

INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objeto o estudo detalhado dos regimes carcerários adotados pelo direito brasileiro, quais sejam: o *regime fechado* (quando é fixada pena privativa de liberdade acima de oito anos), o *regime semiaberto* (a pena privativa de liberdade a ser cumprida é superior a quatro anos e inferior ou igual a oito anos) e o *regime aberto* (a pena privativa de liberdade fixada é igual ou abaixo de quatro anos). O trabalho tem por objetivo, inicialmente, vislumbrar um aspecto geral do tema no direito brasileiro, apontando as diversas opiniões e conceitos formulados pelos autores. Em seguida, estudar as peculiaridades do assunto, a fim de analisar detalhadamente os aspectos controversos do instituto e seus desdobramentos, aplicados no dia a dia em todo o país. Conceber, com base na metodologia bibliográfica, comparativa e histórica, um esquadramento minucioso a partir das dissensões jurisprudenciais e doutrinárias pertinentes ao tema e verificar os efeitos que poderão ser produzidos, com base na adoção da legislação pertinente ao assunto.

Para a realização deste trabalho, além da revisão bibliográfica, baseou-se no levantamento de casos do dia a dia. Selecionaram-se as questões norteadoras mais polêmicas e controversas e sobre elas o autor se debruça para estudá-las, analisá-las e auferir opiniões e sugestões em relação à aplicação das normas pertinentes ao tema ora estudado.

1 DISPOSIÇÕES GERAIS

Toda vez que uma pessoa sofre uma condenação a uma pena privativa de liberdade (pena corporal), o juiz que a sentenciou deverá fixar o *quantum* da pena e estipular o regime inicial de seu cumprimento. Para tanto, o magistrado deverá observar a gravidade do crime, conduta social do autor do delito, além de outras circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal. A execução da pena visa precipuamente reprimir a ação delituosa, mas, acima de tudo, tem a finalidade de demonstrar à sociedade que o crime não compensa, servindo também a punição para prevenir futuros ilícitos penais. Visa, portanto, a execução da pena a punição e a reintegração do criminoso no seio social, assim como a prevenção do cometimento de futuros atos delituosos, ou seja, a pena presta-se a prevenir, punir e ressocializar. Transitada em julgado a sentença condenatória, cabe ao condenado o cumprimento da pena estipulada nos exatos termos da decisão, isto é, inicia-se a execução da pena (após a expedição da guia de recolhimento) em conformidade e na proporção de sua condenação. Se for aplicada ao sentenciado pena corporal, não substituída por restritivas de direito, multa ou suspensão condicional da pena, é garantido ao réu que inicie o seu cumprimento no regime fixado na sentença e nunca em regime mais gravoso, sob pena de constrangimento ilegal, que pode ser rebatido por meio de *habeas corpus*.

Os regimes carcerários somente serão aplicados às penas de reclusão e detenção, pois são estas as penas privativas de liberdade. Com efeito, o artigo 33 do Código Penal (que está contido na seção “DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE”) preceitua que “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

Como no Brasil não se admite a aplicação da pena de morte e da pena de caráter perpétuo, é fácil concluir que o condenado, mais cedo ou mais tarde, retornará ao convívio social. Sabendo-se que o retorno ao meio social, portanto, é inevitável, a Lei de Execução Penal obrigou o Estado que puniu a realizar a reintegração social do condenado. Isso significa dizer que dentro da prisão o criminoso deverá ter à sua disposição um tratamento humanista, educação, saúde, trabalho e principalmente o direito de reaproximação com a família, caso contrário não será possível conseguir a sua ressocialização.

Existem três clássicos sistemas penitenciários: o *sistema penitenciário de Filadélfia*, segundo o qual o condenado cumpre a pena na cela, sem dela sair, salvo em raras e excepcionais situações; o *sistema penitenciário de Auburn*, em que durante o dia o preso trabalha em silêncio junto com os outros, havendo isolamento no período noturno; e o *sistema penitenciário inglês ou progressivo*, segundo o qual há um período inicial de isolamento. Com o passar do tempo, o apenado começa a trabalhar junto com os outros detentos, e por último é colocado em liberdade condicional.

A legislação brasileira não adotou necessariamente o sistema progressivo, mas um sistema de cumprimento de pena de forma progressiva, com vistas à reintegração do criminoso ao convívio social. Nesse sentido, o artigo 33, § 2º do Código Penal afirma que “as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado”.

A progressão de regimes prisionais está prevista no artigo 112 da LEP, segundo o qual, a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

A progressão se dá quando presentes os requisitos objetivos e os requisitos subjetivos. O requisito objetivo é o cumprimento de pelo menos um sexto da pena aplicada, na generalidade dos crimes; se se tratar de crimes hediondos ou assemelhados, o condenado deverá cumprir pelo menos dois quintos da pena, caso seja primário e três quintos se for reincidente, por força do disposto na Lei n. 11.464/2007. O requisito subjetivo é a boa conduta carcerária do preso, comprovada por atestado firmado pelo diretor do presídio. Para a progressão não basta apenas um, mas a existência simultânea dos dois requisitos.

2 REGIME FECHADO

Os condenados a reclusão em regime fechado deverão cumprir a pena em penitenciária de segurança máxima ou média e serão alojados em cela individual, provida de dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo ser observados como requisitos básicos de cada unidade celular a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, bem como uma área mínima de seis metros quadrados.

Portanto, será a penitenciária destinada ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado (LEP, art. 130). Disso decorre ser manifestamente ilegal o cumprimento de detenção ou prisão simples em regime fechado, assim como será incorreto o cumprimento de pena fixada em regime semiaberto ou aberto em celas de penitenciárias.

Considera-se regime fechado quando a execução da pena é efetivada em estabelecimento de segurança máxima ou média, regime semiaberto se a execução da pena se dá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e regime aberto quando a pena é executada em Casa do Albergado ou estabelecimento adequado (CP, art. 33, § 1º).

O apenado que cumpre pena em regime fechado fica sujeito ao trabalho no período diurno e isolado durante o repouso noturno. O trabalho, no interior do estabelecimento penal, será em comum, de acordo com as aptidões e ocupações anteriores do preso, sendo também admissível o trabalho externo, desde que seja prestado em serviços ou obras públicas. Em ambos os casos (trabalho interno e externo) deverá haver compatibilidade com a execução da pena (art. 34, CP).

Nos moldes da Lei de Execução Penal, as penitenciárias e as cadeias públicas terão, necessariamente, as celas individuais, porém, o que ocorre, na realidade, é o desrespeito a essa norma, por falta de adequação na maioria dos presídios do País. Nesse sentido, transcreve-se abaixo trecho de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte[1] (TJ/RN):

“[...] É público e notório que o sistema carcerário brasileiro ainda não se ajustou à programação visada pela LEP. Não há, reconhecidamente, presídio adequado ao idealismo programático da LEP. É verdade, em fase de carência absoluta nos presídios, notadamente no Brasil, os apenados recolhidos sempre reclamam mal-estar nas acomodações, constrangimento ilegal e impossibilidade de readaptação à vida social. Por outro lado, é de se sentir que, certamente mal maior seria a reposição à conveniência da sociedade de apenado não recuperado provavelmente, sem condições de com ela coexistir”.

O sentenciado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da pena.

Iniciado o cumprimento da pena em regime fechado, o apenado se sujeitará ao trabalho em comum no período diurno e isolamento noturno, tendo direito à transferência para os regimes semiaberto e aberto, sucessivamente, e, posteriormente, ao livramento condicional. Aplicam-se as mesmas regras ao condenado que inicia o cumprimento da pena em regime semiaberto, exceto o isolamento noturno.

O Código Penal brasileiro determina que o preso para cumprimento de pena em regime semiaberto também deverá ser submetido a exame criminológico no início da execução (art. 35), no entanto, a Lei de Execução Penal preceitua que a submissão a tal exame é simples faculdade do juiz (art. 8º, parágrafo único). Como as duas normas jurídicas foram editadas na mesma data (11/07/84), diante do conflito das duas normas, entende-se prevalecer a mais favorável ao preso, ou seja, trata-se de simples faculdade do juiz da execução.

Quanto aos objetivos da execução penal, existem três grandes teorias: *Teoria absoluta*, *teoria relativa* e *teoria mista* ou *eclética*. A teoria absoluta tem por finalidade o caráter tão somente retributivo. Significa que ao Estado caberá impor a pena como uma forma de retribuir ao criminoso o mal por ele praticado. Por essa teoria, a pena se revela mais como um mecanismo de vingança do que de justiça efetiva, prevenção ou proteção à sociedade. A função de retribuição da pena representa a imposição de

um mal justo contra o mal injusto do crime, é a aplicação de uma pena com a finalidade de punir o agente pelo ato ilícito que o mesmo cometeu. A sociedade, em geral, encontra nesta função a esperada *justiça*, é como se fosse uma espécie de *pagamento*, em que o infrator responde pelo delito que praticou com uma pena equivalente ao ato injusto cometido, para que o mesmo *pague* pelo dano que causou. A retribuição, nessa hipótese, é um meio de compensar um mal (o crime) com outro mal (a pena).

A teoria relativa, diferentemente da teoria absoluta, presta-se a prevenir a ocorrência de novos atos delituosos. Para essa teoria é irrelevante a punição (retribuição).

Possui somente cunho preventivo, no sentido de evitar o cometimento de novos delitos. A prevenção contida nessa teoria poderá ser prevenção geral e prevenção especial, o que será analisado logo a seguir no estudo da teoria mista ou eclética. Adotada pelo direito brasileiro, a teoria mista ou eclética, retrata uma síntese das duas teorias acima analisadas. Apregoa que a execução da pena seja capaz de retribuir ao criminoso o mal por ele praticado, desestimulá-lo da prática de futuras infrações penais, além de prepará-lo para o convívio em sociedade.

A execução penal, nos termos da Lei de Execução Penal, tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (art. 1º). Numa interpretação acurada do dispositivo legal acima transcrito, entende-se que a *execução penal* não está restrita à execução da pena, mas abrangendo também a execução da medida de segurança. Dessa forma, a execução penal (conforme disposição legal) visa fazer cumprir o que determina a sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, bem como proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Para uma melhor compreensão didática do artigo 1º da LEP, desmembrou-se a execução penal em *execução da pena* e *execução da medida de segurança*, as quais possuindo objetivos distintos. A execução da medida de segurança tem por fim, essencialmente, a prevenção, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais. Como a medida de segurança somente poderá ser aplicada a pessoas com deficiência mental (inimputáveis), a sua execução também tem por fim curar o internado, por meio de tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

A execução da pena, por sua vez, tem por objetivo retribuir, prevenir e ressocializar. A execução da pena em caráter retributivo será imposta ao condenado como retribuição ao ato ilícito por ele cometido, consistente na diminuição de um bem jurídico, e visa evitar o cometimento de novas infrações penais. A execução da pena com finalidade preventiva, no sentido de evitar a prática de novos ilícitos penais, pode ser: a) prevenção geral, que consiste em intimidar todos os destinatários da norma penal, objetivando impedir que todos os membros da sociedade pratiquem crimes. Essa espécie de prevenção tem por objetivo motivar seus destinatários a se absterem de praticar novos delitos, ou seja, o Estado espera desestimular pessoas de praticarem crimes pela ameaça da pena; b) prevenção específica, segundo a qual, a pena visa o detento condenado, retirando-o do seio social, coibindo-o de práticas delituosas e tentando corrigi-lo.

A integração social do condenado é de responsabilidade do Estado e da sociedade em geral e consiste na preparação do apenado para o convívio no meio social, proporcionando a ele cursos, palestras, culto religioso etc., a fim de reinseri-lo, como uma pessoa normal, no seio da sociedade. Ocorre que a maioria das instituições penais não cumpre o disposto na Lei de Execução Penal (artigo 83), o que dificulta a ressocialização dos detentos, tendo em vista que é a através da assistência moral e educacional, do trabalho, da recreação, de um espaço com condições adequadas para sobrevivência digna, que será possível o processo de reinserção dos mesmos na sociedade.

Conforme nos ensina o professor Damásio de Jesus[2], “(...) a pena é retributiva-preventiva, tendendo hoje a readaptar à sociedade o delinquente (...)”. Portanto, a execução penal deverá objetivar a punição (retribuição) e a reintegração do criminoso no seio social, assim como a prevenção do cometimento de futuros atos delituosos, ou seja, a pena visa punir (retribuir), ressocializar e prevenir.

2.1 Regime integralmente fechado

A redação original da Lei n. 8.072/90 (Lei dos crimes Hediondos) previa que a condenação pela prática de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e o terrorismo deveria ser cumprida em regime *integralmente* fechado (art. 2º, § 1º).

No entanto, em março de 2006, o plenário do STF, julgando o HC 82959/SP (relator Min. Marco Aurélio), declarou inconstitucional o § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, o que permitiu a progressão de regime no cumprimento de pena pela prática de crimes hediondos ou assemelhados. Por essa razão, em 2007 foi editada a Lei n. 11.464, que alterou o art. 2º, § 1º da Lei dos crimes Hediondos, substituindo e expressão *integralmente* pela expressão *inicialmente*. Com essa modificação, acabou definitivamente com o regime integralmente fechado.

Ocorre que, mesmo com as referidas alterações, o artigo 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, continuou apresentando vício de inconstitucionalidade, pois previa que o cumprimento de pena pela prática de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins e o terrorismo deveria ser cumprida em regime *inicialmente* fechado.

Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal declarou, em 27/06/2012, a inconstitucionalidade do aludido dispositivo (artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90), quando do julgamento do HC 111840/ES, cujo relator foi o Ministro Dias Toffoli. Desde então, o regime inicial nas condenações pela prática de crimes hediondos ou equiparados não tem que ser necessariamente o fechado, podendo ser o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do art. 33 do CP. Nessa esteira, poderá o juiz sentenciar o réu, por tráfico de drogas, a oito anos de reclusão e estipular o regime inicial semiaberto.

3 REGIME SEMIABERTO

Referente ao regime semiaberto, conhecido também como regime intermediário, a lei autoriza saídas externas ao sentenciado, sem vigilância, 28 vezes por ano, cabendo ao estado pôr à sua disposição, dentro da prisão, trabalho e educação. No regime semiaberto a pena deve ser cumprida em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo ser o condenado alojado em compartimento coletivo, observados os mesmos requisitos de salubridade de ambiente exigidos na penitenciária (art. 91 e 92,

LEP). São requisitos básicos das dependências coletivas: seleção adequada de presos; limite de capacidade máxima que atenda aos objetivos da individualização da pena (art. 92, parágrafo único, LEP).

No início do cumprimento da pena em prisão semiaberta, o sentenciado poderá ser submetido a exame criminológico de classificação para a individualização da pena. Em que pese o artigo 35 do Código Penal prever obrigatoriedade da submissão ao referido exame, a LEP (art. 8º) preceitua que é apenas simples faculdade do juízo da execução. Como as duas normas jurídicas foram editadas na mesma data (11/07/84), diante do conflito, entende-se prevalecer a norma mais favorável ao preso, ou seja, trata-se de simples faculdade do juiz da execução.

O preso ficará sujeito a trabalho comum no período diurno em colônia agrícola, industrial ou similar, podendo também trabalhar fora da instituição penal, bem como a frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

As instituições carcerárias semiabertas mostram-se bem mais gratificantes para o preso que o regime fechado, tendo em vista que o apenado, assim, retoma o gosto pela vida e cultiva os benefícios da convivência social. Devido ao fato de que a maioria dos criminosos provém dos grandes centros urbanos, o legislador pátrio optou pela diversidade de estabelecimentos semiabertos, incluindo os industriais e similares. Neles os criminosos passam o dia trabalhando em hortas ou pequenas indústrias dentro dos muros da prisão. Eles passam o tempo todo sob supervisão, mas a sensação de estarem confinados é bem menor.

Feita a exposição legal das regras do regime prisional semiaberto, deve-se esclarecer que a realidade em nosso país é bem diferente. Isso porque, muito embora a lei determine que o governo construa estabelecimentos carcerários adequados a cada regime, até hoje (quase 30 anos depois), nosso país não dispõe ainda de instituições penais suficientes para a demanda de condenados.

Na dicção de Adeildo Nunes[3], a execução penal mandou que fossem construídas casas de albergados, onde o condenado pudesse exercer uma atividade laborativa durante o dia, com recolhimento noturno, até que tivesse ele condições materiais para viver em absoluta independência. Ocorre, todavia, que essas casas jamais foram implementadas no Brasil, embora a lei autorizadora seja de 1984, num completo desrespeito à ordem pública e à dignidade do preso.

Decorre da Lei de Execução Penal (art. 91 e 92) que o cumprimento da pena de prisão em regime semiaberto deverá ser em colônia agrícola, colônia industrial ou similar. Nesse tipo de instituição carcerária, o preso poderá ser instalado em compartimento coletivo, devendo ser observada a salubridade do ambiente pela presença simultânea dos fatores de ventilação, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana (art. 88, parágrafo único, a, LEP).

Nas palavras de Cezar Roberto BITENCOURT: “No regime semiaberto não há previsão para o isolamento durante o repouso noturno. Nesse regime, o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Aqui, no regime semiaberto, o trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada, ao contrário do que ocorre no regime fechado”.

Apesar do caráter categórico do texto legal, no Brasil, é perfeitamente perceptível a sucumbência do regime intermediário, que pode ser caracterizada por diversos fatores. A princípio, surge a ausência absoluta de instituições penais em quantidade suficiente para a demanda de sentenciados ao referido regime. Todos os dias milhares de condenados recebem sentença a ser cumprida no regime inicial semiaberto. No entanto, no âmbito da execução, imperando a ausência de vagas em estabelecimento adequado, a alternativa tem sido determinar que se aguarde vaga recolhido em prisão destinada ao regime fechado, em absoluto confronto com a Lei n. 7.210/84.

É muito comum ocorrer que o apenado que deveria cumprir sua sentença desde o início em regime semiaberto acabar cumprindo quase a totalidade da pena em regime fechado. E pior ainda, às vezes o preso aguarda a vaga para o sistema intermediário na cadeia pública, não usufruindo, portanto, dos direitos proporcionados aos que cumprem pena em regime semiaberto. O cerceamento de um desses direitos, por exemplo, decorre do art. 122 da LEP, que afirma: “os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta...”. De acordo com o preceito acima, o preso, mesmo tendo direito a cumprir pena em regime semiaberto, mas se encontra em regime fechado aguardando vaga, não teria direito às saídas temporárias.

Entende-se, nessa hipótese, que a interpretação é deveras equivocada, apesar de com ela comungarem alguns juizes e promotores de execução, o que acarreta flagrante profanação de direito assegurado ao preso, que termina por ser privado, novamente, de um direito seu, em virtude da desídia do Estado, que não disponibiliza vagas suficientes para o regime semiaberto.

Isso porque as poucas colônias estão quase sempre lotadas, não havendo vagas suficientes para acolher todos os presos em regime semiaberto. Como os condenados ao regime semiaberto não podem ser prejudicados pela ineficiência do Estado em construir e manter colônias, e como o trabalho é um direito do preso em regime semiaberto, a Justiça teve de encontrar um subterfúgio: tratar quem está em regime semiaberto como se estivesse em regime aberto. Ou seja, em vez de o criminoso passar o dia trabalhando na colônia, ele passa o dia trabalhando fora, com o resto da população. Mas esse não é um direito automático. Se houver vagas em colônias daquela unidade federativa, os presos em regime semiaberto naquele Estado não podem simplesmente exigirem trabalhar fora. Esse direito só existe quando não há lugar para ele nas colônias agrícolas, industriais ou similares.

Em relação ao tema, assim entendeu o professor Renato Marcão[4]:

Diante da realidade em que vivemos, e considerando que a execução é *pro societate*, e não *pro reo*, o melhor entendimento, e que deve ser seguido, orienta-se pela não configuração de constrangimento ilegal da hipótese da ausência momentânea de vaga em estabelecimento semiaberto e conseqüente permanência no regime fechado no aguardo de vaga para transferência.

Nesse mesmo sentido decidiu o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo[5] (TACrimSP), conforme trecho do julgado abaixo transcrito:

A execução penal não tem como sujeito passivo o réu, e sim, o criminoso, assim declarado por sentença definitiva de mérito, transitada em julgado. Daí não caber, em

nível de execução, qualquer maneira de interpretar, ou *tomada de posição* em favor do criminoso e contra o interesse da parte sadia e ordeira da sociedade.

No entanto, o posicionamento da doutrina majoritária, à qual este trabalho se amolda, é contrário ao entendimento acima exposto, pois o réu condenado a regime semiaberto não pode ser mantido em regime fechado, sob o pretexto oficial de que não há vaga na instituição penal para a qual ele foi designado em sentença. Essa hipótese é de constrangimento ilegal, que pode ser sanada com impetração de *habeas corpus*. A ausência de vagas em instituições carcerárias constitui desídia da Administração Pública, e que o apenado não pode ter sua pena e regime prisional modificado para pior em razão de inércia do Estado.

Esse posicionamento foi consolidado, respectivamente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[6], do Superior Tribunal de Justiça[7] e dos Tribunais de Justiça Estaduais, conforme ementas abaixo transcritas:

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

A Corte Superior tem entendido pela concessão do benefício da prisão domiciliar, a par daquelas hipóteses contidas no artigo 117 da Lei de Execução Penal, àqueles condenados que vêm cumprindo pena em regime mais gravoso do que o estabelecido na sentença condenatória, por conta da ausência de vaga em estabelecimento compatível.

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. CARÁTER EXCEPCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS HARMÔNICAS CONFORME DETERMINAÇÃO DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. PRECEDENTES. INADMISSIBILIDADE DE PERMANÊNCIA EM REGIME MAIS GRAVOSO. RECURSO DESPROVIDO.

Ante a concreta impossibilidade de harmonização com o regime semiaberto (item 7.3.2 do Código de Normas), em decorrência da ausência de recursos materiais e humanos necessários para garantir a segurança e controle da cadeia pública local, o paciente deve, excepcionalmente, aguardar em regime de prisão domiciliar a remoção para estabelecimento compatível com o regime semiaberto.

Com esse mesmo entendimento se posicionou o Desembargador Miguel Pessoa[8], do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em seu voto, dizendo que “Solução fácil não é. Exigir-se, porém, a implantação se não há vagas, foge a razoabilidade; criar condições diferenciadas para o recolhimento noturno é muito difícil em algumas comarcas; manter o condenado em regime mais rigoroso é inaceitável”.

Celso DELMANTO e outros doutrinadores sustentam, inclusive, a inconstitucionalidade de aguardar vaga em regime mais gravoso:

Em face das garantias da individualização da pena (CRFB, art. 5º, XLVI), complementada pelo art. 5º, XLVIII que determina que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, e da coisa julgada

(art. 5º, XXXVI), é inconstitucional exigir, como pressuposto para a expedição da guia de recolhimento, a prisão do condenado em regime mais gravoso para, somente depois, verificar-se a existência de vaga no regime semiaberto ou aberto judicialmente fixado em decisão transitada em julgado. Não havendo vagas em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, previstos para o regime semiaberto, há de se conceder a prisão domiciliar enquanto aquela falta perdurar. Para NAGIMA e PONTES[9] “(...) inexistindo vagas no regime de execução da pena fixado na sentença condenatória transitada em julgado, ou determinada para os casos de progressão, deve o condenado, em caráter excepcional, aguardar vaga em regime mais benéfico, pois não se pode impor, ao réu, regime mais gravoso, sob pena de infringir a Constituição Federal e demais normas vigentes (Código Penal, Lei de Execução Penal, Código de Normas), causando-lhe flagrante constrangimento ilegal, a dizer, não pode o Estado querer responsabilizar o condenado por sua própria inércia”.

Com efeito, na falta de vagas em estabelecimento adequado, será concedido, em caráter excepcional e temporário, o regime mais benéfico ao condenado, sabendo que, em hipótese nenhuma, poderá aguardar vaga em regime mais rigoroso, para que não reste caracterizado constrangimento ilegal. O principal fundamento é que o sentenciado não pode ser punido pela falta de estrutura estatal, isto é, o Estado não pode, pela sua própria inércia, responsabilizar o apenado frente à escassez de estabelecimentos prisionais. O Estado, na qualidade de detentor da responsabilidade pelas instituições penais deveria empreender a criação de novos estabelecimentos e melhorar a estrutura e infraestrutura dos estabelecimentos já existentes.

4 REGIME ABERTO

O regime aberto tem fundamento na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, fora da instituição penal e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada. A prisão em regime aberto deverá ser cumprida na Casa do Albergado, onde o condenado fica recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga. A Casa do Albergado deverá conter, além dos aposentos para os presos, lugar adequado para cursos e palestras e instalações para os serviços e fiscalização e orientação dos condenados (art. 95, LEP). Vale ressaltar que a Casa do Albergado não é destinada apenas ao cumprimento da pena em regime aberto, mas também à pena de limitação do final de semana, nos exatos termos do artigo 93 da Lei de Execução Penal.

A grande vantagem do sistema prisional aberto é representada na obrigatoriedade de o preso trabalhar, preparando-o para o momento em que deixe a prisão definitivamente. A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (art. 119 da Lei de Execução Penal).

As regras gerais do regime carcerário aberto são:

- O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado;
- O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. O trabalho no regime aberto não dá direito à remição;

- O condenado será transferido do regime aberto (para regime mais rigoroso), se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. A condenação por crime anteriormente praticado, desde que a nova soma torne incompatível o regime aberto, também conduz à regressão (para regime mais severo).

O regime aberto é cumprido em Casa do Albergado ou estabelecimento adequado. E onde não houver, o condenado passa para o regime domiciliar (entendimento jurisprudencial pacífico). Ainda, as autorizações de saída devem ser: permissão de saída (Lei de Execução Penal, art.120 e 121) e saída temporária (Lei de Execução Penal, art. 122 a 125). A primeira só é possível em situações de urgência (tratamento médico, luto etc.) e vale para todos os regimes. A segunda é exemplo de direito premial (visita à família, saída de natal etc.). A saída temporária exige o cumprimento de um sexto da pena, se primário, ou um quarto, se reincidente (computando-se a pena cumprida no regime fechado, consoante a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça), além de comportamento adequado.

Lamentavelmente, é conhecida a péssima estrutura de nosso sistema carcerário, bastante divergente das regras estabelecidas pela Lei de Execução Penal, não se logrando êxito em aplicar as determinações para o fiel e justo cumprimento da pena aplicada ao condenado.

A legislação preceitua que, ao condenado a uma pena superior a oito anos de reclusão ou detenção ser-lhe-á imposto, como regime inicial, o fechado; para o condenado a uma pena privativa de liberdade superior a quatro e inferior ou igual a oito anos, regime inicial semiaberto, desde que não seja reincidente. Por fim, a um condenado não reincidente a uma pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão ou detenção, aplica-se o regime inicial aberto.

No que lhe diz respeito, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, conforme artigo 36 do Código Penal. Sendo assim, a pena é cumprida na Casa do Albergado, cujo estabelecimento necessita se localizar em um centro urbano, separado de outros prédios, conter aposentos para os presos, além de local adequado para se ministrar cursos e palestras e, principalmente, não pode conter obstáculos físicos contra a fuga, sendo certo, ainda, que cada região tenha, pelo menos, uma Casa do Albergado (art. 94 e 95, LEP).

Como já apontado acima, a quase absoluta ausência de instituição penal do gênero tem impossibilitado, na maioria das vezes, o cumprimento de tais sentenças conforme o desejo da legislação, já que passam a ser cumpridas em regime domiciliar, contrariando a literalidade da lei, quase sempre, sem outra alternativa para os juízes e promotores que atuam na execução penal.

Ademais, fora do albergue e sem vigilância, o condenado deverá trabalhar, frequentar curso ou exercer qualquer outra atividade autorizada, com a obrigatoriedade de se recolher à Casa do Albergado no período noturno e nos dias de folga (art. 36, Parágrafo 1º, CP). Porém, nos exatos termos do artigo 114, parágrafo único da LEP, maiores de 70 anos de idade, pessoas portadoras de moléstia grave, aquelas que possuam filhos menores ou portadores de deficiência e gestantes poderão ser dispensados do trabalho.

Além disso, o ingresso do preso no regime aberto pressupõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo magistrado, sendo que somente pode

ingressar nessa modalidade de regime o condenado que estiver trabalhando (ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente) e apresentar, em razão de seus antecedentes ou do resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá se ajustar ao novo regime, de acordo com os dois paradigmas do regime aberto: autodisciplina e senso de responsabilidade.

Por derradeiro, o regime aberto depende da obediência de condições, que se dividem em duas: legais (ou gerais) e judiciais (especiais). A primeira é um rol apontado pelo artigo 115 da LEP. A segunda pode ser estabelecida discricionariamente pelo juiz, atendendo-se, evidentemente, às condições legais (art. 116, LEP).

De tal maneira, a ideia que prevalece é a de que todas essas regras do regime aberto trazidas pela legislação não podem, em sua maioria, ser aplicadas na prática. Isso porque são raríssimas as Casas do Albergado em território nacional e, mesmo onde se pode encontrá-las, verifica-se precária situação de alojamento.

Assim sendo, forçosamente, iniciam-se embates jurídicos acerca da maneira mais fiel de cumprimento de pena que se pode alcançar, sem ferir os princípios da Lei de Execução Penal. O juízo das execuções deverá encontrar alternativas plausíveis quanto ao condenado a regime aberto onde não existe a Casa do Albergado ou, então, quando ela não se encontra em condições de abrigo.

A jurisprudência, bem como muitos doutrinadores, tem sugerido a colocação do condenado em regime de prisão domiciliar. Ocorre que, pela leitura pura e simples da Lei de Execução Penal, realizando-se uma interpretação meramente literal, tem-se não ser possível a prisão domiciliar nesse caso, pois seu artigo 117 é claro e traz um rol taxativo: apenas condenados maiores de 70 anos, condenados acometidos de moléstia grave, condenadas com filho menor ou deficiente físico ou mental e gestante. Inclusive, foi esse o entendimento do Ministro Celso de Mello[10], no HC 87985.

Desse modo, conforme entendimento do STF, o condenado deve aguardar em liberdade a disponibilização pelo Poder Público da vaga em Casa do Albergado. Caso demore muito o surgimento de vaga para o referido regime e se atinja o prazo prescricional da pretensão executória, verifica-se a extinção da punibilidade, nos exatos termos do artigo 107, IV do Código Penal.

No entanto, de maneira diversa, o STJ entendeu que o condenado a regime aberto deve cumprir a pena na Casa do Albergado e, na sua falta, ser colocado em prisão domiciliar.

Em decisão oriunda do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, discutiu-se uma situação diversa: existência da Casa do Albergado sem condições mínimas para ensejar o cumprimento de pena em regime aberto. O referido Tribunal entendeu que o condenado a cumprimento de pena em regime aberto deveria cumprir sua pena em Casa do Albergado, porém, se esta não possui as condições mínimas adequadas, o preso deverá cumprir sua pena em regime aberto na modalidade prisão domiciliar. Desse modo, pode-se perfeitamente aceitar que, em razão da má gestão da Administração Pública, que não atende aos comandos mínimos para ressocialização do condenado, seja a pessoa sentenciada a cumprir pena em regime aberto (ou mesmo atinja a progressão de regime) colocada em prisão domiciliar, fora dos casos do artigo 117, LEP, uma vez que o Poder Judiciário também tem por finalidade

controlar as omissões da Administração, conforme o Sistema de Freios e Contrapesos.

O entendimento adotado por este artigo se fundamenta na vontade da lei e não em sua literalidade, de modo que o sentenciado a cumprir pena em regime aberto deverá cumpri-la na Casa do Albergado, porém, na falta ou deficiência desta o preso deverá cumprir sua pena em prisão domiciliar.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[11], no julgamento do HC n. 153494, no qual garantiu ao apenado a regime aberto prisão domiciliar, tendo em vista a precária situação do sistema carcerário local. Concluiu o referido tribunal que o condenado deveria cumprir sua pena em regime aberto, na modalidade prisão domiciliar, na inexistência de Casa do Albergado ou quando esta não apresentar condições adequadas ao abrigo do preso. Entende-se que tal decisão torna-se bastante razoável e interpreta corretamente o espírito da lei e seu alcance para os casos em que a Casa do Albergado não reúne condições mínimas de abrigar o condenado.

O STJ[12], referente ao tema, no julgamento do REsp n. 321807/SP, asseverou que, “ou o Estado se prepara para a execução penal, como prescrita em lei, ou juiz terá que encontrar soluções para os impasses. E uma destas é a prisão domiciliar, se o condenado faz jus à prisão-albergue, por aplicação analógica do art. 117 da Lei de Execução Penal, quando inexistir casa do albergado ou outro local adequado”.

Significa dizer que, se o condenado estiver em localidade, onde não haja casa de albergado ou esta não apresente as condições mínimas para ensejar o cumprimento de pena em regime aberto, é possível o início do cumprimento da pena imposta em prisão-albergue domiciliar, em caráter excepcional, a fim de se evitar o constrangimento ilegal. Apenas lembrando que, continua sendo cumprimento de pena e há algumas regras, portanto se o apenado for pego fora de casa durante os períodos definidos para recolhimento, o regime será revogado. (Por exemplo: está na rua, de madrugada, bebendo, como uma pessoa normal, toma o enquadramento pela polícia e será levado por quebra de benefício).

Nos termos do artigo 5º, XLVIII, da Constituição Federal de 88, o cumprimento da pena deverá ser feito em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, assegurando-se às presidiárias condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

A legislação infraconstitucional assegura às mulheres regime especial para a execução da pena privativa de liberdade. O artigo 37 do Código Penal preceitua que elas cumprirão pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal e as demais regras concernentes às penas privativas de liberdade. A Lei de Execução Penal, em seu artigo 89, determina que, além dos requisitos básicos de cada unidade celular, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir o menor desamparado cuja responsável esteja presa.

O artigo 82 da Lei de Execução Penal, alterado pela Lei n. 9.460/97, garantiu também aos idosos (maiores de sessenta anos) o cumprimento de pena em instituições próprias e adequadas à sua condição pessoal. Em consonância com essa regra, a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), confirmou a idade mínima de sessenta anos para que o apenado faça jus ao referido benefício.

A concessão de execução especial de pena em prisão domiciliar será admitida exclusivamente a quem tiver que cumprir pena em regime aberto, desde que o condenado seja maior de setenta anos ou esteja acometido de doença grave. Contempla o mesmo benefício a condenada gestante ou que tenha filho menor ou deficiente físico ou mental (art.117, LEP). Isso possibilita, portanto, que um condenado a uma pena privativa de liberdade, satisfazendo os requisitos da lei acima elencados, poderá cumprir a reprimenda em seu domicílio, em substituição ao ambiente carcerário.

Ademais, nos exatos termos do artigo 114, parágrafo único da Lei de Execução Penal, os condenados maiores de 70 anos de idade, as pessoas portadoras de moléstia grave, aquelas que possuam filhos menores ou portadores de deficiência e gestantes poderão ser dispensados do trabalho. Ressalte-se, todavia, que essa regalia será concedida aos beneficiários acima elencados, somente se os mesmos forem condenados a cumprir pena em regime aberto.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo estudar e analisar os regimes prisionais adotados no direito pátrio, quais sejam: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. O trabalho, inicialmente, vislumbrou um aspecto geral do tema no direito brasileiro, apontando as diversas opiniões e conceitos formulados pelos autores. Em seguida, apontaram-se as peculiaridades do assunto, detalhando os aspectos controversos do tema estudado.

Concluiu-se, ainda nas disposições gerais deste trabalho, que a execução da pena tem por objetivo retribuir, prevenir e ressocializar. A pena em caráter retributivo será imposta com o fim de retribuir ao condenado o mal por ele cometido, consistente na diminuição de um bem jurídico, e visa evitar o cometimento de novas infrações penais. A execução da pena com finalidade preventiva visa evitar a prática de novos ilícitos penais pelo autor do delito (prevenção especial) e intimidar todos os destinatários da norma penal, objetivando impedir que todos os membros da sociedade pratiquem crimes (prevenção geral). A integração social do condenado é de responsabilidade do Estado e da sociedade em geral e consiste na preparação do preso para o convívio no meio social, proporcionando a ele cursos, palestras educativas, cultos religiosos etc., a fim de reinseri-lo na sociedade.

Observou-se que na redação original da Lei n. 8.072/90 havia previsão de cumprimento de pena em regime *integralmente fechado*, pela condenação por prática de crimes hediondos ou equiparados. Entretanto, em março de 2006, o STF, no julgamento do HC 82959/SP, declarou a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, o que permitiu a progressão de regime no cumprimento de pena pela prática de crimes hediondos ou assemelhados. Em razão dessa decisão do STF, em 2007, o Congresso Nacional alterou a Lei n. 8.072/90, substituindo e expressão *integralmente* pela expressão *inicialmente*. Com essa modificação, acabou definitivamente com o regime integralmente fechado em nosso País. Entretanto, mesmo com as referidas alterações, a aludida lei continuou apresentando vício de inconstitucionalidade, pois previa que a pena pela prática de crimes hediondos ou similares deveria ser cumprida em regime *inicialmente* fechado. Mais uma vez (em 27/06/12) o STF declarou a inconstitucionalidade do indigitado dispositivo, no julgamento do HC 111840/ES. Desde então, o regime inicial nas condenações pela

prática de crimes hediondos ou semelhantes não tem que ser, necessariamente, o fechado, podendo ser o regime semiaberto ou aberto, desde que presentes os requisitos do artigo 33 do CP. Nessa esteira, poderá o juiz sentenciar o réu, por tráfico de drogas, a seis anos de reclusão e estipular o regime inicial semiaberto. Sustentou-se ainda a pública e notória sucumbência do regime semiaberto, que pode ser caracterizada por diversos fatores. A princípio, surge a ausência absoluta de instituições penais em quantidade suficiente para a demanda de sentenciados ao referido regime. Logo, no âmbito da execução, imperando a ausência de vagas em estabelecimento adequado, a alternativa tem sido determinar que se aguarde vaga recolhido em prisão destinada ao regime fechado, em absoluto confronto com a lei. Entendeu-se, neste trabalho, que o réu condenado a regime semiaberto não pode ser mantido em regime fechado, sob o pretexto oficial de que não há vaga na instituição penal para a qual ele foi designado em sentença. Essa hipótese é de constrangimento ilegal, que pode ser sanada com impetração de *habeas corpus*. A ausência de vagas em instituições carcerárias constitui desídia da Administração Pública, e que o apenado não pode ter sua pena e regime prisional modificado para pior em razão de inércia do Estado.

Referente ao regime aberto, entendeu-se que, se o condenado estiver em localidade, onde não haja Casa do Albergado ou esta não apresente as condições adequadas para o cumprimento da pena no respectivo regime, o preso deverá cumprir sua pena em regime aberto, na modalidade prisão domiciliar, podendo ficar em casa, como se solto estivesse. Apenas lembrando que, continua sendo cumprimento de pena e há regras, portanto, se ele é pego fora de casa durante os períodos definidos para recolhimento, o regime será revogado por quebra de benefício.

As teses apresentadas neste trabalho não esgotam o assunto, mas ampliam seu leque de abordagens. É necessário um maior aprofundamento técnico e discussão entre as instituições que estruturam as regras dos regimes carcerários, sempre em busca de melhoria na qualidade da prestação da tutela administrativa e jurisdicional e, em especial, de um entendimento sólido e uniforme das normas aplicáveis à matéria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal Brasileiro: Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Disponível em: . Acesso em: 01 fev. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988.

Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2014.

BRASIL. Lei n. 7.209, de 01 de julho de 1984. Disponível em: . Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 01 de julho de 1984. Disponível em: . Acesso em: 12 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 153494. Relator: Min. Celso Lemongi. Disponível em: . Acesso em: 18 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 162054. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: . Acesso em: 05 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 321807. Relator: Min. Assis Toledo. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 87985. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: . Acesso em: 21 jan. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94526. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: . Acesso em: 08 fev. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<http://jus.com.br/973618-irving-marc-shikasho-nagima/publicacoes>

NAGIMA, Irving Marc Shikasho; PONTES, Valdemir Anselmo. *Da ausência de vagas no regime semiaberto*. Disponível em: . Acesso em: 04 fev. 2014.

NUNES, Adeildo. *Regimes prisionais*. Disponível em: [www.adeildonunes.com.br/paginas/no t-artigos.php?cont=noticias&cod=143](http://www.adeildonunes.com.br/paginas/no-t-artigos.php?cont=noticias&cod=143). Acesso em: 10 fev. 2014.

Rio Grande do Norte. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. HC n. 14467. Relator: Des. Amaury Moura. Disponível em: . Acesso em: 18 fev. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Ag. n. 509611/2000.

[1] Rio Grande do Norte. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. HC n. 14467. Relator: Des. Amaury Moura. Disponível em: . Acesso em: 18 fev. 2014.

[2] JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 545.

[3] NUNES, Adeildo. *Regimes prisionais*. Disponível em: www.adeildonunes.com.br/paginas/not-artigos.php?cont=noticias&cod=143. Acesso em: 10 fev. 2014.

[4] MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100.

[5] SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Ag. n. 509611/2000.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 94526. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: . Acesso em: 08 fev. 2014.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 162054. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: . Acesso em: 05 fev. 2014.

[8] PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. RAg. n. 7102209. Relator: Des. Miguel Pessoa. Disponível em: . Acesso em: 10 fev. 2014.

[9] NAGIMA, Irving Marc Shikasho; PONTES, Valdemir Anselmo. *Da ausência de vagas no regime semiaberto*. Disponível em: . Acesso em: 04 fev. 2014.

[10] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 87985. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: . Acesso em: 21 jan. 2014.

[11] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 153494. Relator: Min. Celso Lemongi. Disponível em: . Acesso em: 18 fev. 2014.

[12] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 321807. Relator: Min. Assis Toledo. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2014.

