criminoso mais enfurecido sendo que ao levar um cidadão à cadeia, o estado não deve ter a visão de estar se vingando daquela pessoa. Porém, todo esse esforço de reabilitar não deve ser fornecido apenas pelo sistema, o próprio preso deve mostrar continuamente seu progresso nos treinamentos de qualificação profissional e de reabilitação para que possa

⁵¹ Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/07/noruega-reabilita-maioria-criminosos-presidarios-mundo.html>>. Acesso em: 04/04/2013.

desfrutar de condições cada vez melhores, caso contrário, seus direitos de utilização de benefícios vão se tornando cada vez mais restritos.⁵²

Qual o resultado disso? Atualmente apenas 20% dos presos da Noruega que retornam a sociedade optam por cometer um crime novamente, o que é uma prova viva de que oferecer condições dignas ao infrator, só faz com que ele perceba o quão desnecessário é o mundo do crime. Nosso objetivo não precisa ser o de se igualar ao sistema carcerário Norueguês, porém, ao menos refletir os dados estatísticos deste país e a forma com que eles tratam os infratores.⁵³

Como já comentado, o aumento do índice de encarceramento no Brasil nos últimos 15 anos foi mais de 400%. Nos países desenvolvidos o aumento ficou em torno de 45%: nas Américas o crescimento foi maior que 80% nos seus seis países mais populosos e na Europa foi constatado um crescimento de pouco mais de 40% em apenas metade de seus países. Isso pode ser um espelho do sistema de encarceramento da Noruega, no qual não falta vaga, não há superlotação e nem condições péssimas para a recuperação dos presidiários. Já em países em desenvolvimento, como a maior parte dos africanos e asiáticos, temos uma média que é superior a 100%.⁵⁴

Outro exemplo de cárcere que merece destaque é o modelo de Panóptico de Bentham. Este é utilizado não somente em prisões, mas também escola e fábricas e vários outros. Quando utilizado em penitenciárias, ele consiste em um anel com várias celas, as quais possuem duas janelas cada, uma voltada para o interior e outra para o ambiente exterior. No centro, há uma torre com várias janelas onde o vigia tem total visibilidade do interior do anel onde estão os detentos, mas sem estes enxergar. Essa arquitetura do panóptico consiste na dúvida dos presos sem saber se estão sendo vigiados ou não, mas com a certeza de que sempre pode estar sendo. Essa simples ideia arquitetural é o que torna possível a observação sobre os

⁵² Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/07/noruega-reabilita-maioria-criminosos-presidiarios-mundo.html>>. Acesso em: 04/04/2013.

⁵³ Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/07/noruega-reabilita-maioria-criminosos-presidiarios-mundo.html>>. Acesso em: 04/04/2013.

⁵⁴ PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11.

detentos, em que pode ser visto a boa conduta de cada um como também a má e possível reincidência.⁵⁵

Claro que esse sistema, como qualquer outro, sofre diversas críticas. Uma delas é que, por poderem ser observados o tempo todo, isso seria uma punição, uma violação da privacidade de cada um dos detentos. Mas não acho que seria este o caso. O objetivo do panóptico não é combater a violência física com mais violência física, mas com mecanismos psicológicos, em que nem tivessem a oportunidade de fazer o mal.⁵⁶

2.2 A superlotação e falta de estabelecimento

Não é de hoje que se fala em superlotação de prisões. Mais de uma prisão no Brasil já foi desativada por estar lotada, como a famosa “Carandiru”, em São Paulo, e a Casa de Detenção de São Paulo. Carandiru inclusive que foi pauta de um filme de muito sucesso no cenário nacional que retratou uma rebelião causada por uma briga interna, onde muitos afirmam que a superlotação foi um fator predominante para a dificuldade de ação da polícia.

Dados do InfoPen de dezembro de 2012 no Distrito Federal revelam que o número de habitantes é de 2.562.963 e a população carcerária é de 11.438. Agora vejamos o número de vagas somando as do Sistema Penitenciário Estadual - Presos Provisórios, Regime Fechado, Regime Semi Aberto, Regime Aberto, RDD, Sistema Penitenciário Federal – Regime Fechado, RDD e Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil /SSP): 6.441. Observamos que apenas há vagas no DF para pouco mais da metade da população carcerária total e, observando a quantidade de estabelecimentos penais vemos que há apenas seis, sendo que dentre esses, cinco são penitenciárias e um é colônia agrícola ou industrial. Não há no Distrito Federal, capital do país, casas de albergado, cadeias públicas, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e patronato.⁵⁷

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=220&Source=/>>. Acesso em: 26/08/2013>.

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.educ.fc.ul.pt/docentes/opombo/hfe/momentos/sociedade%20disciplinar/Pan%C3%B3ptico.htm>>. Acesso em 26/08/2013.

⁵⁷ Disponível em: <<http://www.infopen.gov.br/>>. Acesso em: 26/08/2013.

Após analisarmos esses dados entramos em outro ponto que talvez seja a causa de não haver estabelecimentos penitenciários suficientes em diversas regiões do país: a falta de empenho do Estado e da maioria das pessoas que atuam nesse meio. Não podemos ter orgulho da aplicação da lei penal neste país. Foi mostrado em reportagem no jornal Folha de São Paulo que o governo gastou somente um quinto da verba total para a melhoria das prisões. Foram utilizados apenas R\$ 63,5 milhões do total de R\$ 312,4 milhões de reais disponíveis para aprimoramento do sistema. Com esse total, o governo poderia ter construído mais oito penitenciárias no país. Este número iria solucionar todos os problemas carcerários e ainda dar condições de reabilitação a cada preso. O número de reincidência iria diminuir e possivelmente poderíamos fornecer mais educação e oportunidades aos brasileiros.⁵⁸

É aí que entra a questão da negligência do Estado. Com verbas suficientes é inexplicável o porquê de não ter sido aproveitada a oportunidade e criado novos estabelecimentos penitenciários em regiões onde não há. Não bastasse a falta de investimento de acordo com a verba, as penitenciárias que existem possuem uma péssima infra-estrutura. O governo pode até argumentar que exige um planejamento para construção de presídios, mas é extremamente triste saber que esta verba não é utilizada nem para tentar manter os presídios que existem em uma qualidade aceitável.⁵⁹

Resta-nos imaginar o que foi feito com a verba que não foi gasta para o destino que havia sido planejado ou até qual a prioridade que o governo dá ao público carcerário. O que sabemos é que atualmente os ambientes carcerários são tão bem organizados como o próprio governo. É um espelho do que nossos líderes políticos enxergam para o futuro do nosso país.

⁵⁸ Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=220&Source=/>>. Acesso em: 26/08/2013.

⁵⁹ Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=220&Source=/>>. Acesso em: 26/08/2013.

3 PROGRESSÃO E REGRESSÃO DE REGIME

De acordo com Sidio Rosa de Mesquita Júnior, os sistemas penitenciários clássicos são:⁶⁰

- 1- Modelo pensilvânico: completo isolamento celular, autorizado o trabalho na cela; esse sistema autoriza a tortura;
- 2- Sistema alburniano: consiste no trabalho em comum diurno e isolamento celular durante a noite;
- 3- Sistema progressivo: previa três fases: a) isolamento diuturno com trabalho obrigatório; b) trabalho em comum durante o dia e isolamento noturno; c) livramento condicional; o sistema irlandês introduziu um novo estágio, antes do livramento condicional teria o trabalho externo;
- 4- Sistema de Elmira: é também um modelo progressivo, mas sem pena determinada; tem interesse em fazer com que o condenado pague a pena, mas o maior interesse é a recuperação do condenado, tem um caráter reformatório.

O Brasil adota o sistema progressivo para a execução da pena privativa de liberdade, mas com algumas modificações em relação ao sistema irlandês. Primeiramente, na primeira fase o condenado não fica diuturnamente isolado, pode trabalhar em comum durante o dia. A segunda modificação é em relação ao condenado poder ingressar no livramento condicional estando no regime fechado.

De acordo com Mirabete (2004, p. 387) a progressão é um mérito do condenado, ou seja, a sua adaptação ao regime, quer no início, quer no decorrer da execução.

3.1 Progressão de regime

A legislação brasileira adota necessariamente o sistema progressivo de regime, claro, se previstos os requisitos legais. De acordo com a súmula 716 do STF, “admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação

⁶⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*, 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

imediate de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.”⁶¹

A progressão deve ser feita para o regime legal imediatamente seguinte ao qual o condenado está cumprindo.

Para a progressão de um regime para outro menos rigoroso é necessário dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. O requisito objetivo é o temporal, sendo que a progressão poderá acontecer quando o condenado cumprir 1/6 (um sexto) da pena total no regime anterior, com a transferência para regime menos rigoroso, conforme redação do artigo 112 da LEP. O subjetivo depende do mérito do condenado, quando apresentar bom comportamento carcerário e indicar uma adaptação ao regime mais brando que o anterior, não incidindo na prática de falta disciplinar, influenciando nele também o quadro interno psicológico e psiquiátrico, o potencial criminógeno e periculosidade, reincidência e maus antecedentes.

Em se tratando de condenação pela prática de crime hediondo o requisito objetivo será o cumprimento de o mínimo 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente.⁶²

Ao preso é adquirido esse direito de progressão se presentes esses dois requisitos, sendo que o juiz não está vinculado ao atestado de bom comportamento dado pelo diretor do estabelecimento prisional, ou seja, ele pode discordar deste. A execução penal possui natureza jurisdicional (LEP art. 194), cabendo sempre ao órgão judiciário dar a última palavra acerca de qualquer incidente que nela se verifique.

Porém, há divergência sobre ser requisito necessário ou não a realização do exame criminológico, conforme aresto do TJDFT:⁶³

“PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – LEI Nº 7210/84 – PROGRESSÃO DE REGIME.

Embora o exame criminológico não seja necessário para a progressão do regime fechado para o semi-aberto, nas hipóteses em

⁶¹ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 513. Súmula do STF aprovada na sessão plenária de 24 de setembro de 2003.

⁶² BRASIL. Lei nº 8072, de 25 de julho de 1990, artigo 2º.

⁶³ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*, 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 231.

que necessário, a decisão será motivada. Com parecer da CTC e da perícia, para avaliar o mérito do preso. Desfavoráveis tanto o parecer da CTC como o do COC, não se mostra abusiva a decisão que indefere a progressão e saídas temporárias.”⁶⁴

De acordo com a nova redação do artigo 112 da lei N^o 7210/84, não é determinante o exame criminológico para a progressão de regime, porém, poderá ser utilizado se assim for avaliado como necessário, já que inviabiliza a realização do programa individualizador do cumprimento da pena corporal (informação verbal)⁶⁵. O exame é composto, como instrumento de verificação: informações jurídico-penais; exame clínico, morfológico, neurológico, eletrencefalográfico, psicológico, psiquiátrico e social.⁶⁶

Para conseguir o benefício de saídas temporárias o condenado precisa cumprir 1/6 (um sexto) da pena, se primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente, bom comportamento e compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.⁶⁷ Já para o livramento condicional é necessário o cumprimento de mais de 1/3 da pena, se não reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes, e mais da metade, se reincidente em crime doloso.⁶⁸

De acordo com o artigo 8^o e seu parágrafo único da LEP, para a progressão do regime fechado para o semiaberto é imprescindível o prévio exame criminológico, porém para a progressão do semiaberto para o aberto não é necessário o exame, mas é exigida a existência de trabalho para o condenado.

“A importância da progressão de regime reside na ressocialização do detento e na opção por obstar o mínimo possível seu retorno ao convívio social.”⁶⁹ Portanto, é necessária a progressão de regime se presentes os requisitos legais, para o condenado ficar cada dia mais perto da sua reintegração ao convívio social.

⁶⁴ BRASIL. TJDF – 2^a Turma Criminal – Rel. Ana Maria Duarte Amarante Brito – HC 7.375/96 – Ac. 93.758 – DJ, Seção, p. 9.381.

⁶⁵ Informação fornecida pelo professor Marcus Bastos, na disciplina Direito Processual Penal III, no primeiro semestre de 2013.

⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei n^o 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 53.

⁶⁷ BRASIL. Lei n^o 7.210, de 11 de julho de 1984, artigo 123.

⁶⁸ BRASIL. *Decreto-lei n^o 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, artigo 83.

⁶⁹ Informação fornecida pelo professor Marcus Bastos, na disciplina Direito Processual Penal III, no primeiro semestre de 2013.

3.2 Regressão de regime

“A base de nosso sistema penitenciário é o progressivo, mas eventualmente o réu poderá ficar sujeito ao sistema regressivo.”⁷⁰ A regressão de regime poderá ocorrer nas hipóteses do artigo 118 da Lei de Execução Penal:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.⁷¹

A regressão pode ser para qualquer dos regimes anteriores, podendo até ser por saltos, nas hipóteses já elencadas do artigo 118 da LEP. A regressão ocorrerá de acordo com a soma das penas aplicadas ao condenado. Portanto, se este estiver cumprindo a pena de três anos no regime aberto e sobrevier condenação por seis anos, essas serão somadas e, totalizando nove anos, cumprirá a pena no regime fechado.

Considerando que o condenado regredirá de regime se de acordo com as condições estabelecidas no artigo 118 da Lei de Execução Penal, não existem motivos para voltar para o regime anterior se ele cumpriu todos os requisitos para admissão no regime aberto, configurando constrangimento ilegal:

“Configura constrangimento ilegal, sanável via *habeas corpus*, o fato de estar o condenado cumprindo pena em regime diverso e mais gravoso do que estabelecido na sentença, não se podendo admitir que sejam ultrapassados os limites nesta impostos, sendo certo que nem mesmo a providência que determina a remoção do sentenciado, enquanto não atendida, pode afastar tal constrangimento”.⁷²

De acordo com Kuehne (2011):

⁷⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*, 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 208

⁷¹ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, artigo 118.

⁷² FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2004. p. 262. BRASIL. TACRIM-SP – HC – Voto vencido: Angélica de Almeida – RJD 28/273.

“A prática de nova infração criminosa somente gera regressão de regime 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.”⁷³

O artigo 118, § 2º da LEP menciona a necessidade do procedimento da oitiva do condenado, em se tratando da possível regressão do regime de cumprimento de pena de prisão, em face da cláusula constitucional da presunção de não culpabilidade, pois é necessário que haja a certeza de que o condenado está previsto nos incisos do referido artigo.

3.3 Divergência

A grande divergência é em relação à falta de vaga em Casa do Albergado ou mesmo a falta desta na comarca. Neuman defende que nesse caso será aplicado prisão-albergue domiciliar em caráter precário, até que surjam vagas.⁷⁴

O artigo 117 da Lei de Execução Penal prevê as hipóteses em que o condenado em regime aberto poderá cumprir a pena em regime domiciliar:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
II - condenado acometido de doença grave;
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
*IV - condenada gestante.*⁷⁵

O rol do artigo 117 poderá ser ampliado se não houver Casa do Albergado na comarca onde deverá executar a pena, isso porque o condenado não pode ser prejudicado e ter de cumprir a pena em regime mais gravoso pela falta de cumprimento do Estado das determinações da Lei de Execução Penal. Esse é o entendimento do STJ, conforme ementa a seguir:

“Sendo deferida ao paciente a progressão ao regime aberto, não pode ser ele compelido a aguardar, em Penitenciária local, o surgimento de vaga em Casa do Albergado. Precedentes.

⁷³ KUEHNE, Maurício, *Lei de Execução Penal Anotada*, 9. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 382.

⁷⁴ FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, op. cit., p. 450.

⁷⁵ BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*, artigo 117. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20/04/2013.

Ordem concedida para garantir ao paciente o cumprimento da pena em prisão domiciliar enquanto inexistir vaga em estabelecimento adequado ao regime aberto.”⁷⁶

De acordo com Greco “a finalidade do cumprimento da pena em regime aberto é a de justamente começar a reintegrar o condenado à sociedade, afastando-o do convívio carcerário que, todos sabemos, somente contribui para formar negativamente sua personalidade”.⁷⁷ Então por que regredir um regime se a finalidade é a ressocialização do condenado e a sua progressão se a negligência é do Estado? Isso é desrespeitar os princípios da dignidade da pessoa humana, da reserva legal, da proporcionalidade, da dignidade do preso e piorar a reinserção social do condenado. Vale ressaltar mais entendimentos deferindo a prisão-albergue domiciliar.⁷⁸

“Impõe-se conceder a ordem de *habeas corpus* para que ao paciente que já cumprir mais de um sexto da pena que lhe foi imposta seja garantido o direito à progressão para regime menos rigoroso e, à falta de casa do albergado, o benefício deve converter-se em prisão domiciliar”⁷⁹

“*Pena. Fixação de regime prisional aberto na sentença. Inexistência de casa de albergado na comarca. Cumprimento em regime fechado. Inadmissibilidade.* – “A sanção penal e sua execução devem ostentar-se justas; o regime prisional diz com a individualização da pena, seja cognitiva, seja executória, como garantia de direito individual; quanto ao regime, o título executório, se nunca fez coisa julgada material, não pode, entretanto, ser modificado, sem causa legal; violar a ordem contida na sentença definitiva e firme, fazendo restar o condenado em regime diverso do estabelecido, consiste em desvio da execução; se a mais disso, impõe-se-lhe outra, superiormente, rigoroso emerge o constrangimento ilegal, que aflora em sobre-pena; não vale a invocação da inércia ou da omissão do Poder Público, qual fato justificante; a evidência de o condenado não se enquadrar nos casos de albergamento residencial não é razão suficiente para curar a ilegalidade de sua manutenção em regime fechado”.”⁸⁰

“*Pena. Execução. Regime fechado. Progressão para o aberto na modalidade domiciliar. Admissibilidade. Inexistência na comarca de casa do albergado – Excepcionalidade do caso concreto. Ordem concedida.* – “As quatro hipóteses que, por lei, admitem a prisão-albergue domiciliar são raras de acontecer, sendo mais coerente com a realidade do nosso sistema penitenciário o julgado que a concede

⁷⁶ GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 527. BRASIL. STJ, HC 90674/RS HC 2007/0217899-6, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 17/3/2008.

⁷⁷ GRECO, Rogério, op. cit., p. 527

⁷⁸ FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2004. p. 455.

⁷⁹ BRASIL. TRF 3ª R. – 2ª T. – Rel. Fauzi Achôa – j. 17.05.1994 – DJU 26.07.1994, p. 39.640 e Bol. IBCCrim 19/64.

⁸⁰ BRASIL. TACRIM-SP – HC – Rel. Sérgio Pitombo – RJD 11/190.

a outras situações excepcionais, tal como por faltar na comarca casa do albergado ou estabelecimento congênere, visto ser o encarceramento a pior solução para o reeducando que faz jus ao regime aberto”.⁸¹

Como podemos observar todos os entendimentos acima diziam que a concessão do regime domiciliar seria uma excepcionalidade. E sustentavam isso argumentando que seria justo ao condenado, que este não poderia ser punido pela inércia do Poder Público. Além disso, também diziam que o encarceramento não seria a solução ao condenado que faz jus ao regime aberto, mas sim uma ilegalidade já que não foi o estabelecido na sentença penal condenatória. Portanto, já que seriam raras as hipóteses taxadas no artigo 117 da LEP, a prisão domiciliar poderia ser enquadrada em casos excepcionais, como o da falta de Casa do Albergado.

Já o STF tinha o entendimento de que para cumprir a pena em regime domiciliar o condenado teria que estar previsto nos incisos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, conforme ementas abaixo:

“1. O artigo 117 da Lei de Execução Penal é taxativo ao determinar as condições especiais que permitem ao condenado o recolhimento em prisão-albergue domiciliar. 2. A inexistência de casa de albergado ou estabelecimento similar na localidade da execução da pena não assegura ao condenado o direito à prisão-albergue domiciliar. 3. Por impossibilidade material de execução da pena no regime aberto, seja pela falta de vaga, seja ela inexistência de casa de albergado, a permanência do sentenciado em estabelecimento prisional durante o repouso noturno e dias de folga não configura constrangimento ilegal.”⁸²

“Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão domiciliar. Se cabimento apenas nas hipóteses do artigo 117 da LEP. I- O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu que a prisão domiciliar somente é cabível nas hipóteses estabelecidas no artigo 117 da Lei 7210/84 (HC 68.118/SP). II- HC indeferido.”⁸³

“*Regime penal aberto, Progressão. Inexistência de casa do albergado. Prisão-albergue domiciliar. Impossibilidade fora das hipóteses estritas do artigo 117 da LEP. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.* – O Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado, se houver, na localidade de

⁸¹ BRASIL. TJSP – 3ª C. – HC 160.431-3 – Rel. Gonçalves Nogueira – j. 14.03.1994 – JTJ 157/333.

⁸² GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 526. BRASIL STF – 2ª Turma, HC 74045-6/RS, j. 13/8/1996, v.u. – Rel. Maurício Corrêa – DJU de 4/10/1996, p. 37.102.

⁸³ GRECO, Rogério, op. cit., p. 526. BRASIL HC 83809/PE 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ em 11/6/2004, p.16.

execução da pena, Casa do Albergado, que constitui, junto com outro estabelecimento adequado a tal fim, o instrumento necessário, insubstituível e essencial à sua concretização. A impossibilidade material de o Estado instituir Casa do Albergado não autoriza o Poder judiciário, fora das hipóteses estritamente contempladas no artigo 177 da LEP, a conceder a prisão-albergue domiciliar.”⁸⁴

“*Inviabilidade do pedido sucessivo.* – “Só é admitida prisão domiciliar aos beneficiários de regime aberto, desde que sejam maiores de 70 anos, ou acometidos por doença grave, ou mulher com filho menor ou deficiente físico ou mental ou, ainda, à condenada gestante (art. 117 da LEP – Lei 7.210/84)”.”⁸⁵

O Supremo justificava esse posicionamento nos preceitos de interesse público, alegando o prevailecimento do interesse público ao interesse individual do condenado. Argumentava que o artigo 117 da LEP seria, sim, taxativo e que não poderia ser concedida a prisão albergue domiciliar em hipóteses fora daquelas taxadas na lei. Não deferia *Habeas Corpus*, pois alegava que não configurava constrangimento ilegal a impossibilidade material de o Estado não ter construído estabelecimentos suficientes para cada regime prisional.

Apesar desse entendimento, o STF já deferia alguns casos de prisão-albergue domiciliar não previstos em lei:

“Prisão-albergue domiciliar. Benefício concedido. Fundamentação na inexistência de casa do albergado ou estabelecimento congênere na comarca. Sentenciado que faz jus à progressão ao regime aberto. Impossibilidade de permanecer na modalidade de prisão em que se encontra, devendo ser colocado em regime mais brando, afim de que se inicie seu processo de reintegração à sociedade. – “Regime prisional. Prisão-albergue. Casa do Albergado. Tendo o condenado atendido às condições objetivas e subjetivas para obter regime prisional aberto, mas não possuindo o Estado a casa do albergado nem estabelecimento que adequadamente possa substituí-la, deve ele ser colocado, então, em prisão domiciliar, como opção válida para que não permaneça na mesma situação mas, sim, possa iniciar seu processo de reintegração à sociedade, podendo voltar ao trabalho, para seu sustento e de sua família. Precedentes”.⁸⁶

“O condenado que fizer jus a regime aberto tem direito a prisão albergue domiciliar quando inexistir, no Estado, estabelecimento compatível. Precedentes da segunda turma do STF. Concessão da

⁸⁴ FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 453. BRASIL STF – TP – HC 68.108-2 – Rel. Celso de Mello – j. 19.12.1990 – DJU 04.02.1994, p. 910 e Bol. IBCCRIM 16/49.

⁸⁵ FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, op. cit., p.453. BRASIL STF – 2ª T. – HC 75.152-1 – Rel. Maurício Corrêa – j. 10.02.1998 – DJU 13.03.1998, p. 3.

⁸⁶ FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455. BRASIL. STF – 2ª T. – HC 68.121-2/SP – Rel. Aldir Passarinho – j. 18.09.1990 – RT 665/363.

ordem. Extensão a co-réu em igual situação (CPP, art. 580). *Habeas corpus* deferido.”⁸⁷

Infere-se das jurisprudências acima que por mais que o condenado não faça jus ao regime domiciliar, este não pode ser prejudicado pela falta de estabelecimentos ou de vagas em Casas do Albergado. O mais justo seria a possibilidade da prisão albergue domiciliar neste caso, já que ele tem de começar o processo de reintegração à sociedade, podendo, assim, voltar ao seu trabalho e à sua família.

Também em relação ao regime semiaberto podemos ver que na falta de colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, o condenado poderá cumprir em outros estabelecimentos. Não necessariamente em casa de albergado, mas em lugares em que as condições sejam compatíveis com o regime no qual deva cumprir, *in verbis*:

“Pena. Regime prisional semiaberto. Falta de estabelecimento adequado. Cumprimento em quartel da Polícia Militar, considerado local assemelhado pelo juiz de 1º grau, em vez de regressão ao regime fechado. Admissibilidade. Situação que atende mais ao espírito da lei. Habeas Corpus concedido. – “Habeas corpus. Regime semiaberto. Cumprimento em quartel da Polícia Militar. Adequação do estabelecimento à falta de setor penitenciário próprio. Remoção para quartel da Polícia Militar. À falta de estabelecimento próprio e sendo viável o cumprimento em local assemelhado, deve-se fazer uso dele, em vez de submeter o paciente ao regime fechado. Ordem concedida”.⁸⁸

“Inexistindo na comarca do apenado o estabelecimento apropriado deve ser designado a este um local que lhe seja equivalente, de forma que se amolde às reais condições prisionais, ao que determina a lei”.⁸⁹

“EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO. SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. REGIME MAIS BENÉFICO. ORDEM CONCEDIDA. I - Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II - À falta de local adequado para o semiaberto, os condenados devem aguardar em regime mais benéfico até a abertura de vaga. III - Ordem concedida.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu o pedido de habeas corpus para que se observe o cumprimento da pena tal como

⁸⁷ FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455. BRASIL. STF – HC – Rel. Célio Borja – DJU 12.10.1990, p. 11047.

⁸⁸ BRASIL. STF – 2ª T. – HC 66.593-4/BA – Rel. Francisco Rezek – j. 18.11.1998 – RT 638/371.

⁸⁹ BRASIL. TJRN – TP – HC 02.001953-0 – Rel. Aderson Silvino – j. 25.07.2002.

previsto no título judicial. Inexistente vaga em estabelecimento próprio, que se aguarde a vaga em regime aberto; vencida a Ministra Cármen Lúcia, Relatora. Relator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito. 1ª Turma, 24.06.2008.”⁹⁰

Conforme as jurisprudências acima colocadas depreende-se que, havendo locais semelhantes ao regime previsto na sentença condenatória, o preso não poderá regredir de regime e nem obrigatoriamente terá o direito à progressão. Se possíveis essas mesmas condições já não é configurado constrangimento ilegal, como ocorreria se fosse obrigado a regredir para o regime fechado, *in verbis*:

“Recurso em Habeas Corpus. Fixação do regime semiaberto na sentença condenatória. Cumprimento da pena em regime fechado. Constrangimento ilegal. Art. 2º, parágrafo único, da LEP. Recurso conhecido provido.”⁹¹

“O argumento da ausência de especificação do regime inicial de cumprimento da pena envolve constrangimento a ser reparado. Habeas Corpus deferido quanto a esse tópico, para que o Tribunal de origem sobre ele se pronuncie”⁹²

Atualmente, tanto o STF, o STJ e outros tribunais que veremos a seguir, já possuem um entendimento pacífico com relação ao cumprimento em regime mais brando quando da falta de vaga em estabelecimento.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME ABERTO. RECURSO PROVIDO.

1. Na esteira da jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, inexistindo vaga em estabelecimento compatível com o regime aberto, é legítima a prisão domiciliar do constrito, que não pode cumprir a pena em local mais severo que o determinado na decisão executória.

2. Agravo regimental provido para conceder a ordem, a fim de permitir ao segregado, em caráter excepcional, aguardar em prisão domiciliar o surgimento de vaga em unidade prisional adequada ao modo aberto, salvo se, por outro motivo, estiver em regime mais gravoso.”⁹³

⁹⁰ BRASIL. STF – 1ª T. – HC 94526/SP – Rel. Carmen Lúcia – Rel. p/ acórdão. Ricardo Lewandowski – j. 24/06/2008 – DJU 28/08/2008 – RT v. 97, n. 878, 2008, p. 525-530.

⁹¹ BRASIL. STJ – 5ª T. – RHC 6.737-SP – Rel. José Arnaldo – j. 16.09.1997 – DJU 20.10.1997, p. 53112 e RBCCRIM 21/325.

⁹² BRASIL. STF – HC 73.050-7 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 19.04.1996, p.12215.

⁹³ BRASIL. STJ - 5ª T. - HC 266252 / MG – Rel. LAURITA VAZ – Rel. p/ acórdão JORGE MUSSI – j. 09/04/2013 - DJe 09/05/2013 - 2013/0067838-8.

Por maioria de votos foi concedido ao paciente o regime domiciliar, já que já é consolidado no STF e no STJ o entendimento de que configura-se constrangimento ilegal o condenado estar cumprindo em regime mais severo do que o estabelecido na sentença por falta de vagas. Portanto, cumprirá em prisão domiciliar até que surjam vagas no regime aberto.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. PACIENTE MANTIDO EM ESTABELECIMENTO INADEQUADO. MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O fato de o paciente, beneficiado com a progressão prisional, aguardar o surgimento de vaga em estabelecimento adequado no regime mais gravoso constitui situação excepcional a autorizar o uso do habeas corpus, dado o evidente constrangimento imposto à liberdade de locomoção do apenado.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o paciente aguarde em prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento compatível com o regime aberto.⁹⁴

Novamente, foi concedido de ofício que o paciente aguarde em prisão domiciliar o surgimento de vaga compatível com o regime aberto, diante da ilegalidade à liberdade de locomoção do mesmo.

Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO SEMIABERTO. DETERMINAÇÃO DE RECOLHIMENTO DO PACIENTE A CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I – Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II – Paciente que se encontra na iminência de sofrer coação ilegal, uma vez que foi determinado seu recolhimento a centro de detenção provisória. III – Ordem parcialmente concedida para garantir ao paciente que seja recolhido a estabelecimento

⁹⁴ BRASIL. STJ – 5ª T. - HC 211557 / MG – Rel. MARILZA MAYNARD – j. 07/03/2013 - Dje 12/03/2013 - 2011/0151163-2.

adequado ao regime semiaberto e, à falta de vaga, para que aguarde em regime aberto.⁹⁵

Por decisão unânime foi dado provimento para que o paciente aguardasse em regime aberto até que houvesse vaga no regime semiaberto já que é dever do Estado providenciar vagas em todos os regimes que podem ser impostos na sentença penal.

Ementa: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME DE CUMPRIMENTO SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. DEFICIÊNCIA DO ESTADO. DESCONTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. I – Consignado no título executivo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, cabe ao Estado o aparelhamento do Sistema Penitenciário para atender à determinação. II – Ante a falta de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto, deve o recorrente aguardar a abertura da vaga em regime aberto. III – Ordem concedida.⁹⁶

Os Ministros da Segunda Turma do STF acordaram por unanimidade que o paciente poderia cumprir a pena, na falta de vaga em estabelecimento compatível com o regime semiaberto, em regime aberto. O condenado impetrou *Habeas Corpus* por temer que pudesse ser recolhido para o regime fechado já tendo cumprido 33 dias no referido regime por prisão em flagrante, afirmando que muitos presos que deveriam estar em regime aberto ou semiaberto se encontram cumprindo em regime fechado e, muitas vezes, acabam ficando por lá mesmo além, claro, do problema da superlotação. Pediu que lhe fosse concedido prisão albergue domiciliar até que surgissem vagas no semiaberto com o argumento de possuir residência fixa, família que depende de seu sustento, ocupação lícita e estar participando de palestras e cursos de treinamento. O relator Ricardo Lewandowski argumentou que isso se encontra em consonância com o mais recente entendimento da Suprema Corte e concedeu a ordem para que o condenado cumprisse em regime aberto até a existência de vaga no semiaberto.

Maurício Kuehne traz também algumas jurisprudências nesse sentido:

⁹⁵ BRASIL. STF – 2ª T. - HC 110772 / SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j. 17/04/2012 - Dje 02/05/2012 – RB v. 24, n. 583, 2012, p. 53-55.

⁹⁶ BRASIL. STF. – 2ª T. - HC 109244 / SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j. 22/11/2011 – Dje 06/12/2011 – RB v. 24, n. 578, 2012, p. 48-50.

“AGRAVO. REGIME ABERTO. RECOLHIMENTO DO CONDENADO EM CASA RESIDENCIAL, EM FALTA DE “CASA DE ALBERGADO”. POSSIBILIDADE. RECOLHIMENTO, PORÉM, SURANTE TODO O DIA, NOS DIAS DE FOLGA, E NAS HORAS DE REPOUSO NOTURNO, NOS DIAS ÚTEIS. Se o Estado não cumpre a obrigação de dotar “cada região” de, “pelo menos, uma casa do albergado” (LEP, art. 95), não resta à Justiça outra solução, provisória embora, que a de autorizar legalmente o “recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular”, mesmo fora das hipóteses restritas no art. 117 da Lei de Execução Penal, pois, é evidente que o recolhimento “durante o período noturno e nos dias de folga” na “cadeia pública” eu, nos termos da mesma lei, se destina apenas “ao recolhimento de presos provisórios” (art. 102), é incompatível com o espírito desse regime, que, segundo a expressa declaração do Código Penal, “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art. 36, caput). O recolhimento em todas as noites, e “os dias de folga” também durante todo o dia (CP, art. 36, § 1º; 1. – Ex. Penal, art. 115, I e II), é o mínimo de expiação imposto ao sentenciado em gozo de regime aberto. Decisão: acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao agravo, para ordenar que o recolhimento do apenado (...) em sua própria residência, como autorizado na decisão agravada, nesse ponto mantida, seja feito em todos os dias, no período de repouso noturno, entre às dezenove (19:00) e às seis (6:00) horas, e nos dias de folga durante todo o dia, devendo o MM. Juiz da Comarca realizar, para tal fim, nova audiência admonitória.”⁹⁷

Novamente foi decidido que o mais justo ao condenado seria a prisão domiciliar na falta de estabelecimento no regime aberto. Por mais que cada região tenha que ter pelo menos uma Casa de Albergado (artigo 95 da LEP), observamos que isso, na prática, não está sendo obedecido. Se estivesse, não teríamos toda essa discussão acerca de o condenado progredir ou regredir de regime quando da falta de estabelecimento imposto na sentença penal condenatória.

“QUANDO ESTABELECIDO REGIME ABERTO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E HÁ FALTA DE VAGA EM ALBERGUE, O PRESO PODE CUMPRIR A PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. O pedido de liminar em *habeas corpus* que pretendia reverter a prisão em penitenciária foi deferido pelo corregedor geral da Justiça Federal, ministro Hamilton Carvalhido, no exercício da Presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Segundo a defesa, o preso, não reincidente, condenado por roubo e cumprindo pena no regime aberto, estava recolhido na Penitenciária Industrial de Caxias do Sul (RS) em razão da inexistência de albergue. Diante de tal situação, foi pedido que

⁹⁷ KUEHNE, Maurício, *Lei de Execução Penal Anotada*, 9. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 293. BRASIL. Recurso de agravo 35.321 – Rel. Juiz Edson Malachini – TJPR – 2ª CCrim. – Publicado em 18.04.1991.

cumprisse pena em prisão domiciliar, o que foi indeferido pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Caxias do Sul. Ao impetrar *habeas corpus* no STJ, foi alegado que a prisão domiciliar pode ser concedida diante da inexistência de vaga em casa de albergado ou inexistência desta e, a título de liminar, foi pedido o deferimento da pena em prisão domiciliar até o julgamento definitivo do mérito. Segundo o ministro, é firme a jurisprudência do STJ na compreensão de que, estabelecido o regime aberto como inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade, caracteriza-se constrangimento ilegal que se recolha ou permaneça o condenado em estabelecimento penal diverso da casa de albergado, ou que se deixe deferir a prisão domiciliar quando inexista vaga. Com esse entendimento, o ministro Hamilton Carvalhido deferiu a liminar, para assegurar que o preso cumpra a pena em prisão domiciliar, enquanto inexistir vaga nos estabelecimentos próprios ao regime aberto. O mérito do *habeas corpus* será julgado pela Sexta Turma, sendo relator o Ministro Paulo Gallotti.”⁹⁸

Ainda há muita divergência acerca do tema proposto. Alguns juízos ainda indeferem o pedido de prisão domiciliar na falta de Casa de Albergado, por mais que a maioria já esteja com um entendimento mais pacífico do que o de alguns anos atrás.

Muitos acreditam que o preso, ao cumprir a pena, sairá da prisão pronto para se reintegrar na sociedade, sem pensar no que pode ter acontecido dentro dela. Mas isso é só na teoria, já que a situação dos presos é precária em relação ao ambiente. Entre os principais problemas, podemos destacar a alimentação indevida, problemas de saúde não tratados corretamente e principalmente o convívio com outros presos considerados marginais.⁹⁹

Pode-se perceber que o Estado está se utilizando de saídas temporárias e contra os direitos do condenado em função da falta de estrutura fornecida pelo mesmo. Entre as opções possíveis, atualmente uma parte acaba concedendo a de regressão, o que dentre os objetivos da constituição de prover uma recuperação aos infratores acaba por estagnar ou até mesmo desmotivar o infrator em se recuperar e acreditar na lei.¹⁰⁰

⁹⁸ KUEHNE, Maurício, *Lei de Execução Penal Anotada*, 9. Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 293. BRASIL. Processo HC 124659 <http://www.ambitojuridico.com.br> acesso em 15 jan 2009.

⁹⁹ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21456/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-ineficacia-da-execucao-da-pena-devido-a-ociosidade-do-condenado/3>>. Acesso em: 28/03/2013.

¹⁰⁰ Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21456/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-ineficacia-da-execucao-da-pena-devido-a-ociosidade-do-condenado/3>>. Acesso em: 28/03/2013.

Muitos condenados que terminam de cumprir a pena nesses estabelecimentos já mencionados voltam a cometer crimes. Com essa condição degradante dos presídios os que se tornam livres depois de viverem anos nesses lugares saem talvez piores do que entraram, revoltados com os Poderes, com as autoridades e se sentem tratados por estes como animais em estábulos: simplesmente amontoados.¹⁰¹

O Estado tem de ajudar a melhorar a situação de quem cometeu determinado crime e não piorar, já que muitos cometeram crimes considerados pela sociedade como mais leves. Não somos nós, que estamos do lado de fora, que temos uma superioridade para colocá-los em situações que alguns vivenciam hoje.¹⁰²

Não cabe a nós violar a nossa própria Constituição Federal deixando-os em situações de vida precárias dentro de lugares em que alguns jamais vivenciaremos. Muitos dos condenados jamais pensariam que estariam vivendo nesse lugar. Quantos pais que estão presos por matarem o cara que estuprou sua filha? Ou sua mulher? O que quero frisar é que independentemente do crime que cometeram todos estão na mesma situação: com condições desumanas de dormitórios, alimentação, higiene etc. E quem está apenas vendo por fora não sabe e nem procura saber disso, já que para estes, todos os presos são marginais e devem pagar pelo crime que cometeram. Acredito sim, que cada ação gera uma reação. Mas essa reação se feita de certa maneira pode gerar outra reação: uma possível reincidência. E, afinal, a verdadeira finalidade das prisões não é ressocializar?

Uma forma de ajudar na ressocialização é investindo na educação. “Educar é dar dignidade – ou mais exatamente – permitir a cada um reencontrar em si sua dignidade fundamental.”¹⁰³ A partir do momento em que o detento deixa de ser apenas um detento e passa a ser um educando, ele não sai da prisão com o pensamento de ser para sempre um ex presidiário. Claro que será, sim, um ex detento, mas essa não será a essência dele. E então ele será capaz de desenvolver projetos para si, para outros, de ter uma visão diferente da qual tinha quando entrou

¹⁰¹ Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9434>. Acesso em: 28/03/2013.

¹⁰² Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21456/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-ineficacia-da-execucao-da-pena-devido-a-ociosidade-do-condenado/3>>. Acesso em: 28/03/2013.

¹⁰³ Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362013000100004&lang=pt. Acesso em 05/09/2013.

na prisão: a de ser capaz de outras atitudes; já que muitos nunca tiveram fora da prisão a oportunidade de serem educados. Devemos ter em mente que a prevenção custa mais barato que a repressão.

CONCLUSÃO

Considerando os diversos entendimentos a favor e contra a impossibilidade de cumprimento de pena em regime mais gravoso que o determinado na sentença penal condenatória, foi verificado que não é possível a regressão de regime sem o condenado praticar os atos configurados no artigo 118 da Lei de Execução Penal (praticar fato definido como crime doloso ou falta grave ou sofrer condenação em que, quando somadas a nova pena com o restante da pena em execução torne incabível o regime). Ou seja, não é justa a regressão de regime quando faltar estabelecimento nos regimes aberto ou semiaberto.

Há de se considerar que a progressão de regime é fundamental para a completa reintegração do condenado na sociedade, e que a inadimplência do Estado em não construir locais apropriados para os condenados poderia acarretar problemas maiores, sendo que pode ser considerado constrangimento ilegal a regressão de regime apenas pela referida negligência do Estado, sendo sanável via *habeas corpus*.

Foi observado que quando ocorre a regressão de regime sem motivo justo, é uma afronta aos princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana. O condenado poderá impetrar *habeas corpus* já que é um direito dele a progressão de regime se dentro das condições estabelecidas em lei. É importante que haja uma decisão concreta, e favorecendo o condenado que já tiver cumprido determinado período da pena imposta, e não que seja abstrato o entendimento, podendo ser, por exemplo, uma vez concedido prisão domiciliar na falta de casa do Albergado e outras vezes não.

A melhor solução para esses problemas de encarceramento seria a de procurar uma forma de erradicar a marginalização, diminuir a população prisional que só vem aumentando e reforçar a reinserção social com oportunidades de estudo e trabalho. Entretanto, como esse sonho não está perto de acontecer, o melhor recurso temporário seria a construção de penitenciárias, colônias e casas de albergado, já que em muitas cidades do Brasil não há sequer um desses. Com essa construção já atenuaria diversos problemas que existem nas prisões hoje em dia, pois com a superlotação as condições humanas dos presidiários se tornam degradantes, já que não há espaço suficiente para todos dormirem em condições

humanamente higiênicas, ou se alimentarem nessas mesmas condições. Se esses problemas fossem ao menos reduzidos já poderíamos ver uma melhora até no comportamento desses indivíduos, já que uma das possíveis causas da reincidência é a injustiça dentro dos próprios estabelecimentos prisionais vivenciada pelos presidiários.

Contudo, pode parecer utópico querer que o Estado se preocupe mais com os condenados. Conforme observamos, se ainda não há no século XXI todos os tipos de estabelecimentos prisionais para cada regime até mesmo na própria capital do País, temos que buscar outras soluções temporárias. Se realmente existissem todos esses estabelecimentos, e estes tivessem condições ao menos humanas para o convívio dos condenados, não teríamos inúmeras jurisprudências com entendimentos diferentes em muitas delas. É claro que isso já teve uma melhora significativa em comparação aos entendimentos de anos atrás, mas mesmo assim o entendimento ainda não é pacífico.

Após estudar a fundo vários entendimentos de tribunais diferentes, a conclusão é de que o mais justo ao condenado é a progressão de regime quando da falta de colônia agrícola, industrial no regime semiaberto ou casa do albergado no regime aberto, ou ao menos o seu cumprimento em estabelecimento similar ao que foi instituído na sentença penal condenatória.

REFERÊNCIAS

BRASIL STJ, HC 90674/RS HC 2007/0217899-6, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJ 17/3/2008 (GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 527).

BRASIL TRF 3ª R. – 2ª T. – Rel. Fauzi Achôa – j. 17.05.1994 – DJU 26.07.1994, p. 39.640 e Bol. IBCCrim 19/64 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455).

BRASIL STJ – 5ª T. – Resp. 400/SP – Rel. Assis Toledo – j. 04/10/1989 – RSTJ 9/243 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455).

BRASIL TACRIM-SP – HC – Rel. Sérgio Pitombo – RJD 11/190 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455).

BRASIL TJSP – 3ª C. – HC 160.431-3 – Rel. Gonçalves Nogueira – j. 14.03.1994 – JTJ 157/333 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455).

BRASIL STF – 2ª Turma, HC 74045-6/RS, j. 13/8/1996, v.u. – Rel. Maurício Corrêa – DJU de 4/10/1996, p. 37.102 (GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 526).

BRASIL HC 83809/PE 2ª Turma – Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no DJ em 11/6/2004, p.16 (GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 526).

BRASIL STF – TP – HC 68.108-2 – Rel. Celso de Mello – j. 19.12.1990 – DJU 04.02.1994, p. 910 e Bol. IBCCRIM 16/49 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 453).

BRASIL STF – 2ª T. – HC 75.152-1 – Rel. Maurício Corrêa – j. 10.02.1998 – DJU 13.03.1998, p. 3 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 453).

BRASIL STF – 2ª T. – HC 68.121-2/SP – Rel. Aldir Passarinho – j. 18.09.1990 – RT 665/363 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455).

BRASIL STF – HC – Rel. Célio Borja – DJU 12.10.1990, p. 11047 (FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, 2004. p. 455).

BRASIL. STF – 2ª T. – HC 66.593-4/BA – Rel. Francisco Rezek – j. 18.11.1998 – RT 638/371.

BRASIL. TJRN – TP – HC 02.001953-0 – Rel. Aderson Silvino – j. 25.07.2002.

BRASIL. STF – 1ª T. – HC 94526/SP – Rel. Carmen Lúcia – Rel. p/ acórdão. Ricardo Lewandowski – j. 24/06/2008 – DJU 28/08/2008 – RT v. 97, n. 878, 2008, p. 525-530.

BRASIL. STJ – 5ª T. – RHC 6.737-SP – Rel. José Arnaldo – j. 16.09.1997 – DJU 20.10.1997, p. 53112 e RBCCRIM 21/325.

BRASIL. STF – HC 73.050-7 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 19.04.1996, p.12215.

BRASIL. STJ - 5ª T. - HC 266252 / MG – Rel. LAURITA VAZ – Rel. p/ acórdão JORGE MUSSI – j. 09/04/2013 - DJe 09/05/2013 - 2013/0067838-8.

BRASIL. STJ – 5ª T. - HC 211557 / MG – Rel. MARILZA MAYNARD – j. 07/03/2013 - DJe 12/03/2013 - 2011/0151163-2.

BRASIL. STF – 2ª T. - HC 110772 / SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j. 17/04/2012 - DJe 02/05/2012 – RB v. 24, n. 583, 2012, p. 53-55.

BRASIL. STF. – 2ª T. - HC 109244 / SP – Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – j. 22/11/2011 – DJe 06/12/2011 – RB v. 24, n. 578, 2012, p. 48-50.

BRASIL. Recurso de agravo 35.321 – Rel. Juiz Edson Malachini – TJPR – 2ª CCrim. – Publicado em 18.04.1991.

BRASIL. Agravo 213.885/SP – TJSP – Rel. Des. Ary Belfort – j. em 08.10.1996, publicado no Boletim Informativo Juruá, n. 137, p. 47, n. 10.342.

CARVALHO, Salo de, *Crítica à execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERREIRA, Angelita Rangel. Crime-prisão-liberdade-crime: o círculo perverso da reincidência no crime. *SciELO*, São Paulo, nº 107, Set 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282011000300008&lang=pt>. Acesso em: 04/09/2013.

FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui, *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, 2004.

GRECO, Rogério, *Curso de Direito Penal*, 11. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

KUEHNE, Maurício, *Lei de Execução Penal Anotada*, 9. Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MAEYER, Marc De. A educação na prisão não é uma mera atividade. *SciELO*, Porto Alegre, vol. 38, nº 1, Mar 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362013000100004&lang=pt>. Acesso em 05/09/2013.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de, *Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos*, 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini, *Execução Penal: comentários à Lei nº 7210, de 11/7/1984*, 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, *Comentários à Lei de Execução Penal*, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza, *manual de processo penal e execução penal*, 8. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

PAVARINI, Massimo / GIAMBERARDINO, André, *Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAZZIAN, Roberta Mucare. A descaracterização da prisão como forma de ressocializar o indivíduo. *Conamp*, São Paulo, 2013. Disponível em:

<<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=220&Source=/>>. Acesso em: 26/08/2013.

ROSA, Antonio José Miguel Feu, *Execução Penal*, 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA, Haroldo Caetano da, *Manual da Execução Penal*, 1. Ed. Campinas: Bookseller, 2001.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de, O encarceramento em massa em São Paulo. *SciELO*, São Paulo, vol. 25, nº 1, Jun 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100005&lang=pt>. Acesso em: 04/09/2013.