

REFLEXÕES SOBRE O CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, OS REGIMES E O SISTEMA PRISIONAL

REFLECTIONS ON IMPLEMENTATION OF PENS CUSTODIAL, ARRANGEMENTS AND PRISON SYSTEM

Voltaire de Lima Moraes¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

ÁREA(S) DO DIREITO: direito penal; direito processual penal.

RESUMO: Este trabalho procura fazer reflexões sobre as penas privativas de liberdade, as dificuldades do sistema prisional brasileiro, os regimes de cumprimento dessas penas e como se dá a progressão de um regime para outro. Para isso, é feita uma análise do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, em uma visão também da doutrina e do que vêm decidindo os Tribunais a esse respeito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; direito processual penal; sistema prisional; penas privativas de liberdade.

ABSTRACT: *This work seeks to reflect on the deprivation of freedom, the difficulties of the Brazilian prison system, compliance schemes such penalties and how is the progression from one system to another. For this, an analysis of the Penal Code, the Criminal Procedure Code and the Penal Execution Law is made, in view also of doctrine and that the courts are deciding about it.*

KEYWORDS: *Criminal law; criminal procedure; prison system; custodial sentences.*

SUMÁRIO: 1 Das penas e do sistema prisional; 2 Da pena de reclusão; 3 Da pena de detenção; 4 Da prisão simples; 5 Do regime fechado; 6 Do regime

¹ Bacharel em Direito pela UFRGS, Mestre e Doutor em Direito pela PUCRS, Professor Titular de Direito Processual Civil no Curso de Graduação da Faculdade de Direito da PUCRS, Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Mestrado e Doutorado. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6443159202914417>.

semiaberto; 7 Do regime aberto; 8 Do regime especial; 9 Da progressão de regime; Considerações finais.

SUMMARY: 1 Penalties and prison system; 2 The penalty of imprisonment; 3 The penalty of detention; 4 From simple imprisonment; 5 From the closed regime; 6 From the semi-open regime; 7 From the open procedure; 8 From the special arrangements; 9 The progression system; Final considerations.

1 DAS PENAS E DO SISTEMA PRISIONAL

O Código Penal, ao tratar das espécies de penas a serem impostas ao autor de um crime, estabelece, no seu art. 32, as seguintes: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direito; III – de multa.

As penas privativas de liberdade são de três espécies: a) reclusão; b) detenção, prevista no Código Penal (art. 33, *caput*); e c) prisão simples, quando a conduta ilícita não caracterizar crime, mas contravenção penal, prevista na Lei das Contravenções Penais (art. 5º, I).

A pena privativa de liberdade é aquela que, imposta ao réu, lhe retira o seu direito de livremente locomover-se para o lugar que melhor lhe aprouver. A esse respeito, preleciona Cleber Masson²: “Pena privativa de liberdade é a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado”.

Sustenta Luigi Ferrajoli³ que

a pena privativa de liberdade é entretanto, uma pena caracteristicamente burguesa. É verdade que a prisão é uma instituição antiquíssima. A prisão Tuliana, chamada depois Mamertina, e descrita por Salustio e por Lívio: segundo a lenda, foi construída em Roma pelo rei Anco Márcio para infundir temor à plebe, e mais tarde ampliada por Sêrvio Túlio.

O Código Penal (CP) ainda dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 desse diploma legal; e este dispositivo trata dos vetores a serem

² MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado* – Parte geral. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. 1, 2012. p. 560.

³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Prefácio da 1ª ed. italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 359.

considerados pelo juiz ao aplicar a pena ao condenado, fixando as cominadas, determinando o regime de cumprimento inicial da pena privativa (inciso III) e ainda quando cabível a substituição da pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (inciso IV).

No que se refere à pena privativa de liberdade, esclarece Luiz Regis Prado⁴ que, “largamente utilizada nas modernas legislações, comparativamente às outras sanções penais, a pena privativa de liberdade era outrora apenas um instrumento de custódia provisória do acusado, enquanto se desenrolava o processo ou se aguardava o início da execução da pena”.

Lembra Ataliba Nogueira⁵, ao tratar da pena de prisão, que,

desde a mais remota antiguidade, a Sagrada Escritura e outros livros históricos referem-se a ela numerosas vezes. Empregavam a prisão não como pena, mas *ad custodiendum*. Para segurança do réu, como dispunha o velho direito português, expressão que significa ter seguro o réu, isto é, preso, seja para facilitar a prova até o julgamento, seja, depois, para aguardar a execução da sentença condenatória. Só por exceção se pode encontrar, nos tempos antigos, a prisão propriamente dita pronunciada como castigo.

A prisão como pena, na verdade, aparece somente no Direito Canônico, mediante a custódia do apenado “[...] em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos eclesiásticos, bem como daqueles submetidos a julgamento pelos tribunais da Igreja”, conforme assevera Luiz Regis Prado⁶.

Muito embora com razão Luiz Regis Prado⁷, ao dizer que, “durante muito tempo, a detenção preventiva e mesmo a execução da pena ocorreriam em locais aleatoriamente determinados, a maioria sem condições mínimas de segurança e salubridade”, o fato é que ainda hoje a realidade prisional, lamentavelmente, não é muito diferente.

⁴ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 457.

⁵ NOGUEIRA, Ataliba. *Pena sem prisão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 62-63.

⁶ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 457.

⁷ Idem, p. 457.

Com efeito, muitos presídios brasileiros que recebem presos, provisoriamente ou definitivamente condenados, não oferecem as mínimas condições de segurança e higiene. Ao invés de servirem de lugares de recuperação, antessalas de reinserção social, constituem-se em verdadeiras *escolas* estratégicas de cometimento de crimes, interna e externamente.

Afora isso, é preciso que os presos provisórios sejam separados dos definitivos, em obediência ao disposto no art. 300, *caput*, do Código de Processo Penal (CPP), com a sua nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011: a redação anterior falava sempre que possível; a atual, contudo, é taxativa e deve ser observada. Antes dessa modificação feita no CPP, a Lei de Execução Penal, que é de 11 de julho de 1984 (Lei nº 7.210), já estabelecia, e continua estabelecendo, que o preso provisório deve ficar separado do condenado por sentença transitado em julgado (art. 84, *caput*). Assim, não é mais possível aceitar, com os braços cruzados, que, mesmo diante de dois comandos legais, ainda se possa constatar a inexistência dessa separação. É preciso também aqui agir, o quanto antes, em cumprimento desses preceitos legais.

Não há, por parte do Poder Executivo, ainda, uma efetiva política voltada para tornar concretos os bons propósitos que nortearam o surgimento do sistema prisional, para onde são levados os autores de ilícitos penais, que consiste, basicamente, em ali criar condições para que retornem a conviver em sociedade, a salvo de inclinações para práticas criminosas.

Em conferência ministrada na Escola Superior da Magistratura⁸, em Porto Alegre/RS, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, conforme boletim de imprensa da AJuris (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul),

[...] apontou a necessidade da sociedade cobrar da classe política a inclusão da questão prisional na agenda dos debates sobre segurança pública. “Precisamos rearticular esse tema e fazer o entendimento de que ele está diretamente ligado à sociedade, que sempre manifesta o desejo de investimentos em segurança. O sistema prisional invariavelmente é lembrado pela prioridade dos direitos humanos em detrimento a segurança pública. Mas se nós não ressocializarmos os presos, eles

⁸ Conferência ministrada pelo Ministro Gilmar Mendes em 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/03/13/gilmar-mendes-e-mais-facil-ganhar-na-loteria-que-receber-liberacao-para-construir-presidio/>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

saem das cadeias sem dinheiro, sem condições, e como, no mínimo, mensageiros das organizações criminosas". O ministro destacou que, além da falta de investimento histórica no sistema prisional, há também um mau uso dos recursos pelos gestores públicos. Segundo ele, há retido no Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) R\$ 1,7 bilhão, o que poderia reduzir sensivelmente o déficit de vagas. "É mais fácil ganhar na loteria do que receber liberação para construir presídio", ironizou. A burocracia criada é tamanha que, no Paraná, se travou a execução de projeto de construção de uma nova casa prisional pelo desacordo na elaboração de vagas para estacionamento, revelou o ministro.

Mas o passivo dessa frustração, que decorre do não atingimento desses propósitos, não se deve atribuir somente ao Poder Executivo, mas à sociedade como um todo. Ninguém ignora o fato de que a ideia que campeia solta, em alguns segmentos societários, é de que todo aquele que comete um crime deve ser encarcerado e lá ficar, não importando as condições de insalubridade para onde vai ser levado; sentimento popular equivocado, pois uma custódia nessas condições não se presta a gerar condições de recuperação mínimas; antes, de pelo contrário, cria um ambiente de revolta, pois a pena está indo além da que foi aplicada, o que transforma o apenado em um revoltado permanente, pouco se importando com o que lhe vai acontecer no amanhã, criando-lhe um clima de maquinações negativas e, em sequência, um projetar de ações criminosas. Primeiramente, no plano interno, para ali sobreviver em um sistema prisional de descontrole estatal; depois, no externo, envolvendo pessoas com práticas criminosas.

O dia em que houver um mutirão cívico de conscientização de todos os Poderes, as instituições e a sociedade – não sei se isso realmente um dia ocorrerá – em favor de um sistema prisional que preserve a dignidade do preso e crie uma efetiva política de reinserção social, e, ainda, propicie condições para que a pena seja efetivamente cumprida nos limites (nem aquém e nem além) impostos pelo Poder Judiciário, então será revitalizada a importância das penas privativas de liberdade na sua plenitude. Caso contrário, o decurso do tempo as fará claudicar inexoravelmente e todo o sistema de imposição de penas privativas de liberdade deverá ser revisto, pois não terá atingido as finalidades que o conceberam. E,

então, ter-se-á que dar razão a Ataliba Nogueira⁹, ao dizer: “A prisão é barbaria inexplicável, própria do contraditório, romântico e estúpido século XIX”.

A propósito, cabe lembrar a percuciente observação feita por Guilherme de Souza Nucci¹⁰, ao dizer que,

se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna-se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade de cada sentenciado.

O processo de ressocialização é, antes de tudo, uma responsabilidade do Estado brasileiro e para o qual todos os segmentos da sociedade devem a ele aderir. Caso contrário, estaremos sempre a lamentar crimes praticados por ex-apenados, e por uma simples razão: o Estado brasileiro, por ausência de políticas de ressocialização, e a sociedade porque se mostrou omissa, pois, com isso, não deram a eles as mínimas condições de reinserção social.

Com isso, sem possibilidades de desenvolver uma atividade digna, outra alternativa não resta ao ex-apenado senão voltar a delinquir, forma ilícita de sobreviver.

De outro lado, é preciso enfrentar com determinação e efetiva vontade o quadro de descontrole que se verifica nos mais diferentes presídios do País, constatável no dia a dia. Basta, para isso, visitar as páginas dos diferentes periódicos ou noticiários de rádios e televisões para constatar que os presos, com certa frequência, em razão de uma gestão deficiente existente no sistema prisional, ostentam armas, falam em celulares livremente e o que é pior, encomendam a prática de crimes, sendo que as autoridades gestoras desse sistema não conseguem breicar com eficiência essas práticas.

A propósito, por pertinente, sustenta Mariana Py Muniz Cappellari¹¹ que

⁹ NOGUEIRA, Ataliba. Op. cit., p. 123.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 970.

¹¹ CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. *Os direitos humanos na execução penal e o papel da Organização dos Estados Americanos (OEA)*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. p. 111.

talvez a maior mazela do sistema penitenciário, para além da completa ausência de estrutura e de condições dignas de acolhimento ao preso, seja a total perda do controle interno da prisão por parte do Estado e do domínio deste ambiente pelas facções, eis que apesar da aparente simbiose gerada na relação entre Estado e facções, a manutenção e a tomada de poder por parte dessas, frequentemente é fruto gerador das mais assíduas violações de direitos humanos.

Com isso, passa-se um quadro de descabro existente em presídios para a toda a sociedade, que cada vez mais se sente indefesa e inquieta, ao mesmo tempo em que os presos provisórios ou que cumprem pena não se sentem intimidados a renovar essas condutas inaceitáveis à luz da legislação vigente e do bom senso.

A esse respeito, basta lembrar que, recentemente, a mídia escrita noticiou em manchete¹²: “Noite do Pó no Central: Detentos promovem farra natalina, formando fila para usar cocaína em galeria do Pavilhão B”, no Presídio Central de Porto Alegre.

De outro ângulo, as inadequadas condições do sistema prisional brasileiro já constituíram motivo para impedir a extradição de um condenado em uma ação penal, conhecida popularmente como mensalão, por ofensa aos direitos fundamentais, comprometendo a imagem, com isso, do próprio País¹³:

A Corte Suprema de Cassação, instância superior do Judiciário italiano, julga nesta quarta (11) o recurso do governo brasileiro pedindo a extradição do ex-diretor do Banco do Brasil Henrique Pizzolato. Os cinco juízes da 6ª sessão da corte vão debater as condições do sistema prisional do Brasil. Em outubro, a defesa do petista teve uma importante vitória quando a Corte de Apelação de Bolonha recusou sua extradição por entender que as penitenciárias brasileiras não ofereciam garantias de que os direitos fundamentais de Pizzolato seriam respeitados.

¹² *Jornal Zero Hora*, 30 dez. 2014.

¹³ *Jornal Folha de São Paulo*, 11 fev. 2015, p. 6.

A reversão desse quadro nefasto para a sociedade, o voltar a delinquir, necessariamente passa por uma mudança cultural, um novo revisitar de usos e costumes tradicionais, que se mostraram métodos de enfrentamento paliativos, arcaicos e ultrapassados, adotados pelo Estado brasileiro e com a complacência de uma indolente sociedade, que se mostra omissa ao enfrentar esse processo deletério.

Nenhum efeito positivo e permanente terá a aplicação da pena restritiva de liberdade, mediante reclusão ou detenção se ela não vier acompanhada de uma política de ressocialização concreta, com um sistema prisional voltado a criar condições humanitárias ao apenado e efetivas possibilidades que levem a sua reinserção social, mas também com a certeza de que as penas privativas de liberdade serão efetivamente cumpridas, pois, com isso, também se afasta toda e qualquer sensação de que a impunidade está a ocorrer.

Caso contrário, continuaremos a fomentar medidas paliativas, de soluções efêmeras, que só atendem ao clamor social de custódia imediata de autores de crimes, pois, na ausência de políticas sérias e consistentes de recuperação desses segregados, tudo volta à estaca zero, em uma frustração generalizada.

A propósito, cabe lembrar que a Corte Europeia dos Direitos Humanos, recentemente, conforme nos revela Aline Pinheiro¹⁴, por uma de suas câmaras,

[...] flexibilizou a regra de que cada prisioneiro tem de ter, pelo menos, quatro metros quadrados de espaço pessoal. O colegiado considerou que, se o preso tem direito a ficar algumas horas fora da cela e as condições sanitárias da prisão são dignas, a falta de espaço individual, por si só, não qualifica como tratamento desumano. A decisão foi anunciada nessa quinta-feira (12/3) e ainda deve ser revista pela câmara principal de julgamentos.

Assim, a cela individual, mesmo diminuta, deve existir, porém é inadmissível ver-se o quadro retratado pela mídia, fato público e notório, em que os presos se amontoam em um mesmo cubículo.

É preciso haver conscientização fecunda e ampla a esse respeito. Caso contrário, ao invés de evoluirmos, estaremos a retroceder, ou, para ser mais

¹⁴ Site do Conjur, por Aline Pinheiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-13/corte-europeia-aceita-celas-menores-metros-quadrados>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

otimista, estaremos ficando no mesmo lugar, sem uma solução efetiva sobre tal temática.

E ter presente a constatação feita por Manoel Pedro Pimentel¹⁵: “A questão mais séria que a pena de prisão apresenta não está situada na fase da sua *cominação*, ou quando da sua *aplicação*, mas no momento da sua *execução*”.

Isso tudo leva a um revisitar das penas privativas de liberdade, dos regimes de cumprimento dessas penas e da progressão desses regimes, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência.

2 DA PENA DE RECLUSÃO

Dispõe o Código Penal (CP) que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto (art. 33, *caput*). O cumprimento da pena em determinado regime vai depender do montante da pena privativa de liberdade imposta ao condenado.

A propósito, cabe salientar que a penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado, conforme dispõe a Lei de Execução Penal (LEP), em seu art. 87, *caput*.

A pena de reclusão é encontrada em vários crimes, previstos no CP, *v.g.*: homicídio (art. 121, *caput*); aborto provocado por terceiro (art. 125); perigo de contágio de moléstia grave (art. 131); furto (155); estelionato (art.171); estupro (art. 213); bigamia (art. 235); incêndio doloso (art. 250, *caput*); moeda falsa (art. 289); peculato doloso (art. 312, *caput*); coação no curso do processo (art. 344).

No Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078/1990), contudo, em termos de tutela penal do consumidor, todos os crimes previstos estabelecem a pena de detenção; não há um único crime cuja pena prevista seja a de reclusão.

Em termos de tutela penal do meio ambiente (Lei nº 9.605/1998), no entanto, são tipificadas algumas condutas, cujo apenamento imposto envolve pena de reclusão, *v.g.*: exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente (art. 30); pescar mediante a utilização de explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante ou, ainda, pescar utilizando-se de substâncias tóxicas ou outro meio proibido pela autoridade competente (art. 35, I e II); causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação

¹⁵ PIMENTEL, Manuel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 184.

e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização (art. 40).

Por aí já se vê que a pena de reclusão está presente não somente no Código Penal, mas em outras leis.

3 DA PENA DE DETENÇÃO

A pena de detenção, conforme preceitua o Código Penal (CP), será cumprida em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado (art. 33, *caput*).

Assevera Luiz Regis Prado¹⁶ que

a diferenciação entre reclusão e detenção hoje se restringe quase que exclusivamente ao regime de cumprimento da pena, que na primeira hipótese deve ser feito em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto na segunda alternativa - detenção - admite-se a execução somente em regime semiaberto ou aberto, segundo dispõe o art. 33, *caput*, do Código Penal. Contudo é possível a transferência do condenado a pena de detenção para regime fechado, demonstrada a necessidade da medida.

No entanto, é possível verificar algumas distinções estabelecidas em lei e em súmula do STJ entre a pena de detenção e a de reclusão, afora essa constante do art. 33, *caput*, do CP, a saber: a) em se tratando de concurso material, em que há a aplicação cumulativa das penas de reclusão e de detenção, aquela é executada primeiramente (art. 69, *caput*, do CP); b) no caso de crime que implique incapacidade para o exercício do poder familiar, na atual terminologia do Código Civil (*v.g.*, arts. 1.689 e 1.728, II), isso somente ocorrerá, como efeito da condenação, nos casos de crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado (art. 92, II, do CP); c) quando se tratar de aplicação de medida de segurança, em sendo o crime cometido em apenado com detenção, o juiz poderá submeter o autor inimputável a tratamento ambulatorial (art. 97 do CP); d) por fim, a concessão de fiança ou não, em concurso material, leva em consideração a pena imposta, conforme a Súmula nº 81 do STJ: “Não

¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, p. 463.

se concede fiança quando, em concurso material, a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois de reclusão”.

4 DA PRISÃO SIMPLES

Estabelece a Lei das Contravenções Penais (LCP) regras a serem observadas quanto ao cumprimento da pena de prisão.

Com efeito, dispõe o seu art. 6º, *caput*, que a prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto. Com isso, não há a menor possibilidade de a prisão simples ser cumprida no regime fechado.

O § 1º desse artigo ainda preceitua que o condenado à pena de prisão simples deve ficar sempre separado dos que tiverem sido condenados à pena de reclusão ou de detenção. Não quis assim o legislador que um condenado por uma infração de menor potencial ofensivo, no caso contravenção, viesse a cumprir pena no mesmo lugar em que estivessem condenadas pessoas por um crime. É, assim, nítida a preocupação do legislador a esse respeito, cabendo ao juiz, ao Ministério Público e à defesa do condenado exercer fiscalização para que tal preceito legal seja observado, no âmbito de suas competência e atribuições.

A Lei das Contravenções Penais também dispõe que, não excedendo a pena aplicada a 15 (quinze) dias, o trabalho é considerado facultativo (art. 6º, § 2º).

5 DO REGIME FECHADO

O Código Penal também dispõe sobre como devem ser cumpridas as penas privativas de liberdade, se em regime fechado, semiaberto ou aberto, considerando o montante da pena imposta pelo Poder Judiciário ao condenado. Assim é que, com a ressalva constante do § 2º do art. 33¹⁷, se a pena privativa de liberdade for superior a 8 (oito) anos, o condenado deverá começar a cumpri-la em regime fechado (art. 33, § 2º, alínea *a*).

O próprio Código Penal ainda preceitua que se considera regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média (art. 33, § 1º, alínea *a*).

¹⁷ O § 2º do art. 33 do Código Penal está assim disposto: “As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso”.

Neste regime, o condenado deverá ser submetido, quando do início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução (art. 34, *caput*, do CP).

Enquanto durar esse regime, o condenado fica sujeito ao trabalho no período diurno e submetido a isolamento durante o período noturno (art. 34, § 1º, do CP).

É admissível o trabalho externo neste regime, mas em serviços ou obras públicas (art. 34, § 3º, do CP).

É possível que o condenado que cumpre pena em regime fechado remir parte do tempo de execução da pena em razão de trabalho ou de estudo (art. 126 da LEP). A esse respeito, cabe lembrar a Súmula nº 341 do STJ. No entanto, lembra Guilherme de Souza Nucci¹⁸ que a Súmula nº 341 do STJ (“A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução da pena sob regime fechado ou semiaberto”) está superada pela edição da Lei nº 12.433/2011, que disciplinou integralmente o tema.

Assim é que o art. 126, § 1º, I, da LEP dispõe que “a contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias”. E o § 2º desse artigo estabelece que “as atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados”.

Cabe ainda registrar que o futuro Código de Processo Civil, recentemente sancionado e agora em período de *vacatio legis* (Lei nº 13.105/2015), dispõe que, em caso de inadimplemento de obrigação de prestar alimentos, uma vez decretada a prisão do devedor, o cumprimento dessa segregação dar-se-á em regime fechado, devendo o preso, contudo, ficar separado dos presos comuns (art. 528, § 4º).

6 DO REGIME SEMIABERTO

Em se tratando de condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e que não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto (art. 33, § 2º, alínea *b*).

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 983-984.

No regime semiaberto, a execução da pena ocorre em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33, § 1º, alínea *b*, do CP). No mesmo sentido é o que dispõe a LEP (art. 91).

Questão delicada, e que preocupa a todos, essencialmente à sociedade, que muitas vezes sente-se intranquila, é quando faltam vagas no regime semiaberto. Ao discorrer sobre isso, citando posicionamento do STF, observa Cleber Masson¹⁹ que,

configurada a impossibilidade do imediato cumprimento da sanção penal em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar por deficiência do Estado, não se pode manter o condenado preso em regime mais rigoroso do que o imposto na sentença condenatória. É necessário assegurar ao sentenciado o direito de permanecer em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, até que o Poder Público providencie vaga em estabelecimento apropriado. Para o Supremo Tribunal Federal, a ausência de vagas no regime semiaberto não implica a transmutação a ponto de alcançar a forma fechada. Assim, implicitamente, a consequência natural é a custódia em regime aberto ou, inexistente a casa de albergado, a prisão domiciliar.

Ocorre que em muitas comarcas não existe casa do albergado e a prisão domiciliar não é efetivamente controlada pelos gestores do sistema prisional, o que faz com que muitos delitos sejam cometidos por apenados submetidos a regime semiaberto, pois não estão segregados onde deveriam, por falta de vagas: colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

É urgente, pois, que as autoridades gestoras do sistema prisional adotem providências no sentido de criar essas vagas e manter controle sobre esses apenados, notadamente os que cumprem penas em situações anormais, ou seja, em outro local que não o próprio do regime a que foram condenados. E a incumbência de criação de vagas, sabidamente, é do Poder Executivo.

Ao condenado, quando iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, é aplicável o disposto no *caput* do art. 34 do CP, ou seja, deverá ser submetido a exame criminológico (art. 35, *caput*, do CP). No entanto, lembra

¹⁹ MASSON, Cleber. Op. cit., p. 599.

Cleber Masson²⁰ que “prevalece, contudo, o entendimento de que esse exame é facultativo, nada obstante a posição contrária permita uma mais adequada individualização da pena [...]”.

O trabalho externo é permitido, como também a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, § 2º, do CP).

Cabe também consignar que é admissível ao condenado que cumpre pena em regime semiaberto remir parte do tempo de execução da pena em razão trabalho ou de estudo, a exemplo do que ocorre no regime fechado (art. 126 da LEP).

7 DO REGIME ABERTO

Sendo o condenado não reincidente, cuja pena privativa de liberdade seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (art. 33, § 2º, alínea *c*, do CP).

No regime aberto a execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, § 1º, alínea *c*, do CP).

Dispõe a LEP (art. 93) que a Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

A LEP, a respeito da Casa do Albergado, ainda estabelece regras quanto a sua localização, ao dispor que o prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (art. 94), sendo que em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras (art. 95, *caput*).

A vontade do legislador, como nesse caso, nem sempre é observada e cumprida efetivamente pelo Poder Executivo, quer pela ausência da Casa do Albergado, quer porque, quando encontrada, em poucos lugares, não atende os comandos legais, mormente quanto as suas acomodações e à falta de local apropriado para que sejam ministrados cursos e palestras.

A esse respeito, cabe lembrar o magistério de Guilherme de Souza Nucci²¹, ao dizer o seguinte:

²⁰ Idem, p. 599.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. 971.

Este é outro sintoma do flagrante descaso do Poder Executivo, encarregado de construir e manter as casas do albergado, com a execução penal. Há cidades, como São Paulo, que não possuem uma única casa do albergado, disseminando o *regime aberto da impunidade*, que é o denominado regime da prisão albergue domiciliar (PAD), sem qualquer fiscalização efetiva. O sentenciado cumpre pena em sua própria casa e não há acompanhamento do Estado brasileiro, nem tampouco cursos e palestras. Logo, somente cumpre as regras legais e se quiser.

Com isso, o cumprimento da pena em regime aberto é um faz de conta, comprometendo os bons propósitos que o conceberam, tudo isso em razão de uma falta de vontade política do Poder Executivo em tornar letras vivas os dispositivos legais que regem esse regime.

De outro lado, aqui, as regras de cumprimento da pena sofrem uma flexibilização maior. Tanto é assim que 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 (art. 36, § 1º, do CP).

Consigne-se, por oportuno, que o condenado a cumprir pena em regime aberto poderá fazê-lo em prisão domiciliar, conforme dispõe o art. 117 da LEP, quando se tratar de: I - condenado maior de 70 (setenta) anos; II - condenado acometido de doença grave; III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

Importante também registrar que o condenado poderá ser transferido deste regime se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada (art. 36, § 2º, do CP).

8 DO REGIME ESPECIAL

Este regime tem como destinatárias as mulheres. Isso significa que elas cumprem pena em estabelecimento próprio, devendo, para isso, ser observados os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal (art. 37 do CP).

Esclarece Luiz Regis Prado²² que,

além dos requisitos básicos de cada unidade celular (art. 88, LEP), a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar criança maior de seis meses e menor de sete anos, com finalidade de assistir o menor desamparado cuja responsável esteja presa (art. 89, LEP). O novo § 3º do art. 83 da LEP (Lei nº 12.121/2009) determina que a segurança das dependências internas dos estabelecimentos penais destinados a mulheres seja feita única e exclusivamente por agentes do sexo feminino.

Mas não só as mulheres devem ser submetidas a regime especial. Também os homens, maiores de 60 (sessenta) anos, em face da nova redação dada pela Lei nº 9.460/1997 ao § 1º do art. 82 da LEP, que assim preceitua: “A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal”. A propósito, cabe lembrar que o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), em seu art. 1º, considera idoso a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos.

9 DA PROGRESSÃO DE REGIME

Dispõe o art. 112 da LEP que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o 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.

Registre-se, por pertinente, que a progressão ou regressão de regimes é da competência do juízo da execução (art. 66, III, *b*, da LEP).

O Código Penal (art. 33, § 2º), por seu turno, preceitua que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso, ou seja, o que dispõem as alíneas *a*, *b* e *c* desse dispositivo legal.

A esse respeito, salienta Luiz Regis Prado que

²² PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 469.

a Lei nº 10.792/2003 suprime um dos requisitos para a progressão do acusado, qual seja o “mérito”, exigindo o cumprimento ao menos de um sexto da pena no regime anterior e atestado de bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. No entanto, verifica-se que o art. 33, § 2º, do Código Penal não foi objeto de alteração pela nova lei, o que significa sua vigência plena no sentido de que as penas devem ser executadas progressivamente, segundo o mérito do condenado.

Importante ainda consignar que o Código Penal estabelece que, quando se tratar de condenado por crime contra a Administração Pública, a progressão do regime de cumprimento da pena fica condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto ilícito praticado, com os devidos acréscimos legais (art. 33, § 4º).

Observa Rogério Greco²³ que “a progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social”.

Assim, se não houvesse a possibilidade de progressão, a volta ao convívio social ficaria mais distante e a esperança de voltar a conviver mais rapidamente em sociedade seria uma mera ilusão.

Contudo, cabe dizer que de nada vale voltar mais rapidamente ao convívio social, em razão da progressão, se não houver uma política governamental que propicie àquele que cumpriu pena ver-se reinserido efetivamente na vida social, propiciando-lhe desenvolver um trabalho condizente com as suas aspirações. Voltar ao convívio social e ser o ex-apanado castrado em suas aspirações de trabalhar, decorrência de preconceito inconcebível, por ter sido um dia condenado, soa como um convite a voltar a delinquir.

A sociedade precisa enfrentar essa realidade. Caso contrário, não evoluiremos para uma convivência mais harmônica e superior.

Ainda, quanto à progressão de regime, algumas temáticas, depois de um amplo debate ocorrido em Tribunais, foram pacificadas mediante enunciados do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

²³ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 486.

Assim é que está pacificado o entendimento de que “os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112²⁴ da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional” (Súmula nº 471 do STJ); e, de outro lado, foi definitivamente firmado o entendimento de que “é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional” (Súmula nº 491 do STJ).

Cabe ainda destacar o fato de que, inobstante a nova redação dada ao art. 112 da LEP não disponha expressamente sobre a necessidade de exame criminológico, como requisito a ser satisfeito para ser obtida a progressão de regime, tanto o STJ²⁵ como o STF²⁶ admitem a sua realização, diante de caso concreto, devendo, para isso, haver decisão motivada.

Impõe-se, ainda, destacar alguns aspectos com relação à regressão do regime de cumprimento da pena, ou seja, do menos gravoso para o mais gravoso. O art. 118, *caput*, da Lei de Execução Penal prevê a regressão de regime, sendo que em seus incisos I e II estabelece as situações em que isso ocorre: a) praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; b) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁷ entendeu que a fuga do apenado, durante o período de cumprimento da pena, caracteriza falta

²⁴ O art. 112, *caput*, da LEP, assim dispõe: “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, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. E os seus parágrafos assim dispõem: “§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor”; “§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes”.

²⁵ Súmula nº 439: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

²⁶ Súmula Vinculante nº 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

²⁷ Agravo em Execução Penal nº 70059537969, 7ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Conrado Kurtz de Souza, J. 26.02.2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/search>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

grave, o que implica a regressão do regime prisional e alteração da data-base para a concessão de nova progressão de regime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A melhoria do sistema prisional brasileiro passa por uma nova reflexão e tomada de efetiva posição política do Poder Executivo em investir nos estabelecimentos prisionais, melhorando as suas condições sanitárias, as acomodações e a alimentação dos presos, definitivos ou provisórios, a fim de que se evite que ali continue a ser um local de abandono e descalabro generalizado, *escola* de fomento de crimes, encomendados a quem está solto, mas refém de quem está preso, ao invés de serem locais adequados que propiciem condições a uma reinserção social duradoura.

O Poder Executivo precisa adotar uma política que restabeleça, o mais rápido possível, o seu controle sobre os estabelecimentos prisionais, e não se omita desse dever, sob pena de serem incentivadas as políticas de criação permanente de facções criminosas que acabam por dominar o interior dos presídios e expandir suas ações criminosas para o âmbito externo.

A sociedade brasileira precisa conscientizar-se, também, que a reinserção social do apenado não constitui tarefa somente do Poder Executivo, mas que também lhe diz respeito, criando condições educacionais e de trabalho para que aquele que cumpriu pena possa voltar a ter uma vida digna, desenvolvendo atividade digna e evitando, com isso, que volte a delinquir.

O processo de ressocialização não constitui uma responsabilidade somente do Estado brasileiro, mas de toda a sociedade, que, juntos, devem caminhar unidos, desenvolvendo uma parceria necessária e imperativa nesse campo, sob pena de claudicarem os anseios, por todos buscados, de uma qualidade de vida melhor, a ser vivida no campo e nas cidades.

É imperativa a retomada do controle de todo o sistema prisional pelo Estado brasileiro, de maneira efetiva, pois, caso contrário, a intranquilidade social será agravada.

O Estado brasileiro não pode fechar os olhos e ignorar o fato de que os presos, definitivos e até mesmo os provisórios, continuam a receber tratamento desumano, nos mais diferentes presídios, em incompreensível afronta aos direitos humanos, decorrente de uma política que não valoriza como deveria essa área vital para toda e qualquer sociedade evoluída ou em evolução.

Embora atualmente não haja mais disposição legal expressa que obrigue a realização de exame criminológico como um dos requisitos para obter a progressão de regime, o juiz poderá determinar a sua realização, em face das peculiaridades do caso, desde que mediante decisão fundamentada.

É urgente uma tomada de posição, por todas as autoridades, no sentido de que os presos provisórios sejam separados dos definitivos, sob pena de afronta à lei; é inadmissível que eles, provisórios e definitivos, ocupem o mesmo espaço de segregação.

A persistir a constatação de que o sistema prisional brasileiro continuará sendo administrado com políticas paliativas e de pouca efetividade, isso inexoravelmente levará a rever a utilidade e eficácia das penas privativas de liberdade, pois é inadmissível que elas possam também contribuir, ainda que indiretamente, em razão de uma política institucional equivocada (comissiva e/ou omissiva) para uma instabilidade que tende a se alastrar, não somente no plano interno dos presídios como no externo, afetando toda a sociedade.

É imperiosa a necessidade de criação de vagas que visem a atender as decisões judiciais, fazendo com que os condenados a penas privativas de liberdade as cumpram nos estabelecimentos correspondentes aos regimes que lhe foram impostos e não em outros, à falta delas.

Submissão em: 26.07.2015

Avaliado em: 04.10.2015 (Avaliador A)

Avaliado em: 08.10.2015 (Avaliador C)

Avaliado em: 12.10.2015 (Avaliador D)

Avaliado em: 19.10.2015 (Avaliador E)

Aceito em: 23.10.2015