



Centro de Ensino Unificado de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

KARINA DE CASTRO MERHEB

**CUMPRIMENTO DA PENA NA FALTA DE VAGAS NO
REGIME SEMIABERTO**

BRASÍLIA

2014

KARINA DE CASTRO MERHEB

**CUMPRIMENTO DA PENA NA FALTA DE VAGAS NO
REGIME SEMIABERTO**

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

Orientador: George Lopes Leite

BRASÍLIA

2014

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O REGIME SEMIABERTO ...	7
1.1 Princípios Constitucionais Penais	7
1.1.1 <i>Princípio da legalidade</i>	<i>7</i>
1.1.2 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	<i>9</i>
1.1.3 <i>Princípio da proporcionalidade.....</i>	<i>10</i>
1.1.4 <i>Princípio da individualização da pena</i>	<i>10</i>
1.2 O regime semiaberto.....	12
1.2.1 <i>Evolução Histórica.....</i>	<i>12</i>
1.2.2 <i>Critérios para estabelecer o regime penitenciário inicial.....</i>	<i>15</i>
1.2.3 <i>Características dos regimes penitenciários.....</i>	<i>16</i>
1.2.4 <i>Funcionamento prático do regime semiaberto.....</i>	<i>18</i>
1.2.5 <i>Os objetivos de cada regime.....</i>	<i>20</i>
1.2.6 <i>Estabelecimentos penais</i>	<i>21</i>
1.2.7 <i>A importância da progressão para a ressocialização</i>	<i>24</i>
2 A FALTA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO.....	26
2.1 A execução penal prática e o princípio da legalidade	27
2.2 A execução penal prática e o princípio da dignidade da pessoa humana	29
2.3 A execução penal prática e o princípio da proporcionalidade	29
2.4 A execução penal prática e o princípio da individualização da pena	30
2.5 Possíveis soluções para o problema	31
3 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO	34
3.1 Superlotação das penitenciárias	34
3.2 Problemas decorrentes da superlotação.....	37
3.2.1 <i>Rebeliões nas penitenciárias</i>	<i>37</i>
3.2.2 <i>Condições precárias de tratamento</i>	<i>38</i>
3.2.3 <i>Os Agentes Penitenciários</i>	<i>41</i>
3.3 Julgamento do Mensalão.....	43
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS.....	49

RESUMO

A falta de vagas no regime semiaberto é um grande problema no Brasil hoje. Os estabelecimentos penitenciários se encontram superlotados e fica cada vez mais difícil cumprir com os princípios constitucionais penais e com o disposto na Lei no momento da execução da pena. O tema foi escolhido devido a repercussão do tema nos dias de hoje, pois como não é possível aplicar exatamente o que esta disposto na lei, é necessário encontrar soluções e alternativas legais para cumprir a pena respeitando os direitos dos presos, sua dignidade sem que haja a impunidade. Através do estudo da doutrina e dos princípios constitucionais penais, é possível entender como deveria funcionar o sistema penitenciário. Após obter tal conhecimento, analisando a jurisprudência, dados estatísticos e reportagens é possível entender como se da o cumprimento da pena na realidade, quais os problemas decorrentes da falta de vagas, e quais tem sido as consequências disso para a ressocialização dos presos. As possíveis soluções não são muitas, na realidade o que o Brasil necessitava era de um alto investimento no setor penitenciário, porem, enquanto isso os presos não podem ser prejudicados tendo que cumprir pena em condições desumanas. A Constituição Federal não pode ser ignorada, não devendo o preso cumprir pena em regime mais gravoso enquanto aguarda vaga, sendo que em alguns casos deve preferencialmente colocar o preso em regime mais benéfico enquanto aguarda vaga do que privá-lo de seus direitos.

Palavras-chave: regime semiaberto - repercussão do problema - ausência de vagas - possíveis soluções.

INTRODUÇÃO

A falta de vagas nos estabelecimentos penais é um problema presente em todo o Brasil. Os estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas estão quase todos superlotados, e tal problema se agrava no cumprimento do regime semiaberto, pois nestes casos, é comum que o preso tenha de aguardar por vaga em no regime fechado, e com isso seus direitos são violados. Por essa razão, e pelo fato de que figuras importantes no Brasil foram condenadas ao regime semiaberto com o processo do Mensalão, o tema tem atraído bastante atenção, e sua discussão para determinar o destino dos presos que aguardam por vaga se torna muito importante.

O problema é que na falta de vagas os condenados tem de cumprir pena em regime alternativo, em regime mais rigoroso ou mais brando. Colocá-los em regime mais rigoroso seria inconstitucional, uma violação dos seus direitos. Enquanto que aguardar em regime mais brando seria um benefício dado para os que aguardam por vaga. O foco da discussão é, portanto, como lidar com os presos que aguardam por vagas de forma mais adequada.

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa consiste primeiramente no estudo da doutrina, conceitos e teorias acerca do assunto para melhor compreendê-lo. A pesquisa será realizada em três capítulos, primeiramente tratando do estudo teórico dos princípios constitucionais para depois então conceituar, com a ajuda da doutrina e legislações o regime semiaberto, e por fim, entender a realidade carcerária no Brasil e suas consequências.

A pesquisa tem como objetivo entender o problema da falência no sistema penitenciário no Brasil e, da forma como foi apresentada, pretende encontrar as soluções possíveis para resolver a falta de vagas nos estabelecimentos prisionais de forma satisfatória, compreendendo como deveria realmente funcionar.

No primeiro capítulo desta pesquisa, vão ser analisados os principais princípios Constitucionais penais, em sua primeira parte, para depois, serem estudados a evolução histórica da pena, o funcionamento de cada regime penitenciário, analisando as especificidades de cada um deles, principalmente do regime semiaberto. É importante o estudo da doutrina e das leis aqui para melhor compreender como deveria funcionar o sistema penitenciário e para entender sobre o problema da superlotação carcerária. No segundo capítulo é então analisado através da doutrina e jurisprudência como os princípios constitucionais são afetados com as soluções que tem sido adotadas para resolver o problema da falta de vagas e quais medidas podem ser tomadas. Por fim, o terceiro capítulo cuida de explicar a realidade do sistema penitenciário brasileiro, como realmente funciona e quais as principais consequências da superlotação dos presídios.

A pesquisa tem como objetivo entender o problema da falência no sistema penitenciário no Brasil e, da forma como foi apresentada, pretende encontrar as soluções possíveis para resolver a falta de vagas nos estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena de forma satisfatória, compreendendo como deveria realmente funcionar e quais os desdobramentos do problema, quais as diversas consequências decorrentes da superlotação penitenciária em nosso país.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O REGIME SEMIABERTO

Vão ser analisados neste capítulo os princípios constitucionais ligados ao direito penal. Também vai ser tratado sobre como se deu a evolução da pena, acerca das regras do regime semiaberto, principalmente, mas também dos outros regimes penitenciários, de como se dá o cumprimento da pena, e como funcionam os estabelecimentos prisionais, tudo isso sendo essencial para entender o funcionamento da execução penal brasileira.

1.1 Princípios Constitucionais Penais

Assim como o sistema jurídico brasileiro é composto por normas, tem como base essencial para a sua composição os princípios. Para criar a lei o legislador tem como apoio os princípios de direito que devem ser respeitados. Existe aqui uma hierarquia onde os princípios estão acima das leis, são mais abstratos e com sentido mais amplo e se encaixam em diversas situações que não precisam ser alterados, modificados já que podem ser interpretados de acordo com a evolução da sociedade. Enquanto isso as leis devem se encaixar aos princípios e por eles são guiadas, são interpretadas de forma a respeitá-los. As leis são constantemente alteradas, criadas e extintas, seguindo o que diz os princípios. (ESTEFAM, 2010)

São diversos os princípios ligados a pena, mas quanto ao assunto a ser tratado nem todos se encaixam, logo, serão discutidos apenas alguns princípios específicos neste capítulo, como: princípio da legalidade, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da proporcionalidade e o princípio da individualização da pena.(ESTEFAM, 2010)

1.1.1 Princípio da legalidade

Basicamente esse princípio diz que não pode existir uma pena se não há uma lei anterior que determine. A aplicação da pena tem que estar de acordo com aquilo previsto em lei, e isto é um ponto básico para qualquer democracia e civilização, sendo poucos os países que não adotam tal princípio. (ESTEFAM, 2010)

Há quem defenda que este princípio deveria ser reinterpretado, de forma que criminosos não encontrem nele proteção e saiam impunes, defendendo inclusive o uso de analogia, mas isso não é possível de acordo com o que dispõe a Constituição Federal e seria retroceder em termos de democracia. A lei é clara e deve ser cumprida tal como foi escrita, não cabendo aqui aproximações ou analogias, o juiz tem a função de aplicar a lei e não deve atuar como legislador criando normas na hora de definir sentença. Não cabe reinterpretar o princípio, e está bem claro que só há crime se houver lei, não tem porque dizer que isto protege criminosos já que se o ato cometido não está previsto em lei não houve crime e, portanto, não há aqui a figura de um criminoso. (ESTEFAM, 2010)

O princípio da legalidade exige então: a) que a lei seja anterior, não há sentido em ter por base a lei se está pode ser criada e aplicada após o fato, a ideia é proporcionar segurança jurídica que se extinguiria se a pessoa pudesse ser julgada utilizando critérios de lei criada posteriormente ao seu ato, afinal, neste caso, ele desconheceria a lei ao tempo do fato já que ela nem mesmo existia; b) reserva legal, por mais fortes que sejam os costumes em uma sociedade, utilizá-los como base para a existência de fato criminoso e para determinar pena não é suficiente, obviamente eles podem fundamentar as normas já existentes, mas não servem para definir ato como crime; c) que não seja utilizada a analogia, há espaço para a analogia no direito penal, mas seu uso é completamente vetado se for para definir ato como crime sem que esteja expressamente definido em lei ou ainda que apenas para torná-lo mais grave; d) taxatividade da lei, ou seja, a lei tem que ser clara e certa, não se pode deixar espaços para muitas interpretações diferentes da lei, pois de nada valeria o princípio da legalidade se a lei é vaga, assim ela poderia ser aplicada da forma que interessar em cada situação e quem comete o ato nunca saberia ao certo as consequências deste, isto iria depender de quem interpretar e julgar o ato cometido. (ESTEFAM, 2010)

Além da previsão Constitucional deste princípio, ainda vem disposto também no artigo 1º do Código Penal: “ Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Sendo que este princípio envolve também a anterioridade da lei, ou seja, somente há crime se antes do fato ocorrer já existir a lei penal tratando sobre este. (MIRABETE; FABBRINI, 2012)

O princípio da legalidade tem que atingir inclusive a execução penal. Não pode ser admitido que após uma pena ser imposta o agente venha a cumpri-la de forma mais severa se não houver nada correspondente previsto em lei. Só há efetividade deste princípio se o que é válido para a aplicação da pena seja mantido na execução. (ESTEFAM, 2010)

1.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

É o de maior destaque e o mais importante. Trata o princípio que o poder da República é limitado pelo homem, a República deve ser formada para servir e proteger o homem e não o contrário. As leis devem ser criadas para defender o cidadão. Tortura, racismo e qualquer destes atos que deterioram e desrespeitam a pessoa humana não mais são admitidos de acordo com este princípio. Logo, penas cruéis, excessivas e degradantes não podem existir.(ESTEFAM, 2010)

“Do princípio da humanidade deduz-se a proscrição das penas cruéis e de qualquer pena que desconsidere o homem como pessoa. O § 2º do art. 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p.165)

A Pena deve ser racional, não podendo existir as penas como banimento, perpétua, de morte, de banimento ou qualquer tipo de pena cruel. Os delitos vão gerar consequências, mas toda consequência jurídica deve ter fim, não pode existir este caráter perpétuo da pena, e qualquer pena desse tipo, ou considerada cruel, será inconstitucional. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013)

Todos têm como direito igual e que não pode sob hipótese alguma ser retirado a permanência de sua condição como pessoa humana. Não é possível aplicar a tortura, por exemplo, alegando que alguém não está protegido por este princípio por não se enquadrar como pessoa humana. (ESTEFAM, 2010)

Isto deve sempre ser levado em conta na formulação de leis, aplicação e execução.

1.1.3 Princípio da proporcionalidade

Tal princípio trata que a pena imposta deve ser proporcional ao crime cometido. Deve haver equilíbrio, a garantia de que jamais haverá punição além da necessária. É preciso então, ao aplicar uma pena, identificar se ela realmente é adequada, se é necessária e se é proporcional ao crime cometido. (ESTEFAM, 2010)

É relevante ainda considerar este princípio não somente no sentido de que a pena não deve ser mais grave que o ato ilícito, assim como não pode ser mais branda, por isso se fala em equilíbrio, ela deve corresponder ao crime praticado. Não pode haver deficiência assim como não pode haver exageros na aplicação das penas, as normas devem ser cumpridas, mas, com a devida proporcionalidade.(ESTEFAM, 2010)

A pena é proporcional quando cumpre seu papel punitivo e é justa, evitando sofrimento desnecessário e garantindo aprendizado com ela sem ir além do mal que ela causou a sociedade.(ESTEFAM, 2010)

1.1.4 Princípio da individualização da pena

De acordo com o princípio da individualização da pena, cada crime é único, diferente, assim como quem o cometeu, logo, a pena aplicada para cada um tem que ser individualizada, cada situação deve ser analisada, os detalhes de cada crime devem ser levados em conta e também o indivíduo que o cometeu, e assim deve ser estabelecida uma pena única. Isso para evitar que haja uma sistematização, que a aplicação de penas seja automática, evitar que seja direta a definição da pena sem a análise das circunstâncias que podem mudar tudo. (ESTEFAM, 2010)

A forma como um crime foi cometido, quem o cometeu, o motivo de ter cometido, peculiaridades como estas pode ser diferencial para analisar a culpa,

para ver o mal efetivamente causado e para verificar qual a pena é mais adequada e suficiente para cada caso. (ESTEFAM, 2010)

Assim como nos outros princípios tratados este também é importante nas três fases: na elaboração, na aplicação e execução da pena.

Na elaboração serve para que o legislador tenha o cuidado, ao criar leis, de manter o poder do magistrado para analisar cada caso e estabelecer cada pena individualmente. Assim como ele não pode ir contra a dignidade da pessoa humana, por exemplo, ele não pode criar normas que limite o magistrado na análise de cada pena e tem de deixar espaço para ele interpretar a melhor forma de aplicar a pena, de acordo com a lei, em cada caso específico.(ESTEFAM, 2010)

Quanto à elaboração da lei, na hora da aplicação o juiz tem o que precisa para analisar cada situação separadamente e aplicar a pena adequada a cada caso. Não pode haver uma padronização na aplicação das penas, e o critério trifásico deve ser rigorosamente respeitado, casos distintos vão ter penas distintas. O artigo 59 do Código Penal, inclusive, é um exemplo de como o legislador garante ao juiz o poder de individualizar cada caso, cada pena. (ESTEFAM, 2010)

Desta mesma forma, na execução da pena deve ser aplicada a individualização da pena. Cada condenado deve ser tratado como um indivíduo separadamente, e seu comportamento durante o cumprimento da pena imposta deve ser levado em conta. É possível encontrar exemplos de como isto é feito na própria Lei de Execução Penal, um preso que tem bom comportamento deve ser beneficiado por isso, aqueles que trabalham tem sua pena reduzida e além destas há outras formas de tratar cada preso diferenciadamente. Isto porque se a pena de um condenado esta sendo eficaz, se ele mostra bom comportamento, arrependimento, se a ressocialização deste é evidente, não há porque tratá-lo igual a outro condenado que não se enquadra nestas características, que tem mal comportamento e que mostra ainda ser um risco a sociedade. Eles são, obviamente, diferentes e devem ser tratados de acordo com estas diferenças. (ESTEFAM, 2010)

1.2 O regime semiaberto

As penas privativas de liberdade possuem três regimes penitenciários, cada qual adequado para cada tipo de pena, mais graves ou mais brandas, e cada um com suas peculiaridades, definindo estabelecimento mais adequado, condições, direitos e deveres dos condenados. Dependendo da gravidade do crime cometido a lei impõe um regime mais rigoroso, com maior segurança. Quanto mais grave o crime cometido menor liberdade é garantida ao réu, mas também é considerado que se a conduta não é tão séria o regime não pode ser o mais rigoroso e os direitos do condenado tem de ser respeitados. É importante ter uma base sobre como funcionam os três regimes para entender o problema aqui tratado.

1.2.1 Evolução Histórica

É importante tratar da origem da pena, e para isso existem cinco períodos históricos da pena:

- a) Período da vingança privada: que é a fase mais primitiva da história da pena. Aqui a punição era imposta exclusivamente como vingança, valendo a lei do mais forte, considerado a famosa composição “olho por olho, dente por dente”.
- b) Período da vingança divina: aqui a pena passa a ter como fundamento uma entidade superior, a igreja. O objetivo da pena é então regenerar ou purificar a alma;
- c) Período da vingança pública: o Estado passa então a ele mesmo ser responsável pela punição nesta fase;
- d) Período Humanitário: este foi extremamente importante para a pena, é o período de Cesare Beccaria, onde os direitos humanos começaram a aparecer finalmente na hora da aplicação das penas;

- e) Período Científico: último dos períodos, pois agora o delito passa a ser visto como um fato individual e social, representando um sintoma patológico de seu autor. A pena não é mais somente um castigo, agora ela passa a ser como um remédio.(SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002.)

Tratando do período Humanitário, que devido à sua importância merece atenção especial:

“A reforma dessa situação não podia esperar mais. É na segunda metade do século XVIII quando começam a remover-se as velhas concepções arbitrarias: os filósofos, moralistas e juristas dedicam suas obras a censurar abertamente a legislação penal vigente, defendendo as liberdades do indivíduo e enaltecendo os princípios da dignidade do homem”BITENCOURT (2014, p.82)

Bitencourt, ao falar do período humanitário cita ainda, além de Beccaria, outros dois reformadores: John Howard, famoso por dar início ao penitenciarismo, ele se preocupava com o estado deplorável das penitenciárias e foi quem começou com a fiscalização por magistrados da vida carcerária; e Jeremias Bentham, importante devido as suas críticas ao tratamento desumano dado aos presos na época, que se espalharam e conseguiu com que fossem acabando os castigos exagerados.

Infelizmente, a execução penal no Brasil atual e nos sistemas penitenciários, podemos encontrar muita semelhança com a falta de dignidade dos períodos mais primitivos da pena uma vez que os direitos humanos nem sempre são respeitados.

Tem-se ainda, na evolução do direito penal, o Direito Romano, de extrema importância, pois tem grande influência na sociedade.

“O Direito Romano oferece um ciclo jurídico completo, constituindo até hoje a maior fonte originária de inúmeros institutos jurídicos. Roma é tida como síntese da sociedade antiga, representando um elo entre o mundo antigo e o moderno.” (BITENCOURT, 2014, p.740)

Aqui cabe citar a Lei das Doze Tábuas, que foi o primeiro código romano escrito e adotava a vingança privada, assim como a lei de talião e da

composição. Duas ou três décadas a.C. é substituída a vingança privada pelo *ius puniendi*, sendo as principais características agora o poder do *pater familiae* e o caráter retributivo. Séculos mais tarde retorna a pena de morte, quando surge a figura dos crimes extraordinários. Os romanos já adotavam conceitos tais como dolo, culpa, atenuantes... É, então, o mais evoluído e próximo aos conceitos hoje usados em direito penal. (BITENCOURT, 2014)

Já no direito penal brasileiro tem-se como principais fases:

- a) O Período Colonial, fase mais primitiva na qual o Brasil ainda sofria com abusos de autoridade e revivia as fases primitivas da pena;
- b) A do Código criminal do Império, onde surge a Constituição de 1824, o Código Criminal do Império, conhecido como um dos mais bem elaborados e, somente em 1932 o Código de Processo Criminal;
- c) O Período republicano, conhecido pela vigência de um Código ruim e terminando com a elaboração do Código Penal de 1942, vigente até hoje;
- d) Finalmente, até os dias atuais, o período das reformas contemporâneas. Existe a Lei n. 6416 de 1977, que atualizou as sanções penais, dentro do possível, e a Lei n. 7209 de 1984, que instituiu nova parte geral no nosso Código Penal. (BITENCOURT, 2014).

Alguns autores, como Zaffaroni, tratam do princípio do saneamento genealógico, que mostra como as legislações são negativamente afetadas pelo momento histórico em que foram elaboradas. O direito penal, de início, considerava muito preconceitos tais como racismo e sexismo, e apesar de tais valores sociais terem mudado muito e constantemente o direito penal e as legislações uma vez elaboradas demoram muitos anos para se adaptar.

“o legislador que constrói um tipo penal imagina um conflito e o define, condicionando pelas representações coletivas, pelos preconceitos, pelas valorações éticas, pelos conhecimentos científicos, pelos fatores de poder e pelas racionalizações de seu particular momento cultural.” (ZAFFARONI, 2003, p.244)

E aqui é que se aplica tal saneamento, para cuidar de eventuais falhas, decorrentes dos valores adotados na época em que foram elaboradas, na legislação que vão afetar negativamente a sua aplicação. Como visto nessa breve retomada da evolução histórica, o Código Penal é muito antigo e, portanto, desatualizado de certa forma, logo, foi necessário nas Reformas Contemporâneas, tal saneamento para adaptá-lo aos dias de hoje. (ZAFFARONI, 2003)

1.2.2 Critérios para estabelecer o regime penitenciário inicial

Os regimes penitenciários para o cumprimento da pena são o regime fechado, regime semiaberto e o regime aberto. Para definir o regime inicial para o cumprimento da pena o juiz vai analisar se a pena é de reclusão ou detenção, a quantidade da pena, a circunstâncias judiciais e se o réu é ou não reincidente (ESTEFAM, 2010).

O regime inicial fechado é aplicado quando a pena é de reclusão, superior a oito anos para o réu reincidente ou não, e também para as penas superiores a quatro anos se o réu for reincidente (ESTEFAM, 2010).

Já o semiaberto na reclusão se a pena for superior a quatro anos e inferior a oito e o réu não for reincidente, se a pena for inferior a quatro anos e o réu reincidente (isso tudo se as condições judiciais forem favoráveis, senão é possível o regime inicial mais rigoroso); além disso, é aplicado para as penas de detenção superiores a quatro anos sendo o réu reincidente ou não, e inferiores a quatro anos se o réu for reincidente (ESTEFAM, 2010).

Por último, o regime inicial aberto acontece somente nas penas de detenção ou reclusão inferiores a quatro anos e se o réu não é reincidente, devendo as condições judiciais serem favoráveis, caso contrário, é possível a determinação de regime inicial mais rigoroso (ESTEFAM, 2010).

Ressaltando aqui que não pode o juiz aplicar um regime inicial mais rigoroso simplesmente por entendimento próprio de que o crime é mais grave, esses critérios

acima descritos têm de ser rigorosamente respeitados. A opinião do juiz não tem relevância neste caso, ele tem de se limitar ao que dispõe a lei e garantir o regime apropriado para cada caso.

“Gravidade do delito: Por si só não basta não basta para determinar a imposição do regime inicial fechado, sendo imprescindível verificar o conjunto das circunstâncias de natureza objetiva e subjetiva previstas no art. 59 do CP, tais como grau de culpabilidade, personalidade, conduta social, antecedentes etc., salvo se, devido à quantidade da pena, for obrigatório aquele regime.” (CAPEZ, 2012, p.101)

Nota-se que a detenção não pode ser cumprida em regime inicial fechado, independente da quantidade da pena ou de qualquer outro critério, isso porque se pena é de detenção já esta subentendido que o crime não é dos mais graves. Porém, é possível o cumprimento da detenção em regime fechado, excepcionalmente, se houver o que a Lei de Execução Penal trata no artigo 118, a regressão, ou seja, o condenado inicia o cumprimento da pena no regime semiaberto ou aberto, mas, devido ao mal comportamento, por exemplo, tem regressão para o regime fechado (ESTEFAM, 2010).

1.2.3 Características dos regimes penitenciários

O regime fechado deve ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média. É obrigatória a realização do exame criminológico (isso na teoria apenas, pois muitas vezes, na prática, ele não é realizado devido a falta de estrutura para tal). O preso tem o direito e o dever de trabalhar, sendo remunerado por isso e constituindo falta grave se tiver condições de trabalhar e não o fizer, este trabalho será realizado dentro da penitenciária e, excepcionalmente, externo, em obras ou serviços públicos (tem de ter cumprido um sexto da pena, é necessária vigilância e autorização do diretor da penitenciária), observando-se as regras da Lei de Execução Penal. É aplicada a remição neste regime, que consiste no direito de descontar um dia da pena para cada três dias de trabalho com jornadas de seis a oito horas, sendo que o mesmo se aplica, de acordo com a Súmula 341 STJ, para aqueles que em vez de trabalhar participam dos cursos de ensino. Há possibilidade de permissão de saída em situações de emergência, concedidas pelo diretor da penitenciária (ESTEFAM, 2010).

Agora o regime semiaberto, que é o mais importante na pesquisa. Aqui a pena deve ser cumprida em colônia penal agrícola ou industrial ou em estabelecimento similar, com estabelecimento similar quer dizer que pode sim a pena ser cumprida em outro estabelecimento penal desde similar ao que está estabelecido e que os direitos e deveres característicos do regime semiaberto sejam preservados (CAPEZ, 2012). O exame criminológico é facultativo:

“O Código Penal dispõe que é necessária a sua realização antes do ingresso nesse regime (CP, art. 35), mas a Lei de Execução Penal prevê que tal exame não é obrigatório, podendo ou não ser realizado (art.8º, parágrafo único). Diante da indisfarçável contradição [...] deve prevalecer a regra da Lei de Execução Penal, que é posterior, dado que o direito material sempre procede ao formal’ (CAPEZ, 2012, p.108-109)

O trabalho vai ser novamente um direito e um dever do preso, admitindo o trabalho interno e externo, podendo inclusive ser admitido o trabalho para empresas privadas ou de caráter autônomo, aqui a vigilância e rigor são muito menos severas que no regime fechado, nem mesmo é necessário o cumprimento de um sexto da pena ou vigilância constante para o trabalho externo. Porém, recentemente já houve entendimento diferente quanto a isso:

“Finalmente, depois de alguns anos, o Superior Tribunal de Justiça, passou a adotar esse nosso entendimento, admitindo a desnecessidade do cumprimento de um sexto da pena (1/6) para a concessão do trabalho externo, para quem cumpre pena em regime semiaberto, desde que satisfaça também os requisitos subjetivos (STJ, HC 97.615/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª Turma, DJ, 10-11-2008).” (BITENCOURT, 2014, p.615)

É possível a remição e a permissão de saída, como no regime fechado e aqui, além disso, há também a possibilidade de saída temporária, que consiste na liberação do preso para sair do estabelecimento por até sete dias, sem vigilância, sendo o imposto o limite de quatro saídas por ano. Há também a liberação de saída temporária para frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superiores (aqui o tempo vai de acordo com as horas letivas do curso), a saída temporária depende de decisão do juiz, não apenas de autorização do diretor (CAPEZ,2012).

Quanto ao regime aberto, é o que garante maior liberdade ao condenado. Funciona com base na confiança de que o condenado vai se responsabilizar em cumprir os termos do regime. É cumprido de forma que o condenado deve trabalhar ou frequentar cursos durante o dia, em total liberdade, mas deve voltar para a casa de albergado para o recolhimento noturno. A casa de albergado deve ser estabelecimento de cumprimento da pena, localizada em centro urbano e de segurança mínima, não deve haver proteção contra a fuga do condenado. Não cabe a remição neste regime. Em alguns casos, é possível que seja concedido o cumprimento deste regime em prisão domiciliar (ESTEFAM, 2010).

1.2.4 Funcionamento prático do regime semiaberto

Na prática a estrutura estatal para abrigar a quantidade de presos que se tem hoje no Brasil é insuficiente. São poucas as colônias agrícolas e industriais razoavelmente adequadas ao cumprimento da pena, sendo muitas delas improvisações. Desta forma as penas muitas vezes são cumpridas em estabelecimentos que pouco se parecem com aqueles que estão previstos na lei (MESQUITA JÚNIOR, 2007).

Como uma medida urgente o Estado acaba por aplicar medidas que visam reduzir os gastos com os estabelecimentos prisionais, na construção e na manutenção, e isso leva a aplicação da pena em condições diversas daquelas que a lei estabelece. Os critérios de segurança, de assistência aos presos, de qualidade dos sistemas prisionais acabam ficando abaixo do padrão de qualidade razoável. Acontece que a realidade de nosso país não condiz com aquilo idealizado pela lei, então resta aceitar que ainda não é possível realizar a execução penal na forma imposta na lei, mas estabelecer medidas para garantir que futuramente haja a adequação da execução penal a lei. Enquanto isso cabe achar um meio de lidar com a falta de vagas no regime semiaberto sem que os presos sejam prejudicados e de forma que recebam a punição mais próxima possível do que diz a lei, sem ir contra os princípios constitucionais.

“No Distrito Federal, p. ex., não existe nenhuma casa de albergado. Foi aproveitado um depósito público para a execução criminal, o qual é denominado de Núcleo de Prisão Semiaberta (NPSA), o qual não

se assemelha, em nada, com a colônia agrícola ou industrial. De outro modo, o mesmo, embora recebendo condenados no regime semiaberto, tem características muito próximas da casa de albergado, mas não dispõe de um auditório para que os condenados recebam as instruções previstas na LEP.” (MESQUITA JÚNIOR, 2007, p. 194)

Existem dois caminhos óbvios que são adotados na falta de vagas no regime semiaberto, o primeiro deles é deixar o preso cumprindo pena no estabelecimento fechado até que apareça uma vaga e o segundo é deixar que o preso cumpra sua pena em regime mais benéfico, no caso o aberto. Mas disso surgem vários problemas, primeiramente, do estabelecimento de cumprimento de pena em regime mais severo que o determinado na sentença, os Tribunais Superiores já entenderam que tal medida é inadmissível, uma vez que viola completamente os direitos do preso, não cumpre o objetivo da pena de ressocialização, na verdade, acaba por atrapalhar, já que o preso fica em contato com outros criminosos muito mais perigosos que ele, logo, a tendência aqui é desenvolver o lado ruim do preso e não o bom. Quanto à adoção de regime mais benéfico, seria possível deixar que os presos cumprissem pena na casa de albergado até que surgissem vagas nas colônias agrícolas ou industriais, mas acontece que na verdade existem ainda menos casas de albergado no Brasil e falta de vagas nesses estabelecimentos também é um problema, logo, o condenado ao regime semiaberto acaba cumprindo sua pena em regime domiciliar enquanto espera por uma vaga. A lei é clara quanto à vedação da progressão por salto que é o que acaba acontecendo. Nestes casos a revolta é da população que se sente ameaçada com tais condenados cumprindo pena com tanta liberdade. Não tem como explicar para a sociedade que devido à falta de estrutura estatal os presos não estão em estabelecimentos adequados e seguros sendo que isso representa um risco à sociedade que vai ver isto como uma forma de impunidade na execução penal. A população já mal aceita as casas de albergado, que devem ser construídas em local urbano, por se sentirem em perigo, imaginam então com presos do regime semiaberto, que é mais grave, cumprindo a pena praticamente em liberdade (MESQUITA JÚNIOR, 2007).

1.2.5 Os objetivos de cada regime

Agora, resta falar do sistema penitenciário adotado pelo direito penal brasileiro, que é o sistema progressivo. As penas privativas de liberdade, nas quais se dividem os regimes fechado, aberto e semiaberto. O principal objetivo das penas privativas de liberdade é a ressocialização do preso, no entanto, nem sempre esse objetivo é alcançado e elas acabam por ser, na verdade, uma necessidade da sociedade. Mesmo existindo essas penas vivencia o medo, as ruas são perigosas e há muita violência nas cidades, imagina como seria sem elas? Não seria possível a convivência em sociedade se hoje não existissem as penas privativas de liberdade. Como já visto, os dois principais objetivos é a punição pelo mal causado e a ressocialização, porém, cada um dos regimes tem um motivo próprio para ser como tal (BITENCOURT, 2003).

Diante disso, pode-se explicar o porquê da aplicação de cada um desses regimes através das regras do regime inicial, das quais já falado brevemente acima. A dosimetria da pena é realizada em fases, mas antes de iniciar estas fases o juiz deve estabelecer limites, analisando em qual tipo penal o réu se encaixa. A primeira fase trata das circunstâncias judiciais, está prevista no artigo 59 do Código Penal, aqui o legislador garantiu grande flexibilidade ao juiz que deve estabelecer uma pena-base analisando a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima, da forma que achar mais adequada. Após estabelecida a pena-base, parte para a segunda fase, onde serão analisadas as agravantes e atenuantes, de acordo com o disposto nos artigos 61 a 67 do Código Penal, sendo que estas são de aplicação obrigatória quando presentes (menos quando a pena já estiver na mínima e houver atenuante, ou no caso de a pena já ser a máxima e houver agravantes, nestes casos elas não podem ser aplicadas). Já na terceira fase vão ser analisadas as condições especiais de aumento da pena e as condições especiais de diminuição da pena (ESTEFAM, 2010).

É através deste sistema trifásico que uma determinada pena deve ser aplicada. Através dele cada caso será analisado especialmente, cada réu será tratado como único, e se dá o porquê de cada regime, se o réu possuir todas estas

circunstâncias analisadas na dosimetria da pena, se é mais perigoso, causou um mal maior e, portanto deve ser mais isolado da sociedade do que aquele que possui circunstâncias favoráveis. Caso inicialmente tenha de ficar em regime fechado, onde há maior segurança, maior rigor penitenciário, se ele se mostrar um preso disciplinado, que esta aprendendo com a sua pena, pode vir a ser recompensado e passar para o regime semiaberto, onde há menor rigor penitenciário, até conseguir alcançar o regime aberto, quando já tiver atingido grande parte de seu objetivo, aprender com a pena e ser ressocializado (ESTEFAM, 2010)

Os regimes penitenciários então são determinados de forma a se adequar a gravidade do mal que o condenado tenha causado para a sociedade, a capacidade que este tem de melhorar e aprender com o erro, a capacidade de cumprir a pena quase que sem rigor penitenciário e sem representar um perigo para a sociedade ou a necessidade de cumpri-la com total rigor por ser considerado um risco a si mesmo e para a sociedade, devendo ser analisado cada ponto de cada réu e de cada crime para que ele se encaixe no regime que melhor lhe servir (ESTEFAM, 2010)

1.2.6 Estabelecimentos penais

Dentre os estabelecimentos penais estão previstos na Lei de Execução penal, a penitenciária, a colônia agrícola, a casa de albergado, o centro de observação, o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e, por fim, a cadeia pública. Sendo que a separação dos presos nessas deve ser feita, primeiramente, devido ao regime ou fase do processo em que se encontram e, em segundo plano, conforme ao que é estabelecido pela lei, como explicado a seguir. (MARCÃO, 2013)

A lei estabelece a separação por categorias e diz que os presos devem ser divididos, considerando: sexo, idade, antecedentes criminais... Assim, homem e mulheres devem ser colocados em estabelecimentos diferentes se possível, ou, pelo menos, em setores separados do estabelecimento. Os condenados e presos preventivos não devem ficar juntos também. Aqueles que estão reclusos do foro civil devem ser separados daqueles do foro criminal e jovens

devem estar separados de adultos. Tal forma de separação é essencial para o princípio de individualização da pena. (MARCÃO, 2013)

O artigo 83 da Lei de Execução Penal determina as considerações acerca das condições dos estabelecimentos e diz que:

“Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários.

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante.

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública.”

Quanto a tais determinações são gerais cabendo aplicação a todos os tipos de estabelecimentos previsto na lei, ademais, o dispositivo já é auto-explicativo, não restando muito a dizer, cabe apenas ressaltar que, infelizmente, este não é necessariamente o cenário que se encontra hoje nos estabelecimentos brasileiros.

Agora, tratando individualmente de cada um destes estabelecimentos, começa tratar-se-á das penitenciárias. Estas são locais destinados aqueles que cumprem pena de reclusão em regime fechado e, conforme previsão do artigo 88 da Lei de Execução Penal, deveriam ser construídas de forma que cada condenado seja alojado em cela individual contendo os requisitos básicos estipulados por este mesmo artigo, onde esta disposto:

“Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).”

Além disso, as penitenciárias femininas devem conter seção para gestante e parturiente e também creches. As penitenciárias masculinas devem ainda ser construídas em local afastado do centro urbano, sendo que há ressalva quanto a essa disposição, por dificultar as visitas familiares aos presos. (MARCÃO, 2013)

A colônia agrícola, industrial ou similar é a que mais importa aqui, pois se trata do local destinado ao cumprimento de pena do regime semiaberto. Aqui os presos podem ser alojados em compartimento coletivo, desde que observados os requisitos básicos previstos na alínea “a” do artigo 88 da Lei de Execução Penal, que haja a seleção adequada dos presos e respeite ao limite de capacidade máxima de forma a atender ao princípio da individualização da pena.(MARCÃO, 2013)

Já as casas de albergado se destinam ao cumprimento da pena em regime aberto e não devem conter as características de cárcere tradicional. Deveram ser situadas em centro urbano e não podem conter obstáculos físicos para a fuga. Esses estabelecimentos devem conter também local adequado para cursos e palestras.(MARCÃO, 2013)

As cadeias públicas são para recolhimento de presos provisórios. Há casos em que condenados ao regime semiaberto aguardam vaga em colônia agrícolas cadeias públicas, indevidamente. A lei estabelece que cada comarca deve ter ao menos uma cadeia pública e que este estabelecimento deverá ser próximo a centro urbano e construído em observância às regras básicas da unidade celular conforme o artigo 88 da Lei de Execução Penal.(MARCÃO, 2013)

Por fim, o centro de observação que é o local onde serão realizados os exames criminológicos que servem para a adequada classificação e individualização da pena dos condenados ou presos provisórios, e podem ser construídos em unidade autônoma ou anexa a estabelecimento penal. E o hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, que são para os inimputáveis ou semi-

imputáveis, devendo ser aplicado o disposto no artigo 88 da Lei de Execução Penal para este estabelecimento também.(MARCÃO, 2013)

Diante do exposto acerca dos estabelecimentos penais, o RHC 5296 RJ , do Relator Ministro Vicente Leal, diz:

“EXECUÇÃO PENAL. REGIME PRISIONAL ABERTO. ESTABELECIMENTO PENAL PRÓPRIO. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS-CORPUS. O REGIME DEFINIDO NA SENTENÇA CONDENATORIA DEVE SER RIGOROSAMENTE OBSERVADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS E PELA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA, SOB PENA DE INCORRER EM CONSTRANGIMENTO ILEGAL, PASSÍVEL DE REPARAÇÃO POR VIA DE HABEAS-CORPUS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”

(STJ - RHC: 5296 RJ 1996/0009055-6, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 25/03/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/06/1997 p. 23856)

Destacada aqui, mais uma vez, a importância do cumprimento do disposto em sentença condenatória quando na execução penal, tendo sido considerado no caso acima até mesmo constrangimento ilegal, passível de reparação por habeas-corpus, a colocação em estabelecimento penal impróprio.

1.2.7 A importância da progressão para a ressocialização

O sistema progressivo é extremamente importante para a ressocialização. A pena vai ter como objetivo punir o mal causado, mas também inserir novamente na sociedade o preso, sendo que, além disso, nesse sistema, o preso é constantemente estimulado, incentivado a ter comportamento adequado e manter a disciplina para receber os benefícios tais como progredir para um regime menos rigoroso ou ter a pena reduzida (através do trabalho, pois cada dia trabalhado é um dia a menos no cumprimento da pena).

No entanto, no Brasil, o sistema penitenciário é precário. Dentro das penitenciárias os presos se encontram em um meio onde seus direitos não são respeitados, sua dignidade lhes é retirada e são submetidos a grande violência e humilhação. Assim, em vez de serem ressocializados, eles ficam revoltados com a sociedade, a tendência é que fiquem mais violentos e representando um risco maior

a sociedade do que quando entraram. Se a base da execução penal, que deveriam ser os princípios vistos anteriormente, não são seguidos, temos o porque de os objetivos da pena não serem atingidos (BITENCOURT, 2003).

2 A FALTA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO

Já foi visto que, normalmente, na falta de vagas no regime semiaberto, são dois os quadros mais prováveis a serem adotados, então, agora vamos analisar ambas estas situações em cada um dos princípios já estudados no primeiro Capítulo e verificar se há solução para o problema e quais seriam as possibilidades, através de estudo da doutrina e também analisando jurisprudências e a legislação.

A falta de vagas nos estabelecimentos prisionais em todo o Brasil é um evidente problema. Além das penitenciárias superlotadas muitas vezes nem mesmo existe em alguns lugares do país local adequado para o cumprimento da pena, como é o caso da inexistência de casas de albergado no Distrito Federal. Encontramos então um grande problema ao lidar com os condenados ao regime semiaberto, que deveria ser cumprido em colônia penal ou agrícola ou então em estabelecimento similar, uma vez que não existem suficientes estabelecimentos como este no país.

O principal foco de discussão aqui é que o preso não pode pagar pela falta de estrutura estatal e nem mesmo a sociedade aceita que os crimes não sejam devidamente punidos e como isso vai contra os princípios e valores da nossa Constituição Federal. A realidade da execução penal no Brasil hoje se distancia cada vez mais do que diz a lei, pois o Estado não dispõe de orçamento compatível com os custos necessários para manter a quantidade de presos que hoje temos no país e isso nas condições exigidas por lei.

A imposição da pena tem dois objetivos principais, sendo eles, a ressocialização do preso e a punição pelo ato criminoso. Se submetermos os presos a uma pena mais severa, colocar este condenado ao regime semiaberto em regime fechado, tudo bem que o objetivo da punição será atingido, mas não de forma adequada, será uma punição exagerada e que não condiz com o que diz os direitos humanos e fundamentais. E também, neste caso, não haveria de forma alguma uma ressocialização dos presos, o que vai gerar é apenas uma revolta destes que vão se ver ao lado de outros que cometeram crimes muito mais graves e em vez de se

tornarem reabilitados para conviver na sociedade vão se virar contra a sociedade devido ao que estão sendo submetidos. Além disso, as condições precárias das penitenciárias brasileiras não ajudam muito neste ponto, os presos não são tratados adequadamente, são desrespeitados e humilhados, de forma que a ressocialização já não é fácil, e se colocarmos um condenado a uma pena menor preso sob estas condições isso provavelmente só poderá gerar efeitos negativos nele. Visto por outro lado, há quem diga que se garantirmos ao preso condenado ao regime semiaberto que ele o cumpra em regime menos rigoroso, como na casa de albergado ou até mesmo em regime domiciliar, até que haja vaga em estabelecimento adequado, estamos perdendo, de certa forma, o caráter punitivo da pena já que o crime cometido causou um mal maior a sociedade do que o condenado vai sentir neste cumprimento de pena, porém, se analisarmos bem a situação, ele não está deixando de ser punido, ainda que devesse ser tratado com mais rigor, é possível que este preso venha a ser inserido novamente na sociedade com muito mais facilidade do que aqueles em regime fechado.

É importante abordar este tema, pois o mesmo tem sido foco de discussão que está sendo tratado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em audiência pública presidida pelo Ministro Gilmar Mendes no dia 27/05/2013 e foi definido como de repercussão geral reconhecida, logo, é extremamente relevante a pesquisa acerca da falta de vagas no regime semiaberto e necessidade de encontrar uma forma legal de lidar com o problema.

2.1 A execução penal prática e o princípio da legalidade

Se o princípio da legalidade diz que não se pode aplicar pena sem que haja previsão escrita em lei, ou seja, que não podemos criar a lei e nem mesmo usar analogias, logo, o juiz de execução não pode simplesmente alterar o que diz a lei na hora da execução da sentença. Colocar o condenado para cumprir pena em regime diferente daquele que era previsto vai ainda além de apenas criar lei, pois também contraria a lei, como já dito, é vedada a progressão por salto e proibida a aplicação de penas excessivas.

Tanto colocar o preso em regime mais benéfico quanto em mais gravoso vai contra o que diz este princípio. A lei diz apenas que o regime semiaberto deve ser cumprido em colônia agrícola ou industrial ou em estabelecimento similar, em momento algum a lei prevê a falta de estrutura estatal ou possibilidade de um preso cumprir sua pena em outro regime devido à falta de vagas. Diante disso, qualquer escolha do juiz que não tenha base legal deve ser considerada afronta ao princípio da legalidade.

Obviamente alguma coisa tem de ser feita para resolver o problema ainda que não esteja previsto em lei, pois diariamente criminosos são condenados ao regime semiaberto sem ter onde cumprir, mas então o que é preciso é uma reforma legislativa que solucione o caso ou então reformas e planos estatais para que no futuro existam tantas vagas quanto o número de presos, apesar de que, diante da realidade brasileira, isso seja um tanto quanto utópico.

Portanto, como não se deve apoiar em sonhos e em ideais, e é necessária uma medida urgente para lidar com este problema devemos analisar melhor cada princípio e possível solução, de forma que os princípios sejam respeitados ao máximo. Sendo assim, colocar o preso em regime fechado seria além de muito prejudicial, uma pena extremamente excessiva e desnecessária, afronta não só a este princípio, mas a outros também, ainda que temporariamente apenas. Já aplicar o regime mais benéfico parece uma possibilidade mais viável, de forma que, se feito isto apenas temporariamente, até que seja disponibilizada a vaga no regime ideal, não pode ser chamado de progressão por salto. Além disso, o mais importante aqui é que com o regime mais benéfico o objetivo que está disposto em lei pode ser alcançado, como já demonstrado anteriormente, já aplicando o regime mais rigoroso a punição vai além da necessária e o preso provavelmente não vai ser reintegrado à sociedade, logo, nenhuma das intenções do legislador será alcançada, a pena vai ser ineficaz. A aplicação do regime mais benéfico então pode não afrontar este princípio se acaba cumprindo o objetivo da lei dentro do que é possível diante das condições de nosso sistema prisional.

2.2 A execução penal prática e o princípio da dignidade da pessoa humana

Já este princípio, diferentemente dos outros discutidos, vai ser contrariado especialmente quando o réu é obrigado a cumprir sua pena em regime mais gravoso do que deveria:

“Na falta de estabelecimento adequado (p.ex., inexistência de Casa de Albergado na comarca, segundo entendem nossos Tribunais Superiores, não se pode permitir que o sentenciado permaneça em regime mais rigoroso do que aquele a que faz jus. Cabe, portanto, ao Juízo de Execuções determinar sua colocação em regime mais benéfico ou, se for o caso, em prisão-albergue domiciliar.” (ESTEFAM, 2010, p. 311)

Se este princípio protege os direitos do homem e veda totalmente qualquer pena que seja cruel ou excessiva, é impossível a possibilidade de um preso que deveria cumprir sua pena em regime intermediário o cumpra em regime fechado, pois tal caracterizaria constrangimento ilegal do preso, uma pena além da necessária estaria sendo imposta, o que pode ser considerado cruel, e também direitos e garantias do preso não estariam sendo respeitadas, logo, a dignidade do preso na condição de pessoa humana estaria sendo desrespeitada. (ESTEFAM, 2010)

2.3 A execução penal prática e o princípio da proporcionalidade

Relativamente ao princípio da proporcionalidade ele diz que a pena deve ser proporcional ao crime praticado. Mas de que adianta aplicar uma pena adequada e proporcional ao crime se na fase de execução penal é necessário alterar a pena estabelecida devido à falta de vagas no regime estabelecido.(ESTEFAM, 2010)

Tanto se a pena for cumprida em um regime semiaberto como em um regime mais rigoroso não estará sendo respeitado o princípio da proporcionalidade, pois este princípio só é eficaz se aplicado tanto na fase de

aplicação da pena como em sua execução. Se o preso condenado ao regime semiaberto é colocado temporariamente em regime fechado para cumprir sua pena estará sendo penalizado além do necessário, e se for permitido que ele cumpra em regime aberto, beneficiando-o, então não está sendo punido o suficiente de acordo com o mal que causou a sociedade, logo, nenhuma destas hipóteses pode ser considerada proporcional.(ESTEFAM, 2010)

No entanto, mais uma vez se deve ser razoável, não levando na literalidade o princípio. E mais uma vez o regime mais benéfico vai ser o mais adequado. Isto porque ao colocar o condenado em regime mais rigoroso ele estará no meio de outros presos que são muito mais perigosos para a sociedade do que ele se sentirá injustiçado e isso acaba gerando uma revolta, enquanto ao aplicar o regime mais benéfico, ainda que não seja proporcional a pena, o preso ainda vai ser punido. O condenado que acaba sendo “beneficiado” na hora da aplicação da pena sabe que se cometer falta grave vai ser transferido para o regime mais rigoroso, logo, vai ter que manter a disciplina e pode aprender com isso, enquanto que colocando-o em regime mais rigoroso ele se sentirá prejudicado e acaba sem motivação para melhorar. Diante disso, ainda que não totalmente proporcional, colocar o preso em regime mais benéfico esta mais próximo do regime ideal do que colocá-lo em regime fechado, que em muito se distancia da pena que ele deveria receber. O regime semiaberto acaba se aproximando mais das regras do regime aberto do que do fechado e por isso é mais adequado nestes casos.(ESTEFAM, 2010)

2.4 A execução penal prática e o princípio da individualização da pena

Já no conceito do princípio da individualização da pena também está implícita a necessidade de sua aplicação nas três fases: na elaboração, na aplicação e execução da pena. O que é o ponto de destaque neste princípio é que cada indivíduo cada situação, cada crime, são únicos e devem ser tratados como tal.(ESTEFAM, 2010)

Submeter os condenados ao regime semiaberto ao fechado desrespeita tanto este princípio quanto os outros. Pois, acaba acontecendo é

exatamente o que o princípio proíbe uma padronização da pena. Quando o juiz determina uma pena supõe-se que especialmente e especificamente a estabeleceu para o caso julgado, e se quando chega à fase de execução tal pena é generalizada, ela perde o seu caráter individual, perde sua especificidade. É o que ocorre com a execução da pena do condenado ao regime semiaberto na falta de vagas, ele foi especialmente direcionado para este regime devido às características individuais de seu caso, mas quando chega a hora de cumprir a pena nada disso é levado e ele tem de ser redirecionado como mais um que espera por vaga adequada. Se o preso tem bom comportamento ele não deve ser tratado da mesma forma que aquele que tem um comportamento ruim, ele deve obter benefícios tais como a progressão de regime, mas então, se estava no regime fechado e progrediu para o semiaberto, mas não há vaga para ele neste novo regime ele pode acabar cumprindo pena no regime fechado enquanto aguarda a vaga, ou seja, continua cumprindo a pena da mesma forma que aquele que não se esforça, não ganha reconhecimento. Estes são exemplos de como o princípio da individualização da pena, apesar de eficaz na aplicação não tem atingido a fase de execução no sistema penitenciário. Portanto, ainda que não seja o ideal, o preso que se esforçou deve obter reconhecimento, ainda que tenha de passar direto para o regime aberto, pois não haverá motivação para melhorar o comportamento e ser um preso exemplar se ele não receber nada em troca disso. Não podem, de acordo com este princípio, serem todos tratados da mesma forma, como mais um apenas, se houve merecimento o preso deve ser recompensado de acordo com os seus próprios méritos, afinal, é este um dos pilares do sistema progressivo.(ESTEFAM, 2010)

2.5 Possíveis soluções para o problema

Dentro do que foi pesquisado, especulações podem ser feitas com idéias de como resolver o problema, deve destacar-se aqui a importância do trabalho durante o cumprimento da pena. Além de o trabalho ser um dever do condenado, como forma de punição é também um direito, já que ele é para isso remunerado e beneficiado com a remição; mas, além disso, o trabalho do preso acaba compensando ao Estado os gastos que ele tem para manter este mesmo preso, o trabalho voltado para atividades com bons rendimentos para a economia pode acabar sendo uma forma de reduzir os custos do cumprimento da pena e

disponibilizando mais recursos para destinar a construção de penitenciárias aumentando o número de vagas. Assim como esta idéia existem diversas outras reformas que com o tempo podem vir a mudar este quadro atual, mas isso é claro exige um longo processo e tempo, e uma vez que o problema é imediato, este tipo de solução apenas não basta.

Diante da atual disfunção do sistema prisional brasileiro, na falta de vagas no regime semiaberto é muito mais viável que os presos cumpram em regime mais benéfico sua pena do que em regime mais gravoso, inclusive é esta a melhor saída também de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do seguinte teor:

“No parecer de fls. 133, o Ministério Público Federal assim se manifestou: “Conforme voto do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 76.930-SP (DJ de 26.3.99), não é dado, uma vez concedido o regime semiaberto, impor a permanência do condenado, em regime fechado, à espera de vaga em estabelecimento adequado àquele menos severo que lhe foi deferido na sentença. Nesse mesmo sentido, dentre outros, o HC 93.596-SP, rel. Min. Celso de Mello: inadmissibilidade de o condenado ter de aguardar, em regime fechado, a superveniência de vagas em colônia penal agrícola e/ou industrial, embora a ele já reconhecido o direito de cumprir a pena em regime semiaberto. Contudo, antes de uma manifestação definitiva, e na linha do voto vencido da desembargadora-revisora, sugiro a requisição de informações complementares para que o Juízo da Execução se manifeste sobre a existência, ou não, de vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da pena no regime determinado pelo acórdão recorrido (semiaberto)”. Acolho o pedido formulado pelo Parquet Federal. Solicitem-se informações ao Juízo da Execução sobre a existência de vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento de pena em regime semiaberto. Publique-se. Brasília, 27 de março de 2012. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.

(STF - RE: 641320 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 27/03/2012, Data de Publicação: DJe-065 DIVULG 29/03/2012 PUBLIC 30/03/2012)”

Neste Recurso Extraordinário foi discutido, como é possível observar, o destino de um preso condenado ao regime semiaberto e onde colocá-lo já que não há vagas neste regime. O Superior Tribunal então entende não ser possível a imposição de regime mais gravoso, como esperado, sendo importante destacar que como esta decisão existem diversas outras do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido. Dessa forma, não é caso de impunidade, como pode

parecer a princípio, eles ainda estarão sendo punidos, ainda que não adequadamente, e terão mais chances, assim, de serem ressocializados. Colocar os presos em regime mais gravoso, nestes casos, só vai revoltá-los mais, violando de forma inaceitável os direitos humanos e acabando por torná-los um risco maior para a sociedade, com grande chance de reincidência. Ainda que não seja o ideal é o mais correto frente aos ideais do sistema progressivo adota.

A solução imediata, portanto, é que os presos aguardem por vaga em regime mais benéfico e não mais gravoso, sendo este o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Nesse momento é de extrema importância a individualização da pena, cada caso deve ser individualizado e cada preso ter tratamento adequado e correspondente para com o crime que cometeu.

3 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Agora o que vai ser analisado é como funciona realmente, na prática, o sistema penitenciário brasileiro. Sendo tratadas acerca dos diversos problemas aqui encontrados, através da análise de reportagens, pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo analisado, muito brevemente, o famoso caso do Mensalão ocorrido no Brasil, que importa para a pesquisa devido ao fato que alguns dos condenados foram condenados ao regime semiaberto também.

3.1 Superlotação das penitenciárias

O problema de superlotação infelizmente não atinge somente o regime semiaberto, e esta presente na grande maioria dos estabelecimentos prisionais do Brasil. Em uma reportagem publicada pela Folha de São Paulo em 14/03/2014 “Superlotação em presídios aumenta em 17 Estados e Distrito Federal” seguem dados recentes acerca do assunto:

“A superlotação nos presídios cresceu em 17 Estados de todas as regiões e no Distrito Federal, entre o final de 2012 e junho do ano passado. O avanço aparece em dados atualizados do Ministério da Justiça obtidos pela Folha.

Segundo balanço, ha no país uma media de 1,69 preso para cada vaga – desde a contagem anterior, feita seis meses antes, houve um aumento de 3,9%. Hoje, a típica prisão brasileira abriga em media 17 detentos num espaço onde caberiam apenas 10.

De janeiro a junho de 2013, a criação de vagas cresceu menos que o ritmo de ingresso de novos presos: 2,3% contra 4,7%. “Hoje há 317,7 mil vagas para 537,3 mil presos.” (<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/03/1425271-superlotacao-em-presidios-aumenta-em-17-estados-e-distrito-federal.shtml>, acesso em 20/09//2014)

Logo, reafirmar que a solução imediata para a falta de vagas no regime semiaberto não poderia ser diferente da colocação temporária do condenado em regime aberto, uma vez que, ainda que fosse viável a colocação temporária em regime mais gravoso, os estabelecimentos de cumprimento de pena em regime fechado no país também se encontram superlotados. Não ha como então tirar a vaga de alguém que realmente foi condenado ao regime fechado para ceder a vaga

a um preso que aguarda em regime semiaberto e nem mesmo deveria se encontrar naquele estabelecimento.

Outro ponto importante do artigo é que a atual população carcerária já se encontra acima do número de vagas disponíveis, outro problema é o fato de que ela não para de crescer, e o número de vagas também não consegue acompanhar.

Segundo estatística do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), divulgada pelo sistema do InfoPen, penitenciárias do Estado do Paraná, em Abril de 2012, apresentam o seguinte quadro:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL
Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen
Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos
Paraná - PR

Referência: 4/2012

Indicadores Automáticos			
População Carcerária:			35.005
Número de Habitantes:			10.439.601
População Carcerária por 100.000 habitantes:			335,31
Categoria: Quantidade de Presos/Internados	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos (Polícia e Segurança Pública)	11.755	1.342	13.097
Item: Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP)	11.755	1.342	13.097
Indicador: Quantidade de Presos custodiados no Sistema Penitenciário	20.702	1.206	21.908
Item: Sistema Penitenciário - Presos Provisórios	2.406	98	2.504
Item: Sistema Penitenciário - Regime Fechado	7.972	336	8.308
Item: Sistema Penitenciário - Regime Semi-Aberto	3.031	154	3.185
Item: Sistema Penitenciário - Regime Aberto	6.874	587	7.461
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Internação	419	31	450
Item: Sistema Penitenciário - Medida de Segurança - Tratamento ambulatorial	0	0	0
Categoria: Capacidade	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Número de Vagas (Secretaria de Justiça e Seg. Pública)	13.771	556	14.327
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Provisórios	2.520	0	2.520
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Regime Fechado	9.416	426	9.842
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Regime Semi-Aberto	1.835	130	1.965
Item: Sistema Penitenciário Estadual - Regime Aberto	0	0	0
Item: Sistema Penitenciário Estadual - RDD	0	0	0
Item: Sistema Penitenciário Federal - Regime Fechado	0	0	0
Item: Sistema Penitenciário Federal - RDD	0	0	0
Item: Polícia Judiciária do Estado (Polícia Civil/SSP)	0	0	0
Categoria: Estabelecimentos Penais	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Estabelecimentos Penais (Sec. de Justiça e Segurança)	24	2	26
Item: Penitenciárias	17	1	18
Item: Colônias Agrícolas, Indústrias	3	1	4
Item: Casas de Albergados	0	0	0
Item: Cadeias Públicas	0	0	0
Item: Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico	0	0	0
Item: Patronato	2	0	2
Indicador: Seções Internas	19	18	37
Item: Creches e Berçários	0	0	0
Item: Módulo de Saúde Feminino (Gestantes/Parturientes)	0	0	0
Item: Módulo de Saúde	0	0	0
Item: Quantidade de Crianças	18	18	36
Indicador: Informações Complementares	1	0	1
Item: Estabelecimentos Terceirizados - Regime Fechado	0	0	0
Item: Estabelecimentos Terceirizados - Regime Semi-Aberto	0	0	0
Item: Centro de Observação Criminológica e Triagem	0	0	0

Categoria: Administração Penitenciária	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantitativo de Servidores Penitenciários (Funcionário Públicos na Ativa)	16	15	4.303
Item: Apoio Administrativo		428	428
Item: Agentes Penitenciários		3.293	3.293
Item: Enfermeiros		18	18
Item: Auxiliar e Técnico de Enfermagem		108	108
Item: Psicólogos		37	37
Item: Dentistas		20	20
Item: Assistentes Sociais		56	56
Item: Advogados		17	17
Item: Médicos - Clínicos Gerais		20	20
Item: Médicos - Ginecologistas		0	0
Item: Médicos - Psiquiatras		13	13
Item: Pedagogos		6	6
Item: Professores		254	254
Item: Terapeutas		2	2
Item: Policial Civil em atividade nos estabelecimentos penitenciários		0	0
Item: Policial Militar em atividade nos estabelecimentos penitenciários		-	-
Item: Funcionários terceirizados (exclusivo para tratamento penal)		0	0
Item: Outros	16	15	31
Categoria: População Prisional	Masculino	Feminino	Total
Indicador: Quantidade de Presos/Internados provenientes da Polícia/Justiça Federal	398	36	434
Item: Presos Provisórios	85	0	85
Item: Regime Fechado	196	20	216
Item: Regime Semi-Aberto	37	2	39
Item: Regime Aberto	79	14	93
Item: Medida de Segurança-Internação	1	0	1
Item: Medida de Segurança-Tratamento Ambulatorial	0	0	0

<http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/ABRIL2012.pdf>, acesso em 21/09/2014.

Segundo esses dados, para o regime semiaberto, pode-se verificar que existem 3.185 presos enquanto só há vagas para 1.965. Verifica-se ainda, que dentre as 130 vagas para mulheres, 154 presos são do sexo feminino, ou seja, mulheres e homens não estão podendo ficar devidamente separados. Mais perturbador ainda é verificado que nem mesmo existe estabelecimentos para o cumprimento de pena em regime aberto nesse estado, enquanto 7.461 condenados a cumprimento de pena neste regime. Demonstrando que a falência do sistema penitenciário é geral, e não especificamente do regime semiaberto. Para o regime fechado, no entanto, neste estado, o número de vagas é maior que o número de internos. O que ocorre então e que, a solução dada imediatamente para suprir as necessidades do estado seria colocar esses presos do regime semiaberto no regime fechado, já que nem ao menos existem estabelecimentos de cumprimento de regime aberto neste caso, porém, esta solução não é correta e não pode ocorrer, como já vimos até aqui e de acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal.

3.2 Problemas decorrentes da superlotação

Verifica-se que é absurda a quantidade de presos que são colocados dentro das penitenciárias, a qual se encontra muito acima da quantidade que estas poderiam suportar. Isso, obviamente, vai gerar consequências, pois não e sem motivos que existe um limite máximo de presos. Dentre tais consequências pode-se verificar rebeliões, condições precárias de tratamento, falta de controle devido a falta de agentes penitenciários dentre vários outros problemas.

Acima de tudo, a garantia de condições essenciais e adequadas de tratamento dos presos não é compatível com a superpopulação carcerária. A mentalidade de que somente a prisão é forma de punição também esta errada, pois o que tem acontecido na realidade, devido a superpopulação nos estabelecimentos penitenciários, é que em vez da ressocialização dos presos tem causado sua degeneração a permanência nesses locais, devido ao descumprimento do que diz a lei acerca do que seriam as condições de tratamento dos presos, portanto, outras formas de punição deveriam ser também consideradas em alguns casos. A falta de classificação e mistura de todo tipo de condenados, dos que cometeram crimes mais leves até os mais graves, ajuda a desvirtuação para o crime. A maioria dos problemas carcerários no Brasil hoje é decorrente da superpopulação carcerária. (MUAKAD, 1998)

3.2.1 Rebeliões nas penitenciárias

Dentre os problemas citados acima, surgem as rebeliões. Esse tem sido um problema cada vez maior, pois, quanto mais superlotada a penitenciária, pior vai ser o tratamento dos presos, que em vez de serem ressocializados ficam mais rebeldes. Falta também funcionários suficientes para atender a essa superpopulação carcerária, e assim fica muito difícil manter o controle da situação. Isso afeta inclusive a segurança dos próprios presos, que muitas vezes acabam sendo as vítimas das rebeliões.

O complexo penitenciário de pedrinhas, no Maranhão, tem ficado conhecida por suas recorrentes rebeliões. A reportagem de Lucas Vieira e Raquel Soares do G1, de 18/09/2014, retrata a situação de Pedrinhas e diz:

“Quinze presos morreram no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís, e 105 fugiram em 2014, segundo informações do Sindicato dos Servidores do Sistema Penitenciário do Maranhão (Sindspem-MA), e da Secretaria de Estado de Justiça e Administração Penitenciária (Sejap). Veja a cronologia dos fatos ocorridos em 2014 que culminaram na atual crise no sistema prisional do Maranhão.” (<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/09/veja-cronologia-de-fugas-mortes-e-rebelioes-no-complexo-de-pedrinhas.html>, com acesso em 21/09/2014)

Na reportagem, é lembrada toda a cronologia dos fatos e diversas rebeliões que já ocorreram no complexo penitenciário somente em 2014, começando com mortes de presos no dia 02 de janeiro. Fala ainda de crise no sistema prisional do Maranhão, isso porque há anos o estado vem sofrendo problema com o Complexo Penitenciário de Pedrinhas e que só tende a piorar. Não só as rebeliões, mortes de presos e fugas ocorrem como também muita corrupção. O antigo diretor deste complexo, inclusive, foi retirado devido a corrupção onde facilitava a fuga dos presos.

O complexo de Pedrinhas não é o único onde ocorrem as rebeliões, outras como a Penitenciária de Cascavel no Paraná já são internacionalmente conhecidas por suas rebeliões.

3.2.2 Condições precárias de tratamento

A Lei de Execução Penal traz as condições mínimas que devem existir nos estabelecimentos penais, estabelecendo normas para o seu funcionamento de forma a garantir tratamento digno aos presos, e em seu artigo 82 dispõe que:

“Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

§ 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados”.

A primeira questão que na prática é desrespeitada é a questão da separação pelo sexo. Homem e mulheres, por falta de vagas em estabelecimentos diferenciados, acabam tendo de ficar juntos. O problema disso é que os o ambiente dos estabelecimentos penais, como funcionam hoje, são locais que acabam abalando emocionalmente e psiquicamente os presos, as penitenciárias muitas vezes acabem se tornando locais de promiscuidade, e a não separação de homens e mulheres agrava esse quadro. A tensão dentro dos estabelecimentos penais já é grande, os presos que lá se encontram são privados de muitas coisas, portanto, colocar mulheres junto a uma penitenciária masculina as coloca em situação de vulnerabilidade e correndo vários riscos. Inclusive é um fator facilitador para a ocorrência de crimes de violência contra essas mulheres. (MUAKAD, 1998)

Os presos têm direito também a garantia de trabalho remunerado segundo a Lei. Ocorre que nem sempre há trabalho para todos os internos, problema esse que se agrava ainda mais com a superlotação dos estabelecimentos penais. O livro *Prisão Albergue* traz três diferentes aspectos da importância do trabalho nos estabelecimentos penais, que são:

“Humano: colabora para a saúde física e mental, ajudando a manter uma profissão ou desenvolvê-la; evita que o preso fique entregue ao gasto inútil do tempo, piorando suas condições psicológicas, levado pela solidão e tédio; colabora para que se mantenha o equilíbrio orgânico e psíquico.

Carcerário: mantendo-se o indivíduo ocupado, facilita-se a disciplina, evitando-se possíveis rebeliões, pois acalma e incute confiança no dia de amanhã; colabora para a diminuição da reincidência, uma vez que a falta de habilitação para o trabalho é, sem dúvida, uma das suas causas.

Econômico: percebendo um salário, por menor que seja, o preso é estimulado a auxiliar sua família e a adquirir pequenas coisas que lhe são necessárias, sem ficar dependendo apenas do Estado, ou da colaboração familiar.” (MUAKAD, 1998)

Não há dúvida da importância do trabalho nas penitenciárias e como vai contribuir para evitar diversos problemas discutidos como as rebeliões e reincidência, além de que contribui também para a ressocialização dos presos. No entanto, não há trabalho suficiente para todos, sendo que nem parece justo que alguns possam trabalhar enquanto outro não, o que causa revolta, ver a desigualdade de tratamento que vai inevitavelmente existir já que o tratamento

adequado para todos não é viável na realidade brasileira. O trabalho além de direito é também dever do preso, e a falta deste dificulta ainda mais o objetivo principal da pena, que é a ressocialização do preso para a vida em sociedade, pois o preso tem que se preparar também para quando em liberdade ter condições de trabalhar e manter uma vida digna.

Há séculos o trabalho já vem sendo considerado como um acessório da pena, pois dessa união é que se dá a transformação do preso, além da punição a aplicação da pena tem função de corrigir também, como já foi dito, e se tirado da ociosidade, passando a ter uma ocupação, o condenado tem mais chances de não reincidir. (FOUCAULT, 2009)

É importante também que o trabalho dado a cada um seja adequado, individualizando os presos, pois não adianta lhes dar funções que eles não vão conseguir cumprir, mas claro, que diante da nossa realidade onde nem mesmo existe trabalho para todos, não há como escolher a atividade que vai realizar, ainda que fosse o ideal. (MUAKAD, 1998)

Grave também é o fato que os presos que deveriam ter direito a celas individuais, no regime fechado, ou coletivas, mas dentro dos padrões estabelecidos pela lei, no regime semiaberto, acabam sendo amontoados dentro das celas. Onde na verdade haveria espaço adequado para um preso, são colocados outros mais.

São direitos do preso ainda, conforme artigo 41 da Lei de execução penal, a alimentação suficiente e vestuário; proporcionalidade de distribuição de tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; chamamento nominal; dentre vários outros que diante da desorganização e irregularidades nas penitenciárias não tem como ser respeitadas, já que em uma prisão superlotada é dificultado o controle dos presos, de saber quem já foi liberado para descanso e recreação ou não ou então reconhecê-los pelo nome. A alimentação, vestuário e assistência também vão ser prejudicados, já que a superlotação nem sempre vai estar prevista no orçamento

penitenciário, sendo elevado o custo para manter os presos, sendo também precário o fornecimento destas garantias.

3.2.3 Os Agentes Penitenciários

Outro grande problema no sistema penitenciário é relativo aos agentes penitenciários. Em uma análise inicial pode-se considerar que o problema aqui é devido a falta de agentes. Na tabela já apresentada, em relação ao estado do Paraná em abril de 2012, foi verificado que são 3.293 agentes penitenciários ao todo, para dar conta de uma população de 21.906 presos custodiados no sistema penitenciário. Tais dados demonstram que a quantidade de agentes penitenciários não é nem de longe suficiente.

Na reportagem de Carlos Vitolo, assessor de imprensa do Sindasp-SP, de 24/04/2014, encontrada no site do Sindasp-SP (<http://www.sindasp.org.br/Pagina.aspx?IdNoticia=3567>, com acesso em 21/09/2014) este assunto é abordado e traz dados de que na Penitenciária de Paraguaçu Paulista que deveria possuir um quadro de 165 agentes penitenciários hoje tem somente 128, ou seja, há um desfalque de 37 funcionários, e isso é só um exemplo do que ocorre em todo o Brasil.

A falta de agentes somada a superlotação nas penitenciárias acaba por se tornar um risco a segurança dos estabelecimentos prisionais, pois desta forma, os agentes responsáveis pela segurança não tem como estabelecer o controle dos presos e ficam em desvantagem. É dever dos estados, onde há falta de agentes penitenciários, promover concursos com o número de vagas necessários para suprir essa necessidade urgentemente.

Além do problema da falta de agentes penitenciários, feita uma segunda análise é possível verificar que esse não é o único problema neste setor. Ocorre que, hoje, no Brasil, a profissão de agente penitenciário não tem nenhum prestígio, chegando até mesmo a ser discriminada. Com baixos salários somados ao fato de que na história do Brasil, a profissão de carcereiro era decorrente não de escolha, mas de imposição as classes mais baixas da sociedade contribuindo para a formação de um estereótipo. (CHIES, 2008)

Seu papel na sociedade carcerária é, portanto, ambíguo, não só por eles serem altamente desvalorizado, mas, também, porque muitas vezes, a classe social destes e dos presos acaba por ser a mesma gerando afinidade e proximidades dos agentes com os presos. A seleção para o cargo hoje é feita através de concurso público, mas, na prática, alguns agentes só se encontram no cargo por motivação decorrente de desemprego ou indicação de parente, sendo que nem sempre vão ser qualificados e ter treinamento adequado para ocuparem essa posição. (CHIES, 2008)

Diante disso, é comum casos de corrupção entre os agentes penitenciários, em que estes se beneficiam de sua posição e propiciam facilidades aos presos em troca de propina. Não se pode generalizar é claro, existem muitos funcionários exemplares que cumprem a lei, mas ainda assim são muitos os corruptos que ingressam no sistema penitenciário. Prova disso é uma matéria do correio brasileiro publicada por Helena Mader em 27/03/2014, que diz:

“A Justiça condenou três agentes do Centro de Progressão Penitenciária (CPP) por corrupção passiva e formação de quadrilha. Eles são acusados de receber propina para flexibilizar o horário de entrada e saída dos presos em regime semiaberto. Apontado como líder do grupo, o agente Sérgio Vieira Campos recebeu pena de 91 anos de cadeia. A decisão é de primeira instância e cabe recurso. Os três condenados estão presos preventivamente desde 2011. Durante o processo, eles alegaram inocência e contestaram as provas usadas pela Justiça. O caso aumenta a lista de polêmicas relacionadas ao CPP: o Ministério Público investiga supostas regalias concedidas a condenados pelo mensalão, detidos no mesmo local.”

(http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2014/03/27/interna_cidadesdf,419725/agentes-do-centro-de-progressao-penitenciaria-sao-condenados-por-corrupcao.shtml, acesso em 21/09/2014)

Na matéria em questão, foi prometido ao agente seiscentos reais em troca de liberação do recolhimento por um dia, e em outra oportunidade oferecido dinheiro em troca de um celular habilitado. Os presos, que deveriam estar sendo ressocializados são incentivados a cometer novos crimes dentro da prisão. Agora, diante de fatos como esse, como esperar eficiência de um sistema penitenciário onde os próprios fiscalizadores é que deveriam estar sendo fiscalizados? Os agentes que deveriam estar vigiando aqueles que cometem crimes acabam se

tornando criminosos também. Beneficiam-se da posição de fiscalizadores para liberar os presos em algumas situações. Agora, se um preso pode pagar ao agente penitenciário para que este reduza as exigências que este deve cumprir, na realidade, as penitenciárias não possuem segurança alguma.

O trabalho do agente penitenciário, como já foi dito, é altamente desvalorizado, não há chances de crescimento nesta profissão e o trabalho é, na maior parte do tempo, monótono. Diante disso é muito difícil estimular e manter a moral deles por muito tempo. Sendo que isso ocorre não só com os agentes, mas em toda a administração das penitenciárias.(MUKAD, 1998)

3.3 Julgamento do Mensalão

Em 22 de Agosto de 2007 o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento contra os denunciados no processo do Mensalão no Brasil, dos 37 réus do processo 25 foram condenados e dentre estes, alguns condenados a pena a ser cumprida em regime semiaberto.

Segundo informações do Diário do Poder em 18 de novembro de 2013, dos doze mandados de prisão expedidos pelo STF, seis são para cumprimento de pena em regime semiaberto, e a estratégia usada pelos advogados destes condenados foi exatamente tentar alegar a falta de vagas nos estabelecimentos destinados ao cumprimento deste regime para que houvesse a progressão para regime aberto, a matéria diz também que:

“Diante da falta de vagas, a defesa dos réus estuda pedir a progressão do semiaberto para o aberto, regime no qual eles têm de ir para uma Casa de Albergado. Como quase não há esse tipo de estabelecimento no País, as penas seriam convertidas automaticamente para o regime domiciliar.

Os advogados amparam a estratégia em um entendimento consolidado do Supremo de conceder a progressão de regime na ausência das celas.

Desde maio de 2011, o Supremo discute a edição de uma súmula vinculante, que terá validade para todos os casos. Audiências públicas já foram feitas e, segundo um ministro da Corte envolvido nos debates, a súmula vinculante deve sair no ano que vem.”

(<http://www.diariodopoder.com.br/noticias/stf-deve-manter-execucao-de-penas-dos-condenados/>, acesso em 21/09/2014)

Tais pedidos, no entanto, não devem prosseguir, pois segundo a matéria já havia pronunciamento de Ministros sobre o assunto dizendo que seria feito o pedido para a abertura de vagas para colocar esses condenados e não a conversão para regime aberto. Ainda nesta matéria fica destacado outro pedido semelhante de progressão de regime devido a falta de vagas feito pela defensoria Pública de São Paulo em nome de 118 presos, que estão esperando a liberação de vagas em regime fechado, sendo que tal pedido foi negado.

Acontece que esse pedido de abertura de vagas no regime semiaberto em casos como o do mensalão, em que o destino de seis condenados apenas estão em questão e muito mais simples. Seis vagas não são nada perto da necessidade real de abertura de vagas nas penitenciárias, mas nem que centenas de vagas fossem abertas o problema geral seria resolvido.

O foco da mídia em um importante julgamento como este faz com que a abertura de vagas seja solicitada e passa a aparência de que a solução do problema é simples assim. Realmente se trata de problema do Estado e o estado é quem deve resolver, mas isso nem sempre vai ser viável. Houve a liberação das seis vagas para os condenados do mensalão, mas e quanto aos outros muitos presos que se encontram na mesma situação? Não é possível abrir vagas no regime semiaberto para todos, e enquanto isso eles aguardam em regime fechado, já que a mídia não vai influenciar a favor deles também. Prova disso é o caso desses 118 presos da Penitenciária de Osasco que a reportagem cita e que tiveram o seu pedido de progressão para regime mais benéfico negado e nem assim conseguiram a abertura de novas vagas em regime semiaberto para eles, enquanto isso, para receber os condenados ao regime semiaberto no processo do mensalão foi feita uma reforma no Centro de Progressão Penitenciária em Brasília para recebê-los, segundo reportagem do Correio Braziliense, escrita por Ana Maria Campos, Jose Valadares e Kelly Almeida:

“A Secretaria de Segurança Pública do DF se prepara para a eventualidade de receberem regime semiaberto condenados no processo do mensalão. Reforma e ampliação no Centro de Progressão Penitenciária (CPP), no Setor de Indústria e Abastecimento de Brasília (SIA), inclui a adaptação de salas para internos com notoriedade que devem ser separados dos demais por

questão de segurança. São ambientes destinados a detentos com alto poder econômico, político ou conhecidos na sociedade. Por causa do perfil, são considerados no sistema penitenciário alvos de rebeliões, extorsões ou outro tipo de exploração por condenados perigosos. O subsecretário do Sistema Penitenciário do DF, delegado da Polícia Civil Cláudio de Moura Magalhães, explica que a iniciativa está incluída na ampliação do CPP para mais 600 vagas, atendendo uma demanda de internos que já progrediram do regime fechado para o semiaberto e estão hoje alojados inadequadamente no Centro de Internamento e Reeducação (CIR), no Complexo da Papuda. Uma ala separada do galpão onde dormem os internos do regime semiaberto será adaptada. Estes passam a noite em beliches ou treliches lado a lado.”

(http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/09/02/interna_politica,385753/obra-em-penitenciaria-e-feita-sob-medida-para-abrigar-mensaleiros.shtml, Publicada em 02/09/2013 , com acesso em 29/09/2014)

Diferente seria se nos casos desses condenados no processo do mensalão tivessem de aguardar vaga em regime fechado, o primeiro passo da defesa realmente seria recorrer a mídia, que iria atacar o sistema penitenciário brasileiro e chamar a atenção de todos para o não cumprimento das garantias dos direitos humanos aos presos nessa situação. Os julgadores sabem que não podem ir contra essa força e influencia da mídia e resolvem casos como este. Mas por trás disso, casos idênticos ficam sem resolução e nada acontece.

Outra importante discussão acerca do caso foi a questão da possibilidade de que os condenados ao regime semiaberto realizassem o trabalho externo. Os pedidos de trabalho externo foram primeiramente negados pelo Ministro Joaquim Barbosa, no entanto, ao julgar os agravos regimentais interpostos contra essas decisões, o Ministro Luis Roberto Barroso, entendeu que no regime semiaberto não é necessário o cumprimento de um sexto da pena antes que o preso possa realizar o trabalho externo, e autorizou o trabalho externo para cinco dos condenados. Seu entendimento teve como base o fato de que com o cumprimento de um sexto da pena o preso já tem direito a progressão de regime, logo, se tivesse de esperar esse lapso temporal para poder realizar o trabalho externo, na realidade, não haveria trabalho externo nas penitenciárias. Disse ainda que tem de ser considerado o fato de que os estabelecimentos destinados ao cumprimento deste regime estão superlotados em todo o País, com duzentas e dez mil quatrocentas e

trinta e seis vagas o déficit do sistema penitenciário brasileiro, e por isso, não existe trabalho interno para todos os presos, logo, não é coerente impedir que um preso que não vai poder trabalhar, e que tenha conseguido trabalho honesto e conforme as regras para o trabalho externo, de trabalhar fora do estabelecimento penitenciário, quando se trata do regime semiaberto.¹ A concessão do trabalho externo é totalmente coerente com a nossa realidade, pois já que não podemos garantir trabalho a todos, esta acaba sendo uma alternativa justa, que contribui para a ressocialização do preso.

¹Informações retiradas do site do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=270042>, com acesso em 28/09/2014 às 23:00 horas.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir, que não é simples a resolução do problema da falta de vagas no regime semiaberto, exigindo-se uma reforma completa no sistema penitenciário, que demanda a construção de estabelecimentos prisionais e a reestruturação da administração. Não se pode prejudicar os presos por falta dessa estrutura necessária e da ineficiência da execução penal no País. A lei é criada de acordo com princípios e direitos que devem ser garantidos aos condenados no momento da aplicação da pena.

É muito mais grave ferir os princípios dos direitos e garantias da pessoa humana previstos na Constituição, neste caso mantendo o preso em regime mais grave do que aquele em que ele deveria estar, do que deixá-lo em regime mais brando, o que não pode ser considerado impunidade, pois se a falha é do Estado, que não tem estrutura para receber o preso conforme diz a lei, é o Estado quem vai ter que responder por isso e não o preso. O excesso de punição, como demonstrado, até mesmo com a evolução histórica, não faz com que a criminalidade acabe e, algumas vezes, pode até mesmo ter efeito contrário.

Com a situação deplorável em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro atualmente, se tem como consequência rebeliões de presos, violência nos estabelecimentos prisionais, dentre outros problemas gerados pela superpopulação carcerária. Não é somente no regime semiaberto que não há vagas, como os estabelecimentos prisionais em todo o País se encontram superlotados. Isso é desumano e os presos não tem seus direitos respeitados, as condições de tratamento dentro dos estabelecimentos prisionais são precárias e não corresponde com a previsão legal, o que só colabora para a formação de um grupo sem esperança e cada vez mais violento. Colocar no regime mais brando, quando não há vagas, não quer dizer impunidade, pois a pessoa ainda assim vai cumprir pena, mas de forma que lhe sejam garantidos os direitos que não podem em hipótese alguma ser retirados, mantendo sua dignidade, e tendo chance ainda de haver além da punição também a reabilitação, que acaba sendo esquecido como um dos objetivos da pena, os condenados deveriam encontrar nos estabelecimentos prisionais uma chance de serem reintegrados na sociedade, o que não ocorre.

O Brasil necessita de alto investimento no sistema penitenciário, que se encontra falido e descuidado, a atenção que tem atraído, no entanto, é grande, pois a medida que o problema vai se agravando vão haver mais problemas decorrentes disso, tal como as rebeliões. Casos como o do Mensalão também chamam a atenção para o problema, e só assim talvez seja possível a população se conscientizar da necessidade de resolver essa situação. Enquanto providencias não são tomadas as penitenciárias vão ficando cada vez mais cheias, as condições mais precárias, esta sendo criada uma “bomba”, que uma hora vai explodir e, talvez quando isso acontecer, passara a existir mais interesse em realmente resolver a situação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei n. 7210 de 11 de julho de 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPOS, Ana Maria. VALADARES, João. ALMEIDA, Kelly. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/09/02/interna_politica,385753/obra-em-penitenciaria-e-feita-sob-medida-para-abrigar-mensaleiros.shtml. Acesso em 29/09/2014.

CAPEZ, Fernando. **Código penal comentado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **A capitalização do tempo social na prisão**: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade. São Paulo: Método: IBCCRIM, 2008.

COISSI, Juliana. MAIA, Dhiego. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/03/1425271-superlotacao-em-presidios-aumenta-em-17-estados-e-distrito-federal.shtml>. Acesso em 20/09/2014.

DEPEN. Disponível em: <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/ABRIL2012.pdf>. Acesso em 21/09/2014.

DIÁRIO DO PODER. Disponível em: <http://www.diariodopoder.com.br/noticias/stf-deve-manter-execucao-de-penas-dos-condenados/>. Acesso em 21/09/2014.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 36 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MADER, Helena. Disponível em: http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2014/03/27/interna_cidades_df,419725/agentes-do-centro-de-progressao-penitenciaria-sao-condenados-por-corrupcao.shtml. Acesso em 21/09/2014.

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1**: parte geral. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MUAKAD, Irene Batista. **Prisão albergue**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

SHECAIRA. Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SINDASP. Disponível em: <http://www.sindasp.org.br/Pagina.aspx?IdNoticia=3567>. Acesso em 21/09/2014.

STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=270042>. Acesso em 26/09/2014.

STF - RE: 641320 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 27/03/2012, Data de Publicação: DJe-065 DIVULG 29/03/2012 PUBLIC 30/03/2012.

STJ - RHC: 5296 RJ 1996/0009055-6, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 25/03/1996, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/06/1997.

VIEIRA, Lucas. SOARES, Raquel. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/09/veja-cronologia-de-fugas-mortes-e-rebelioes-no-complexo-de-pedrinhas.html>. Acesso em 21/09/2014.

ZAFFARONI, E. Raul. BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral – volume 1**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.