

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
MAURICIO CABRAL MIRANDA JUNIOR**

**PRISÃO DOMICILIAR: ANÁLISE DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR AO  
SENTENCIADO A CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME FECHADO OU SEMI  
ABERTO**

UBERLÂNDIA - MG  
2019

**MAURICIO CABRAL MIRANDA JUNIOR**

**PRISÃO DOMICILIAR: ANÁLISE DA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR AO SENTENCIADO A CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME FECHADO OU SEMI ABERTO**

Monografia apresentada à disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II, como requisito parcial para a aprovação nesse componente curricular, do Curso de Direito, da Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação da Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Simone Silva Prudêncio.

UBERLÂNDIA - MG  
2019

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	8
2.1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL .....	11
3. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PENAL .....	14
3.1 Princípio da intervenção mínima .....	14
3.2. Princípio da Legalidade .....	15
3.3. Princípio da limitação das penas .....	16
3.4. Princípio da individualização da pena (inciso XLVI, Art. 5º da C.F/88) .....	16
3.5 Princípio da presunção da inocência (inciso LVII, Art. 5º da C.F/88) .....	17
4. DAS PENAS E ESPÉCIES DE PENA .....	19
5. O SISTEMA PRISIONAL .....	21
5.1. OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS .....	22
5.2. OS TIPOS DE REGIMES PRISIONAIS .....	23
5.2.1. Progressão por Salto .....	24
5.3. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A LEI DE EXECUÇÃO PENAL Nº7210/1984.....	25
5.3.1. Os Problemas da Efetivação da Lei de Execução Penal .....	26
5.3.2. Importância dos Tratados Internacionais face ao sistema carcerário brasileiro .....	29
6. EFEITOS CARCINÓGENOS DA PRISÃO .....	31
6.1. Situação Atual do Sistema Carcerário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos .....	34
7. Da Prisão Domiciliar: breves considerações .....	37
8. Prisão domiciliar: análise da concessão de prisão domiciliar ao sentenciado a cumprimento de pena em regime fechado ou aberto .....	40
9. Conclusão .....	47
10 Referências.....	49

“Posso não concordar com uma só palavra sua, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lá”. (Voltaire)

## RESUMO

A Constituição Federal adotou o princípio da humanidade das penas, em que o Estado deve pautar pela benevolência na aplicação da sanção penal com fulcro na ressocialização do apenado. Assim, não é segredo a condição carcerária no Brasil, sendo que em vários casos presenciamos falta de estabelecimentos prisionais adequados para os condenados. A maior questão a ser discutida é que as penas privativas de liberdade na situação que ora se encontra, talvez não seja o melhor caminho se for aplicada de maneira isolada, devendo o aplicador de a lei alinhá-la com as demais penas, dentre elas as penas alternativas, a prisão domiciliar, pois deve-se buscar, ao menos, garantir condições dignas de sobrevivência no cárcere, bem como deve buscar adequação e controle das vias alternativas de forma a alcançar o objetivo e caráter de ressocialização da pena. O investimento necessário para garantir o cárcere humanizado caminha sempre a passos lentos, enquanto parte da doutrina penal acredita que a pena privativa de liberdade não é o melhor remédio. Ora, na medida em que não se encontrou nenhuma forma eficiente para combater e punir os autores de crimes graves caminha-se em círculos sem buscar a saída e começa um estudo da aplicação das penas alternativas, uma vez que ninguém em sã consciência pode ser contra a fixação de penas restritivas de direitos para infratores iniciantes, autor de crime de menor potencial ofensivo, não violento, enfim, não chocantes, mormente alusivos à seara castrense. (NUCCI, 2014, p. 127). Neste contexto, é importante conhecer o direito penal e suas penas, bem como faz necessário definir alguns princípios que norteiam o direito penal, sendo este a *última ratio* do direito, ou seja, deve-se buscar primeiro as demais áreas do direito, como por exemplo, o direito civil, administrativo, constitucional, para a solução dos conflitos, aplicando de fato a máxima do princípio da intervenção mínima estatal.

Palavras-Chaves: Prisão domiciliar – Sentenciado – Regime Fechado – Regime Semi Aberto.

## SUMMARY

The Federal Constitution adopted the principle of the humanity of punishments, in which the State must be guided by benevolence in the application of criminal punishment with a focus on the resocialization of the victim. Thus, the prison situation in Brazil is not a secret, and in many cases we have witnessed the lack of appropriate prisons for the convicted. The major issue to be discussed is that deprivation of liberty in the present situation may not be the best route if it is applied in isolation, and the enforcer of the law should align it with the other sentences, alternative penalties, to house arrest, because one must at least seek to guarantee worthy conditions of survival in the jail, as well as to seek adequacy and control of the alternative routes in order to reach the objective and resuscitation character of the sentence. The investment required to ensure the humanized prison is always slow, while part of the criminal doctrine believes that deprivation of liberty is not the best remedy. Inasmuch as no effective way to combat and punish perpetrators of serious crimes has been found, it goes in circles without seeking a way out and begins a study of the application of alternative sentences, since no one in their right mind can be against the establishment of restrictive sentences of rights for novice offenders, the author of a crime of lesser offensive potential, non-violent, and finally, not shocking, allusive to the military seara. (NUCCI, 2014, p.127). In this context, it is important to know the criminal law and its penalties, as well as it is necessary to define some principles that guide criminal law, this being the last ratio of the right, that is, one must first seek the other areas of law, such as for example, civil, administrative, constitutional law for the resolution of conflicts, effectively applying the principle of minimum state intervention.

Keywords: House arrest - Sentenced - Closed Regime - Semi Open Regime.

## 1.Introdução

O presente trabalho tem por escopo o estudo sobre a possibilidade de aplicar a prisão domiciliar aos apenados em regime fechado ou semi aberto, como supedâneo para esta possibilidade, deve-se ressaltar o atual cenário do sistema carcerário brasileiro, de modo a demonstrar as delimitações e a precariedade carcerária, enfatizando a dificuldade do poder público em tomar medidas mais incisivas que venha a ajudar na ressocialização do apenado, na ênfase na promoção dos direitos humanos.

Os efeitos inerentes à natureza do cárcere estão relacionados nas deficiências estruturais dos estabelecimentos penais, à superlotação, à ociosidade do poder público e os inúmeros efeitos carcinógenos da prisão. Busca-se com este trabalho realizar um apanhado geral sobre a legislação penal, de sorte a definir os tipos de regime e os diferentes estabelecimentos prisionais, uma vez que esta condição influenciará diretamente na órbita que versa sobre o sistema carcerário penal brasileiro.

A prisão, por ser segregativa por natureza já constitui óbice à ressocialização, sendo praticamente impossível ressocializar alguém o retirando do meio social, e jogando-o em meio a outros criminosos. As condições ruins em que é estabelecida a pena no cárcere, caracterizam ofensa a um dos principais basilares de direitos do homem, que é o da dignidade da pessoa humana, uma vez que este princípio está atrelado aos direitos humanos.

Como consequência da prisão e seus efeitos carcinógenos, enfrentamos a situação da superlotação dos presídios e a morosidade do judiciário, que muitas das vezes impede a aplicação de um tratamento reeducativo eficiente ante a falta de estrutura para atendimento a todos, tornando a ressocialização do apenado algo distante, cujos efeitos do cárcere em vez de ajudar acabam piorando a condição dos presos.

Desse modo, percebe-se que a pena privativa de liberdade tem se pautado tão apenas pela retribuição do mal cometido, sendo assim, uma ação sem equilíbrio e proporcionalidade, de modo que ela não reeduca, não ressocializa e não propicia a reintegração do ex-condenado, não cumprindo assim com seu escopo central que é de ressocializar, pois o que reina no âmago criminoso é o sentimento de impunidade.

Sob essa ótica, verifica-se que a visão da sociedade no tocante a prisão está atrelada a teoria absoluta da pena, no qual a pena é um fim em si próprio, ou seja, ela é vista como castigo, reparação ou, ainda, retribuição do crime, justificado por seu intrínseco valor axiológico. Diante o exposto, há a necessidade de mostrar que a pena privativa de liberdade nem sempre atinge sua finalidade, deixando de lado o paradigma de que se for aplicado a pena

restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade passa a ser de impunidade, sendo que o envio da pessoa ao cárcere poderá na maioria das vezes trazer mais malefícios do que benefícios.

Não obstante, temos as penas alternativas em substituição à pena privativa de liberdade, cujo escopo de ressocializar e evitar os efeitos criminógenos da prisão constituem o melhor caminho na intenção de solucionar ou, pelo menos, mitigar a problemática penitenciária. Sob tal égide, o ordenamento pátrio brasileiro progrediu ao regulamentar de forma em que várias infrações foram despenalizadas, permitindo que sejam as penas privativas de liberdade substituídas por restritivas de direito, que demonstram ser muito mais pedagógicas. Os resultados são a sensível redução dos índices de criminalidade e reincidência.

É notório que o sistema carcerário brasileiro não tem condições de ressocializar as pessoas que cometem crimes, cujas violações de direitos humanos são consideradas graves, demonstrando um retrocesso olvidar que o cárcere seja o melhor remédio na construção da paz social, pois o Estado não consegue suprir todas as demandas e salvaguardar alguns direitos considerados fundamentais, buscando assim, supedâneo na teoria da reserva do possível, por entender que o Estado só pode fazer aquilo que lhe possível, levando em consideração à questão orçamentária.

Para este trabalho será necessário realizar consultas em leis, jurisprudências, doutrinas, decisões judiciais, de forma que, incisou-se fazendo alguns apontamentos sobre os direitos fundamentais e construções sobre os direitos humanos no Brasil, já que a prisão afeta restringe direitos e liberdades fundamentais.

Será realizado um apanhado sobre os princípios do direito penal, já que estes são as vigas mestres do direito, bem como comentários sobre as penas e suas espécies e sobre o sistema prisional atualmente, de modo que, registra-se quais os tipos de regime existentes no Código Penal: fechado, semiaberto e aberto. Por fim, será feito um paralelo sobre a Lei de Execução Penal e sua não aplicabilidade na prática, demonstrando os efeitos carcinógenos do cárcere e o que os tratados de direitos internacionais versam sobre o sistema prisional, para então, discorrer sobre alguns apontamentos acerca da prisão domiciliar e fazer uma análise da possibilidade da prisão domiciliar ao sentenciado a cumprimento de pena em regime fechado ou aberto.



## 2. Apontamentos sobre direitos fundamentais

Antes de elucidar todas as questões inerentes a problemática e as questões relativas aos direitos humanos em si, precisa-se explicar acerca da evolução social dos direitos fundamentais, pois a sua origem como um todo, já denota a forma de caracterização social relevante na sociedade.

Os direitos fundamentais foram elaborados ao longo dos anos, de acordo com a evolução da sociedade e da necessidade de permear os conflitos sociais. A evolução histórica é lenta, resultado de imensas lutas contra o poder, opressões, quando se passa a reconhecer que o indivíduo tem, em primeiro lugar, direitos e depois deveres frente ao Estado, para que lhe seja assegurado uma vida digna. Dessa forma entende Branco e Mendes (2012, p. 205):

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Alguns doutrinadores apontam a Magna Carta inglesa como sendo o marco inicial dos direitos fundamentais. Porém, os direitos presentes nela visavam assegurar o poder político aos barões limitando os poderes do rei, e não garantir os direitos fundamentais aos indivíduos.

Conforme o constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 134) os direitos fundamentais foram de fato aduzidos em 1.789 com a Declaração dos Direitos do Homem com a Revolução Francesa, e pelos Estados Americanos com suas declarações de direitos postulados quando a independência de positívou em relação à Inglaterra. Então, a partir daí, surgiram as Constituições Liberais dos estados ocidentais dos séculos XVIII e XIX.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p. 103) dispõem que os primeiros direitos fundamentais:

Têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo – por exigirem uma abstenção, um não fazer do Estado em respeito à liberdade individual – são denominados direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa.

Diante disso, percebemos que o surgimento dos direitos fundamentais primeiramente foi com o objetivo de restringir a atuação do Estado, em que lhe era exigido um comportamento de abstenção contrapondo-se com a liberdade individual, assim, ele não interferia de forma abusiva nas relações particulares. Mesmo diante deste cenário, no século XX, foram reconhecidos os direitos fundamentais de segunda dimensão que são os direitos sociais, culturais e econômicos, os direitos passaram a exigir a atuação do Estado em favor do indivíduo.

A doutrina regulamento os direitos fundamentais da seguinte forma: em direitos de primeira, segunda e terceira gerações (ou dimensões) de forma que o momento histórico cronológico em que passaram a ser reconhecidos e positivados. Para Norberto Bobbio (1992, p. 18) pode-se limitar esses três grandes momentos:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações.

Os direitos de primeira geração têm enfoque no princípio da liberdade, são aqueles direitos civis e políticos que foram reconhecidos na Revolução Americana e na Francesa. De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 102) “Caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não fazer, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação de cada indivíduo.”.

Os direitos positivados nessa geração são os de liberdades individuais sem se preocupar em momento algum com as desigualdades sociais.

Por outro lado, os direitos de segunda geração, tem seu marco inicial no século XIX com a Revolução industrial, pois as condições de trabalho na época eram precárias e indignas. Conhecidos com o as liberdades positivas, reais e concretas, são aqueles direitos que exigem prestações positivas do Estado, como a saúde, educação, trabalho, sendo acentuado o princípio da igualdade entre os homens. Nessa geração enfoca-se nos direitos econômicos, culturais e sociais em que o lema é a igualdade.

Os direitos de terceira geração surgem com as preocupações mundiais, pois percebe-se que o ser humano pertence ao coletivo, então esses direitos são transindividuais,

ou seja, eles transcendem a esfera do interesse individual e passa a ter como objetivo o bem de todos, pois, não tem como finalidade a proteção de interesse individuais e sim de um grupo ou Estado, protegem interesses de titularidade grupal ou difusa.

São consagrados nessa geração os princípios da fraternidade e da solidariedade, em que se atribui de forma genérica a todas as formações sociais. Podemos citar como exemplo de direitos dessa geração o direito a natureza, à paz e ao direito do consumidor.

Muito se tem falado, hodiernamente, em direitos de quarta geração, e alguns autores apontam até mesmo o aparecimento da quinta geração de direitos fundamentais. Apesar disso, não há consenso entre os constitucionalistas, quanto a proteção de bens exatamente por essas novas gerações de direitos fundamentais, e a doutrina clássica majoritária os classificam somente em três.

Outro ponto importante é a diferenciação feita pela doutrina pátria entre direitos fundamentais e garantias fundamentais, conforme explica Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2012, p. 100):

Os direitos fundamentais são os bens em si mesmo considerados, declarados como tais nos textos constitucionais. As garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida corresponde a garantia de vedação à pena de morte, ao direito à liberdade corresponde a garantia do habeas corpus; ao direito à liberdade de manifestação do pensamento, a garantia da proibição da censura, etc.

Sendo assim, os direitos fundamentais representam os bens jurídicos em si que são protegidos, já as garantias são os instrumentos que serão utilizados para assegurar a proteção desses direitos.

Os direitos fundamentais não são incondicionais, pois poderá haver situações de conflito entre eles, como ocorre no caso das biografias sem autorização. Entretanto são irrenunciáveis, já que não se pode, em hipótese alguma, o titular abrir mão deles. São também imprescritíveis e não possuem conteúdo patrimonial.

Na aplicação dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 dispõe no § 1º, do art. 5º que essas normas possuem aplicação imediata, significa que elas não têm um caráter meramente programático. Nesse mesmo sentido entende Mendes e Branco (2012, p. 226/227):

Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas. Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas

constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Então, podemos perceber que os direitos fundamentais possuem também o papel de regular as relações jurídicas, sendo obrigação dos juízes aplicá-los para resolver os seus casos de sua jurisdição. Tamanha é a sua importância, que é possível colocá-los em prática mesmo quando não se tem um comando legislativo direto, através da analogia ou até mesmo versus a lei quando esta os fere.

O Título II da Constituição de 1988 dispõe em cinco capítulos (art. 5º a 17) os direitos e garantias fundamentais que se fazem presentes no nosso ordenamento jurídico.

Esses direitos foram agrupados em categorias sendo elas a dos direitos e deveres individuais e coletivos presentes no capítulo I, os direitos sociais podem ser encontrados no capítulo II, já os direitos relacionados a nacionalidade estão no capítulo III, os direitos políticos no Capítulo IV e por fim tem-se os direitos relacionados à participação em partidos políticos e à sua existência e organização que estão dispostos no capítulo V.

## **2.1 A Construção Histórica dos Direitos Humanos no Brasil**

Ultimamente, o Brasil está entre os países que mais têm instrumentos jurídicos de amparo dos Direitos Humanos, entretanto, apesar de todos esses progressos no campo formal, proporcionados por vinte anos de reconstrução democrática, ainda são claras as dificuldades que o país enfrenta para garantir, na prática, esses direitos.

De acordo com a história, o país viveu ultimamente, grandes modificações políticas e sociais, fruto de anos de fomento à igualdade e liberdade. No cenário instaurado, descobre-se uma nova agenda mundial focalizada nos direitos coletivos e individuais. Paralelamente, aparece também um grande desafio, o de operacionalizar esses direitos, colocando-os na prática do cotidiano dos cidadãos.

Há quatro marcos históricos que merecem destaque: o Iluminismo, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, a Revolução Francesa e o término da II Guerra Mundial. A independência das treze colônias americanas e as ideias iluministas (razão, espírito crítico e fé na ciência) impulsionaram a Declaração de Direitos do Homem e do

Cidadão, proclamada após a Revolução Francesa (1789), que, por sua vez, originou os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade.

Após o fim da II Grande Guerra, apareceu a precisão de se colocar um fim nas atrocidades, como as atentadas pelos nazistas, onde o anti-semitismo apregoado pelo denominado Terceiro Reich negou a diversidade, a dignidade e a própria vida a milhões de seres humanos, em um dos maiores genocídios da História da humanidade. A dignidade e a igualdade entre as pessoas foram ignoradas.

Após esse período, surgiram as primeiras manifestações de internacionalização dos Direitos Humanos, como o Tribunal de Nuremberg e o de Tóquio (1945 a 1949), a criação da Organização das Nações Unidas – ONU (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 10 de dezembro de 1948, em Paris, na França.

Mais tarde, apareceram outros utensílios que deram sustentabilidade jurídica aos Direitos Humanos em nível mundial, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1976) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana dos Direitos dos Povos (1981). Neste diapasão, surgiram também outras declarações, que são manifestações culturais, cuja finalidade é despertar o mundo para a diferença. São exemplos: a Declaração dos Direitos dos Povos (1976), a Declaração Solene dos Povos Indígenas (1975), a Declaração Islâmica Universal dos Direitos dos Homens (1991), bem como a Declaração dos Direitos da Criança (1959) e a Convenção sobre a Igualdade de Homens e Mulheres, para Remuneração de Trabalho de Igual Valor da Organização Mundial do Trabalho (1953).

O Brasil participa do sistema interamericano desde 13 de dezembro de 1951, mas, só aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992. A inclusão do Brasil no sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos se deu após a publicação de nossa Carta Magna de 1988, que estabeleceu os princípios da prevalência da dignidade da pessoa humana, baseado no respeito aos Direitos Humanos.

A partir desse período que vários documentos foram ratificados pelo governo brasileiro, tais como: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em

27 de novembro de 1995; o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996 e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996.

Em 03 de dezembro 1998, o Brasil reconheceu a aptidão jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo no 89/98. Em 07 de fevereiro de 2000, o Brasil assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente.

Segundo Piovesan (2000, p. 312), “[...]uma média de 50 casos foram impetrados contra o Estado brasileiro, perante a Comissão Interamericana, no período de 1970 a 1998”. Esses casos classificaram sete grupos: casos de detenção arbitrária e tortura, praticado durante o regime autoritário militar; casos de transgressão dos direitos indígenas; casos de violência rural; casos de violência da Polícia Militar; casos de violação dos direitos de crianças e adolescentes; casos de violência contra a mulher; e, casos de discriminação racial.

No Brasil, o sistema de garantia dos direitos humanos tornou-se oficial na Constituição Federal de 1988, mas já ganhou estima depois da redemocratização do País, com a realização de eleições diretas em 1985, sendo assim, dizemos que os Direitos Humanos estão vastamente resguardados no Brasil, na própria constituição e nos tratados ratificados pelo Brasil, embora saibamos que a privação da liberdade é um dos grandes vilões nas violações desses supracitados direitos.

### 3. Princípios Gerais do Direito Penal

Assim, como apresentado as questões relativas aos direitos fundamentais, remente-se a pesquisa nesse ângulo, a estudar os princípios norteadores do ordenamento jurídico. Como dito é de suma importância apresentar alguns princípios gerais do direito penal, vez que estes são vigas mestras do Direito Penal. Salienta-se que todos os princípios apresentados oriundos de um caráter humanista com supedâneo naquele que mais se evidencia em relação aos outros, o princípio da dignidade humana, que umbilicalmente se refere aos direitos humanos.

#### 3.1.Princípio da intervenção mínima

O princípio da intervenção mínima, conhecido também como *ultima ratio*, alude que o Direito Penal deve ser utilizado em último caso, após analisar as possibilidades da utilização de outras normas. É responsável não só por indicar os bens de maior importância que merecem maior atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que haja a descriminalização.

Também é tema de discussão, com base no princípio da intervenção mínima, a conservação das contravenções penais em nosso ordenamento jurídico. Considerando que as contravenções são instituídas a proteção dos bens que não gozam da mesma importância em relação aos crimes/delitos, de acordo com o discernimento proposto pelo princípio da intervenção mínima o direito penal deveria afastar as contravenções penais, permitindo que a proteção dos bens por elas realizada fosse designada aos outros ramos do ordenamento jurídico.

Por intermédio da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, foram eliminados do nosso ordenamento jurídico-penal alguns tipos penais incriminadores, cujos bens atualmente, são perfeitamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico, como por exemplo, com o adultério.

O Direito Penal, deste modo, deve interferir o menos possível na vida social, devendo ser solicitado quando os demais ramos do direito, comprovadamente, não forem capazes de resguardar aqueles bens considerados da maior importância. (GRECO, 2010, p. 94)

Nesse sentido, Rogério Greco (2016, p. 77) diz que:

[...] o princípio da intervenção mínima deixa de entrever a necessidade de o Direito Penal ser aplicado de forma subsidiária, tendo em vista a drasticidade de sua resposta, permitindo, assim, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, que outros ramos do ordenamento jurídico, com primazia, procurem fazer a proteção dos bens jurídicos, somente sendo necessária a interferência do Direito Penal quando esses outros ramos demonstrarem que são ineficazes ou insuficientes à sua proteção.

Assim, embora o princípio da insignificância não possui previsão na legislação pátria, contudo, sua aplicação encontra substancial em fontes subsidiárias de direito, como na doutrina e jurisprudência, sendo esta última, inclusive, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

### **3.2.Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade surge inscrito no inciso XXXIX do Art. 5º da Constituição Federal, que aduz: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. É o princípio da legalidade, sem dúvida, o mais importante do Direito Penal.

O princípio da legalidade foi previsto expressamente em todos os nossos Códigos, desde o Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984, o qual possui quatro funções fundamentais, sendo a primeira de coibir a retroatividade da lei penal; proibir criar crimes e penas através dos costumes; proibir o uso de analogia para criar crimes, fundamentar e intensificar penas e por último, proibir incriminações vagas e indeterminadas.

Alguns doutrinadores distinguem o princípio da legalidade do princípio da reserva legal, sendo que, o primeiro é mais amplo e estatuído com fulcro no inciso II, Art. 5º da CF/1988, que diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, de forma que abarca qualquer ato normativo editado pelo poder legislativo (CF; leis complementares; leis ordinárias) ou em caso excepcional pelo poder executivo (medidas provisórias e leis delegadas), já o segundo princípio, é mais restrito (emenda, lei complementar), sendo matéria exclusiva pelo poder legislativo sem participação do poder executivo. (GOMES; MOLINA, 2007, p. 59)

Acerca do direito consuetudinário, ou comparativo, o melhor seria restringir ainda mais a possibilidade de edição de diplomas penais, ficando limitada tal possibilidade às leis complementares, tal como ocorre na Espanha, que adota as chamadas Leis Orgânicas, que lhe são equivalentes. (GRECO, 2010, p. 101).



### 3.3. Princípio da limitação das penas

Segundo Rogério Greco (2010, p. 102), a Constituição Federal preceitua no inciso XLVII de seu Art. 5º a extinção de penas, como por exemplo, de caráter perpétuo. Neste diapasão, a proibição de tais penas atende a um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III do Art. 1º da Constituição Federal, que é a dignidade da pessoa humana, a saber:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Muito se tem discutido quanto à possibilidade de implementação no Brasil as penas de morte e de caráter perpétuo. De acordo com o inciso IV, §4º, Art. 60, da Constituição Federal, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Por este princípio fica claro o limite da imposição das penas, sendo vedado a prisão de caráter perpétuo, castigos corporais, mutilação ou qualquer outra pena que coloque em sofrimento o autor de um delito sem que haja legitimidade pela necessidade da aplicação da pena. (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 87)

### 3.4. Princípio da individualização da pena (inciso XLVI, Art. 5º da C.F/88)

Individualizar a pena é um princípio constitucional expresso no inciso XLVI, Art. 5º da Constituição federal que trata do direito de todo acusado de obter, quando houver condenação, a pena justa, livre de qualquer padronização, decorrência natural da condição

individualizada, cada qual com a sua vida e personalidade. A individualização da pena, além de preceito constitucional, significa a concretização da justiça de se atribuir a cada um o que é seu, a cada um o que efetivamente merece.

Individualizar a pena é um procedimento que se dá em três momentos jurídicos bastante distintos: legislativos, judicial e executório.

A fase legislativa é quando o legislador fixa parâmetros para definir a pena, isto é, elabora o tipo penal incriminador, cabendo a ele estabelecer as penas mínimas e máxima, suficientes e necessárias para a reprovação e prevenção do crime. Não pode o legislador impor diretamente a pena, porque a definição do *quantum* da pena é função do Poder Judiciário, chamada de individualização legislativa.

Incidida e apurada a infração penal, o juiz escolhe o montante da pena adequado ao caso concreto, isto é, o juiz vai estabelecer qual das penas é aplicável e inclusive determinar o modo de executar, é a etapa da individualização judiciária. Por fim na execução da pena cabe ao Juiz determinar o cumprimento da sanção imposta ao condenado. É a individualização executória, pois a sanção penal se concretiza com a sua execução.

O inciso XLVI, no seu art. 5º da C.F, elencou as espécies de pena atribuída a aquele que transgredir as normas penais, dentre elas podemos citar: a privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Verifica-se que o princípio da individualização da pena é bastante amplo, busca-se a concretude de justiça, de sorte a corrigir as condutas consideradas ilegais praticadas pelas pessoas, tornando-as conscientes de sua responsabilidade no cenário coletivo. Ressalta-se que tal princípio permite e consagra a ressocialização do apenado, mostrando e ele que há expectativas de melhoras no seio da sociedade pela adoção de condutas permeadas na seara da ética e da moral, mesmo diante de reiteradas práticas consideradas ilegais. (FARIA, 2006 p. 241)

### **3.5. Princípio da presunção da inocência (inciso LVII, Art. 5º da C.F/88)**

A melhor doutrina aduz que a Constituição Federal da República garante a obediência literal do princípio da não culpabilidade, entendendo que nada mais é do que dizer que a pessoa (investigada em inquérito policial ou acusada em processo crime) não é inicialmente culpada, ou sob a qual não recai o pesado manto da culpa presumida, até que advinda a sentença penal condenatória, esta passe em julgado.

Desta regra de direito, extrai-se o princípio da presunção da inocência e as consequências disto são: aplicação do *in dubio pro reo*, acolhido pelo Código Processo Penal no inciso IV, Art. 386 o qual afirma que na dúvida, em favor do réu; somente decisão irreversível pode declarar a culpa do acusado, depois de provada durante a instrução processual, e só assim poderá ser considerado como culpado.

O princípio da presunção da inocência envolve além da questão do ônus da prova, mas, como também, a inadmissibilidade de qualquer forma de tratamento preconceituoso em função da condição do apenado, direito a sua imagem, ao silêncio, sem que se considere culpado, local condigno em sala de audiências ou no plenário do Júri, ao não uso de algemas, salvo em casos excepcionais, e, por fim, à cautelaridade e excepcionalidade da prisão provisória.

Portanto, para dar efetividade ao princípio comentado, é necessário ter em mente que se trata de um direito fundamental imposterável do indivíduo consagrado na Constituição Federal de 1988, buscando-se repelir qualquer forma de preconceito da sociedade sob o apenado que cumpriu sua pena, de sorte a garantir de forma plena sua reinserção na sociedade para realizar todos os atos de um cidadão comum, digno do mais nobre respeito e atenção. (JÚNIOR, 2001, p. 127)

#### 4. Das penas e espécies de pena

Assim, como apresentado às questões relativas aos direitos fundamentais, remete-se a pesquisa nesse ângulo, a estudar os princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Os princípios descritos abaixo carregam uma carga axiológica forte, uma vez que está atrelado a dispositivos constitucionais, sendo que o direito penal só dever ser acionado quando for utilizado os demais ramos do Direito. Assim, temos o princípio da legalidade, da individualização da pena, da presunção da inocência e da limitação da penas, de forma que todos eles estão insculpidos na Carta Magna, extraídos no Art. 5º, cuja violação afronta os direitos humanos, uma vez que tais ofensas perdem o caráter de humanização da pena, sendo que estas violações são facilmente encontradas dentro dos presídios brasileiros, fato este comumente aventado pela mídia e pelos órgãos ligados aos direitos humanos no Brasil.

A pena é a finalidade natural imposta pelo Estado quando alguém comete uma infração penal. Em nosso país, após uma longa e lenta evolução, a Constituição Federal, proibiu a cominação de uma série de penas, por entender, que todas elas, em sentido amplo, atingiam a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que desde os primórdios até, basicamente, o século XVIII as penas tinham como característica extremamente angustiante, uma vez que o corpo do agente é que pagava pelo mal por ele praticado. O período iluminista, principalmente no século XVIII, foi um marco inicial para uma alteração de mentalidade no que dizia respeito à cominação das penas, pois começou a preocupação da integridade física da pessoa em face aos delitos por ela cometidos, consagrando posteriormente o respeito não somente pelo corpo, mas também pela sua dignidade.

As teorias tidas como incondicionais advogam a tese da recompensa, sendo que as teorias relativas apregoam a prevenção. Melhor dizendo, a teoria absoluta ou retributiva, pois para ela o fim da pena é independente, desvinculado de seu efeito social, em que a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito.

A teoria relativa se fundamenta no critério da prevenção, que se biparte em prevenção geral (negativa e positiva) e prevenção especial (negativa e positiva). Pela prevenção geral negativa, a pena imposta ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade. Pela prevenção positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, seu propósito vai, além disso.

Por último, a prevenção especial, pode ser concebida pela prevenção negativa, em

que existe uma neutralização daquele que cometeu a infração penal, neutralização que ocorre com a sua segregação no cárcere, de sorte que a retirada momentânea do agente da sociedade o impede de praticar novas infrações penais. Pela prevenção positiva, denota caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, cuja missão da pena consiste unicamente em fazer com que o não cometa futuros delitos.

O nosso Código Penal em seu art. 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Em razão da redação contida no *caput* do Art. 59 do Código Penal, aduz que a legislação penal hodierna regula de acordo com uma teoria mista ou unificadora da pena. (GRECO, 2010, p. 114)

## 5. O Sistema Prisional

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) diz que o sistema penitenciário brasileiro está entre os dez maiores do mundo, sendo que o Ministério da Justiça, por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, é responsável pela formulação da política carcerária, de modo que este colegiado é o órgão superior de um sistema integrado pelo Departamento Penitenciário Nacional, apoiado pelo Fundo Penitenciário e, nos estados, pelos respectivos conselhos e órgãos executivos.

Neste sentido, Assis (2007, p. 05) aduz que:

A sociedade não pode esquecer que 95% do contingente carcerário, ou seja, a sua esmagadora maioria, é oriunda da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais.

Os sistemas prisionais encontraram suas origens no século XVIII, nos mosteiros da Idade Média, como punição impostas aos monges ou clérigos faltosos, fazendo com que se recolhessem às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação e arrependem-se da falta cometida. (PIMENTEL, 1983, p. 71)

Existem três sistemas penitenciários clássicos: o sistema da Filadélfia (também conhecido como Pensilvânico, belga ou celular); o de Auburn e o sistema progressivo, também conhecido como inglês ou irlandês. (GRECO, 2010, p. 118)

Pelo sistema Filadélfia o apenado cumpre a pena na cela, sem sair, salvo em casos esporádicos, como passeio isolado em um pátio circular. Não pode receber visitas ou trabalhar, era um isolamento total. Não foi adotado pelo Brasil. Notícia-se que este regime se iniciou em 1790, na Walnut Street Jail, uma velha prisão situada Rua Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos. (GRECO, 2010, p. 119)

O sistema Auburniano, criado em virtude de críticas ao sistema Filadélfia, em Nova York, no ano de 1818, permitia durante o dia, o apenado podia trabalhar em silêncio junto com os demais, havendo apenas o isolamento noturno. Este sistema caracterizava-se pelo silêncio sendo este seu ponto vulnerável, de sorte que a comunicação dos presos se dava com as mãos e gestos. Este aludido sistema não foi adotado pelo Brasil. (GRECO, 2010, p. 120)

O sistema progressivo nasceu na Inglaterra, no século XIX, em que se levava em conta o comportamento e aproveitamento do preso, demonstrados por uma conduta e trabalho,

estabelecendo-se três períodos ou estágios no cumprimento da pena. O primeiro deles, período de prova, constava de isolamento celular absoluto; o outro se iniciava com a permissão do trabalho em comum, em silêncio, passando a outros benefícios; a última etapa consistia na permissão para o livramento condicional. (GRECO, 2010, p. 121)

O que foi adotado pelo Brasil entende-se como sendo a progressividade no processo de execução, diverso daqueles sistemas apresentados acima, fundamentando nas legislações infraconstitucionais. Por isso, todo nosso sistema normativo penal está baseado na progressão, inclusive o § 1º, Art. 2º da lei N.º 8072/ 1990, pois não há vedação ao instituto da progressão da execução.

É importante ressaltar dentro desse contexto de progressão de regime, que o Brasil é signatário da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), promulgada pelo país pelo decreto nº 678, de 06/11/92, que garante as penas privativas de liberdade à finalidade essencial a reforma e readaptação dos condenados, de sorte que os estabelecimentos prisionais devem envidar esforços para efetivar os direitos consagrados na Lei de Execução Penal aos presos.

### **5.1. Os Estabelecimentos Prisionais**

Com o advento da Constituição Federal de 1988, destinou-se que a pena seria cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, em que tais estabelecimentos destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

Os estabelecimentos penais compreendem a penitenciária (destinada ao condenado à reclusão, a ser cumprida em regime fechado); a colônia agrícola, industrial ou similar (execução da pena de reclusão ou detenção em regime semiaberto); a casa do albergado (colher os condenados à pena privativa de liberdade em regime aberto e à pena de limitação de fim de semana; o centro de observação (realizados os exames gerais e criminológicos); hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (destina os doentes mentais, desenvolvimento incompleto ou retardado) e a cadeia pública (remetido os presos provisórios em virtude de prisão em flagrante, prisão temporária ou prisão preventiva).

Os estabelecimentos penais devem ser dotados de compartimentos distintos para as diferentes categorias de reclusos, de maneira que os presos provisórios fiquem separados dos condenados definitivos e os presos primários sejam mantidos em seção distinta da reservada ao reincidente, embora na prática tal realidade mostra-se invertida. (MARCÃO,

2012, p. 88)

## 5.2. Os Tipos De Regimes Prisionais

Neste contexto, o sistema prisional brasileiro adota atualmente os regimes prisionais: regime fechado, semiaberto, aberto, além das medidas de segurança de internação. O local e forma do cumprimento da pena é estabelecido pelo juiz dependendo do tipo e gravidade do delito. (BEBER, 2007, p. 149)

Assim, o Código Penal prevê duas penas privativas de liberdade, a de detenção e reclusão. A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção cominada e o bem jurídico por ele protegido. (BEBER, 2007, p. 150)

A pena de reclusão abrange com maior complexidade a pena de detenção, em que aquela deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, enquanto está em regra será em regime semiaberto ou aberto. Pela diferenciação, verifica-se que no caso de concurso material, aplicam-se cumulativamente as penas de reclusão e de detenção, executando-se primeiro aquele com fulcro no Art. 69, *caput*, e 76 do CP. No que diz respeito ao efeito da condenação, a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, somente ocorrerá com a prática de crime doloso, punido com reclusão, cometido contra filho, tutelado ou curatelado (Art. 92, II, do CP).

De acordo com a lei penal (Art. 33, §1º, do CP), considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

O Código Penal, pelo seu §2º, Art. 33, determina que as penas privativas de liberdade devam ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, e fixa critérios para a escolha do regime inicial de cumprimento de pena. (MARCÃO, 2012, p. 91).

Transitado em julgado a sentença penal condenatória, tendo sido determinado ao condenado o cumprimento de sua pena em regime fechado, será ele encaminhado à penitenciária, nos termos do Art. 87 da Lei de Execução Penal, expedindo-se, por conseguinte o guia de recolhimento para a execução, vez que sem ela não poderá ser recolhido para cumprimento de pena privativa de liberdade (Art. 107 da LEP).

O condenado a pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido,



no início do cumprimento da pena, a exame criminológico para a caracterização de elementos hábeis a uma devida classificação e com vista notória à individualização da execução (Art. 8º da LEP e Art. 34, *caput*, do CP). No regime semiaberto poderá também ser realizado o exame criminológico, com fulcro neste aludido artigo, embora após o advento da Lei n. 10.792/2003 o entendimento é que a lei não mais exija expressamente a comprovação de mérito, tampouco condicione a progressão ao parecer da comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico. (GRECO, 2010, p. 128)

### 5.2.1 Progressão por Salto

O apenado que cumpre o regime fechado não pode passar diretamente para o regime aberto. Não se admite progressão por salto, com a passagem de regime mais severo para o mais brando, sem a fase do regime intermediário, mesmo na hipótese de já ter cumprido o condenado tempo de pena suficiente no regime fechado.

No que diz respeito, ainda, à progressão de regime, o Supremo Tribunal Federal, aprovou as Súmulas nº 716 e nº 717, explicitando a progressão de regime mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O STF editou também, ainda, a Súmula Vinculante nº 26, publicada no *DJe* de 23 de dezembro de 2009, declarando a inconstitucionalidade do Art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. (GRECO, 2010, p. 131)

O juízo das execuções criminais, nos precisos termos da alínea “b”, inciso III, Art. 66, da Lei de Execução Penal, decide sobre a progressão de regime. Ao Ministério Público incumbe a fiscalização da execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução, embora na prática muitas vezes a exigência de prévia manifestação da Defesa cai no esquecimento e permanece inquestionada em segunda instância, quando deveria ser severamente atacada. (MARCÃO, 2012, p. 94)

Assim, temos entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a saber:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - RECONHECIMENTO DE FALTA-GRAVE - REGRESSÃO DE REGIME "POR SALTO" - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA. Impossível que a regressão, assim como a progressão, faça-se por "saltos" e ponha o segregado do regime aberto diretamente para o regime fechado sem desatender ao comando do artigo 112 da LEP.

O cometimento de falta grave, nos termos do artigo 118, inciso I, da Lei de Execução Penal, sujeita a transferência do condenado para regime mais rigoroso do que o que cumpria a pena. Confira-se:

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

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

(...)

Contudo, a meu ver, não pode haver a regressão do regime aberto diretamente para o fechado, sem a passagem pelo regime intermediário, qual seja, o semiaberto.

Apesar de não haver regra que estabeleça que a regressão seja gradativa, como a progressão, a jurisprudência vem entendendo pela impossibilidade da regressão por salto, devendo-se observar a mesma regra da progressão, prevista no art. 112 da LEP, que prevê:

Art. 112. 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. (...)

Dessa forma, se o reeducando está a cumprir pena em regime aberto, o cometimento de falta grave reconhecida e homologada pelo juízo competente, impõe a regressão ao regime semiaberto. (Agravo em Execução Penal 1.0035.12.000555-4/002 – Comarca de Araguari/MG, 3ª Câmara Criminal do TJMG, Rel. Des. Paulo César Dias. Data Julg. 09/10/2018, Publ 19/10/2018).

Por fim, conforme disposto no entendimento consolidado por intermédio da Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não se admite a progressão de regime por salto, ou seja, do regime aberto para o regime fechado.

### **5.3. Breves Comentários Sobre a Lei de Execução Penal Nº 7210/1984**

A Lei de Execução Penal traz em seu bojo o sistema de progressividade de regime, passando o condenado do mais severo para o menos rígido. Pela melhor doutrina, segundo Renato Marcão (2012, p. 91) a redação antiga do Art. 112 desse mesmo diploma legal, exigia expressamente a comprovação de mérito para a progressão, devendo a decisão do juízo ser motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Apesar de que lei não mais exija de maneira expressa a comprovação de mérito, também não condicione a progressão ao parecer da comissão Técnica de Classificação ou a exame criminológico, ao contrário do que muitas vezes se tem sustentado, mesmo após o advento da Lei n. 10.792/2003 continua a entender que o direito à progressão ainda repousa no binômio tempo e mérito.

Importa destacar que em sede de progressão de regime vale o princípio *in dubio pro societate*, de sorte que devem coexistir os requisitos objetivos (cumprimento de 1/6, na

generalidade dos crimes; 2/5, se primário, ou 3/5, se reincidente, em se tratando de crimes hediondo ou assemelhados) e subjetivo (boa conduta carcerária, comprovada por atestado firmado pelo diretor do estabelecimento; portanto, mérito à progressão).

Importa anotar, que o Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradamente de forma contrária, por entender que o Art. 112 da LEP não veda a realização do exame criminológico, pois a superveniência da Lei n. 10.792/2003 não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização de exame para aferição da personalidade e do grau de periculosidade do sentenciado.

### **5.3.1 Os Problemas da Efetivação da Lei de Execução Penal**

É importante ressaltar o flagrante da violação da lei de execução penal no tocante a sua aplicabilidade prática exercida pelas autoridades policiais e judiciárias, de sorte que o processo de ressocialização do apenado torna-se mais difícil, envidando assim um esforço descomunal do estado para a adaptação do reeducando a sociedade.

Com o advento da Lei de Execuções Penais LEP (Lei 7210 de 17 de junho de 1984) se concretiza, um marco histórico no tocante as inovações do processo de execução da penal, sendo o Brasil detentor de uma das mais evoluídas leis de execução penal. Deste modo, a Lei de Execução Penal elenca em seus artigos 40, 41, 42 e 43 todos os direitos dos presos, são eles: assistência material, assistência à saúde, assistência jurídica, assistência educacional, assistência religiosa, assistência social, auxílio-reclusão, direito à visitas, direito à visita íntima.

Acerca do tema Nucci aduz:

Por outro lado, a Lei de Execuções Penais, em seu Art. 39, estabeleceu alguns deveres para o preso, condenado ou provisório: comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença, obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, urbanidade e respeito no trato com os demais condenados, conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina, execução dos trabalhos, das tarefas e das ordens recebidas, submissão à sanção disciplinar imposta, indenização à vítima ou aos seus sucessores, indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho, higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento, conservação dos objetos de uso pessoal. (NUCCI, 2009, p. 190).

Outro importante direito previsto pela LEP é o direito do maior de sessenta anos e

da mulher ficarem em prisões adequadas as suas condições pessoais. A LEP também assegura que a mulher deve ficar presa em estabelecimento que tenha berçário; que os presos cumpram a pena em celas individuais com área mínima de seis metros quadrados e que contenha dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Um aspecto extremamente relevante é a questão do voto, pois a Constituição Federal aduz em seu inciso III, Art. 15, aduz que é vedada a cassação dos direitos políticos ao apenado, porém, quanto aos presos que não foram condenados já possui o direito de votar. Entretanto, é de competência de cada Tribunal Regional Eleitoral definir como o preso vai votar e em muitos estados o TRE estabelece que não exista a possibilidade dos presos votarem em virtude dos gastos.

O problema enfrentado pelo nosso ordenamento pátrio que disciplina a execução penal brasileira remonta à discrepância do preceito legal preterido pela norma e sua aplicabilidade prática, sendo que o momento da execução da pena em vez de salvaguardar os direitos dos apenados com fulcro na sua ressocialização torna-se o período que o apenado mais sofre.

É notório o descalabro aos direitos fundamentais vilipendiados dos apenados por alguns agentes revestidos da autoridade do estado com torturas silenciosas que não deixa mais vestígios no corpo, mais que fulmina na pena perpétua que deixa suas horrendas marcas na alma. (NUCCI, 2009, p. 202)

Além dos direitos adquiridos pela Constituição Federal, a Lei de Execução Penal (LEP) deixa clara a obrigatoriedade dos presídios, penitenciárias, casas de detenção e albergado fito a reinserção do apenado a sociedade.

A que se falar que não são poucos os casos que reclusos condenados a crimes de pouco potencial lesivo, sem violência ou grave ameaça à pessoa, que ao saírem do cárcere se tornaram homicidas, rapinadores, sequestradores entre outras espécies de criminosos violentos, vez que grande parte dos presos nunca vê o estabelecimento de regimes aberto ou semiaberto, cumprindo na maioria das vezes sua pena numa prisão de regime fechado ou até mesmo em delegacias.

A separação por categorias de reclusos previstos na LEP atende às regras mínimas para o tratamento de reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955 pelo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, embora na prática tais condições não sejam efetivadas, e o que se verifica na maioria das vezes são homens e mulheres detidos em estabelecimentos juntos; presos preventivos junto com presos condenados; pessoas presas por dívidas ou outros reclusos do foro civil mantido junto

daqueles reclusos de foro criminal e os jovens reclusos mantidos com os adultos.

O Estado não pode infringir ao condenado de cumprir sua pena em regime mais rigoroso por desídia, se foi determinado na sentença condenatória que o cumprimento se daria em regime aberto, ou seja, em casa de albergado ou estabelecimento similar.

Neste sentido, o STJ tem decidido:

Encontrando-se o condenado cumprindo pena em regime mais gravoso do que lhe fora imposto, em razão de inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado ou inexistência deste, cabível a imposição de regime mais brando, em razão de evidente constrangimento ilegal. É dever do Poder Público promover a efetividade da resposta penal, na dupla perspectiva da prevenção geral e especial; entretanto, não se podem exceder os limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória. [...]

Ordem concedida para restabelecer a prisão” domiciliar do ora paciente até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime aberto (STJ, HC 97940/RS, HC 2007/0310464-6, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 8/9/2008).

Por fim, diante dessa omissão estatal, embora o mundo jurídico cultue uma forma ideal de ser, o Estado acaba fomentando o aumento da criminalidade, o desestímulo da persecução penal e a condenação criminal pelos órgãos essenciais à justiça, projetando uma carga pesada naqueles condenados que buscam cumprir suas penas, que ao saírem dos aludidos estabelecimentos não possui condições para sua reinserção no seio da sociedade, seja por falta de habilidade profissional, conhecimento, dentre outros motivos. (MARCÃO, 2011, p. 347)

Neste diapasão, na prática vislumbra-se que muitos estabelecimentos carcerários não possuem comprometimento com a ressocialização do apenado, não se preocupando com a concessão do trabalho como forma de demonstrar a utilidade do preso em seu convívio carcerário, embora esteja longe da sociedade comum, e conseqüentemente sua progressividade rápida de regime.

Assim, todo o condenado definitivo está obrigado ao trabalho, o que não se confunde com a pena de trabalho forçado, e, de conseqüência, não contraria a norma constitucional estabelecida na alínea “c”, inciso XLVII, Art. 5º. Para o preso provisório o trabalho é facultativo, e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

Nos precisos termos do Art. 36 da Lei de Execução Penal, o trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas às

cautelas contra a fuga em favor da disciplina, e a prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso (§3º).

Por esta razão, se o Estado, se o trabalho é um direito do preso com fulcro no inciso II do Art. 41 da LEP, em virtude da incapacidade administrativa do Estado, não lhe fornece trabalho, não poderá o preso ser prejudicado por isso, uma vez que o trabalho gera direito à remição da pena, fazendo com que para cada três dias de trabalho o Estado tenha de remir um dia de pena do condenado (GRECO, 2010, p. 131).

Discordando desse posicionamento, César Roberto Bitencourt (2000, p. 213) aduz que aqueles que sustentam o direito à remição, independentemente de o condenado terem trabalhado, não defendem também o pagamento da remuneração igualmente prevista na lei para aqueles milhões de desempregados, de analfabetos de enfermos, concluindo, o que seria lógico.

Neste sentido, Renato Marcão assevera que o pedido de remição da pena embasado no fato de se encontrar recolhido o sentenciado em estabelecimento penal inadequado, onde teve cerceado seu direito de trabalhar e assim remir parte de sua pena, não encontra amparo legal. (MARCÃO, 2012, p. 97)

### **5.3.2 Importância dos Tratados Internacionais face ao sistema carcerário brasileiro**

A Constituição Federal de 1988 coloca em destaque a dignidade da pessoa humana, princípio este basilar em nosso ordenamento jurídico, sendo que o §3º, Art. 5º do mesmo diploma legal, aduz que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes à emendas constitucionais, tendo força de norma supra legal, qual seja, os tratados estão acima das leis infraconstitucionais e abaixo da Carta Magna, situação esta já consolidada pelo STF.

Por se tratar de direitos humanos, as violações ocorridas no sistema carcerário violam não somente as legislações internas, mas também as legislações internacionais, no qual o Brasil é signatário. A superlotação, as rebeliões, restrições de direitos dos presos e a inaplicabilidade da Lei de Execução Penal, violam dispositivos normativos internacionais que evidenciam o humanismo e ressalta a dignidade da pessoa humana, pois embora se encontre preso, o que está restrito é tão somente a sua liberdade de ir e vir.

O Brasil se submete ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), bem como ao Pacto de São José da Costa Rica (1969),

que constantemente vem sinalizando sobre a masmorra e a precariedade do sistema carcerário brasileiro, pois o que está em jogo são direitos considerados fundamentais.

Para salvaguardar os direitos dos presos e a materialização dos tratados, tivemos a Resolução nº 213 de 15/12/2015, do CNJ, que trata dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, cumprindo assim o que preconiza no Art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como o disposto no Art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de forma que a pressão internacional vem se mostrando combativa no tocante as barbáries ocorridas no interior do presídio.

## 6. Efeitos Carcinógenos da Prisão

Hodiernamente o sentimento de que o cárcere é o meio eficaz para realizar todos os fins colimados pela sanção penal e que, dentro de certas condições, seria possível reeducar o cidadão infrator tornar-se-ão passíveis de discussão, vez que na maioria das vezes o reeducando é vítima do próprio sistema prisional, além do enfrentamento com a sociedade que na maioria das vezes fecham as portas para os infratores que já cumpriram ou cumprem suas penas.

Tal quadro se deve, precipuamente, ao efeito criminógeno da prisão, porquanto em vez de frear a delinquência, o cárcere parece fomentá-la, oportunizando toda espécie de afronta a um dos baluartes do Estado Democrático do Direito: o princípio da dignidade humana. (ZAFFARONI, 2001, p. 174)

O maior objetivo das penas privativas de liberdade é a ressocialização, ou seja, preparar o aprisionado para que este possa voltar a sua vida social. Mas, ao tratar das condições em que os presos são submetidos dentro dos presídios percebemos que as prisões estão funcionando como verdadeiras escolas do crime.

A sociedade, como um todo, contenta-se com o objetivo de que a pena privativa de liberdade seja a forma de punir o condenado de algum mal injusto. Se ao apenado for aplicada uma pena restritiva de direitos ou mesmo a de multa, a sensação, para a sociedade, é de impunidade, pois o homem, infelizmente, ainda se regozija com o sofrimento causado pelo encarceramento do infrator.

Em seu trabalho de “Execução Penal” o professor Júlio Fabbrini Mirabete comenta que a criminologia crítica defende sobre a provável reinserção do preso a sociedade:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as graves contradições que agravam as graves contradições que existem no sistema social exterior [...] A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena incorporação ao meio social. A prisão não cumpre uma função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção de estrutura social de dominação (RT662, p. 250. In: MIRABETE, 2000, p. 24).

Neste diapasão, verifica-se que a prisão nem sempre vem garantindo uma vida próspera ao apenado que cumpriu sua pena após o retorno a sociedade, pois na maioria das vezes na própria cela sua dignidade é surrupiada por maus tratos tanto da parte dos agentes de



segurança, bem como a violência praticada pelos presos. Além dos fatores internos, verifica-se que no meio externo o apenado acaba não encontrando meios para garantir sua sobrevivência digna, em que a sociedade perfaz pelo processo seletivo, a exclusão daqueles que possuem ou já possuíram problemas com o judiciário. (MIRABETE, 2000, p. 27)

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça vem concedendo indenização por danos morais a reclusos em condições desumanas, dentre eles destacamos:

REsp 873039 MS 2006/0167518-5 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. PRESIDÁRIO. CARCERAGEM. LOTAÇÃO DESARRAZOADA. CONFIGURAÇÃO DA NEGLIGÊNCIA ESTATAL. SÚMULA N.º 07 DO STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO DEVIDOS PELO ESTADO À DEFENSORIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE.

A nível estadual, o TJMG, recentemente entendeu cabível dano moral a detento submetido em más condições de encarceramento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL E COLETIVA. ANTIGA CADEIRA PÚBLICA DE TEÓFILO OTONI. RE N. 580.252, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. SUPERLOTAÇÃO E MÁS CONDIÇÕES DE ENCARCERAMENTO. PROVA. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- No âmbito do julgamento do RE n. 580.252, submetido ao regime da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal fixou tese segundo a qual "considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento".

- Estando comprovado que, na antiga Cadeia Pública de Teófilo Otoni, havia superlotação e os detentos eram submetidos a más condições de encarceramento, é cabível a condenação do Estado de Minas Gerais em dano moral individual e coletivo. (Apelação Cível Nº 1.0686.08.218283-9/001, Comarca de Teófilo Otôni, 1ª Câmara Cível do TJMG, Des. Alberto Vilas Boas, Data Julg. 16/04/2019, Publ. 30/04/2019).

O índice de reincidentes no Brasil é altíssimo, reforçando a pouca efetividade do papel de ressocialização pretendido pelas instituições prisionais, asseverando que depois de sair da prisão, se tem mais chance de retornar para ela, pois, na maioria das vezes o apenado aprende várias habilidades com os próprios encarcerados durante o tempo que lá permaneceu. (FOUCAULT, 2007, p. 51)

Fatores materiais, psicológicos e sociais contribuem para esse panorama,

aviltando, denegrindo e embrutecendo o apenado, além de reforçar seus valores negativos. Não se pode olvidar que existem as deficiências de alojamento; maus-tratos verbais suportados pelos detentos; superlotação carcerária; abusos sexuais; costume do recluso de mentir e dissimular, criando um automatismo de astúcia para o cometimento de novas infrações e a segregação do indivíduo de seu ambiente, dando ensejo a uma profunda desadaptação.

Durante o cumprimento da pena dos condenados, observa-se claramente a existência de presídios sem qualquer infraestrutura, falta de condições humana e materiais, superlotação carcerária, isolamento do preso em relação a sua família e a constante convivência forçada no meio de outros delinquentes mais ofensivos, não cumprindo com o preceito mandamental do cumprimento da pena ser em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Outro ponto a se considerar refere-se ao comércio de drogas no interior de estabelecimentos prisionais, em que muitos apenados iniciam o vício ou até mesmo o tráfico ilícito de drogas dentro dos estabelecimentos. A subcultura carcerária possibilita o incitamento a determinados tipos de condutas consideradas criminosas, pois ao apenado não possui o livre arbítrio de escolha entre um ou outra conduta, ficando as vezes submisso ao regime carcerário adotado pelos presos, sob pena de serem castigados. (BARATTA, 2002)

Ressalta que as três principais organizações criminosas brasileiras – o Primeiro Comando da Capital (PCC), o Comando Vermelho e o Primeiro Comando do Maranhão – nasceram no interior de estabelecimentos prisionais.

Nesse contexto que o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em setembro de 2015, reconheceu o estado de coisas inconstitucional relativamente à crise prisional do país. Trata-se da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, que, dentre outras medidas, determinou a efetivação das audiências de custódia, assim como a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para aplicação em suas finalidades.

Percebe-se que o sistema prisional é ocupado majoritariamente por pessoas de baixa renda, sem influência política e econômica junto aos poderes constituídos, fato este que somente começou a ganhar novos contornos com o paradigmático julgamento da Ação Penal 470, popularmente conhecida como “mensalão”, bem como a partir da nova interpretação quanto à autorização para execução da pena antes do trânsito em julgado definitivo (HC 126.292, julgamento pelo plenário do STF em 17 de fevereiro de 2016).

Assim, segundo orientação do STF é lícito ao poder judiciário impor à Administração

Pública a obrigação de fazer, visando a promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais com escopo de garantir efetividade ao preconizado no princípio da dignidade da pessoa humana, de forma a assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, conforme dispõe no inciso XLIX, art. 5º da Constituição Federal de 1988. (STF - RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski - Tribunal Pleno - j. 13/08/2015 – Repercussão Geral)

### **6.1 Situação Atual do Sistema Carcerário Brasileiro Frente aos Direitos Humanos**

Segundo dados do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF, alusivo ao novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil, verifica-se que a população no sistema prisional equivale a 563.526 mil, sendo que a capacidade do sistema prisional é de 357.219 vagas, apresentando um déficit de vagas em torno de 206.307 mil presos. Ressalta que as pessoas em prisão domiciliar no Brasil equivalem a 147.937 mil, cujo total de pessoas presas é de 711.463 mil, ocasião em que o déficit de vagas é de 354.244. No tocante ao número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP, destacamos aproximadamente 373.991 mil, cujo total de pessoas presas somadas àquelas que estão com Mandados de Prisão em aberto perfaz em 1.085.454, sendo o déficit de Vagas de 728.235. (CNJ, 2014, *online*)

Sabe-se que a prisão está em crise, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade –absoluta ou relativa –de obter algum efeito positivo sobre o apenado, sendo certo que a superlotação dos presídios é, certamente, um dos problemas mais graves que contribui para sucatear o sistema penitenciário. Cada vez mais a população carcerária cresce e um número insuficiente de presídios é construído para atender à demanda das condenações, conforme se observa:

Os principais problemas enfrentados são: a superlotação; a deterioração da infraestrutura carcerária; a corrupção dos próprios policiais; a abstenção sexual, o suicídio; as rebeliões; a má administração carcerária; a falta de apoio de uma legislação digna dos direitos do preso; a falta de segurança e pessoal capacitado para realizá-la, e a reincidência que é de vital importância para as vistas da sociedade. Todos estes problemas demonstram que o sistema prisional brasileiro está aniquilando qualquer possibilidade de o preso se recuperar. (BITENCOURT, 2006, p. 129)

Outro problema de alta gravidade encontrada nesse ecossistema corresponde à morosidade processual, sendo que a falta de agilidade processual tem sido um inconveniente

bárbaro, uma vez que tortura os criminosos não perigosos, que cometeram crimes leves, e contribui para a degeneração dos presos provisórios. Muitos prisioneiros costumam passar anos nas cadeias brasileiras sem ao menos terem sido sequer condenados.

É cediço, que o sistema carcerário brasileiro funciona à margem das regras internas e internacionais pertinentes. Há um enorme e inadmissível distanciamento entre o ideal normativo e a realidade prática.

A grave superlotação é talvez o mais básico e crônico problema afligindo o sistema penal brasileiro. Como todos os administradores prisionais sabem, prisões superlotadas são extremamente perigosas: aumentam as tensões elevando a violência entre os presos, tentativas de fuga e ataques aos funcionários prisionais. (PERINO, 1983 p. 314).

Neste impasse, tem-se decidido que a falta de vagas ou inexistência de estabelecimentos adequado para cumprimento do regime prisional inicial imposto na sentença não constitui motivo a autorizar o juiz da execução efetuar mudança para regime mais rigoroso.

Com o mesmo raciocínio, em se tratando de pena a ser resgatada no regime semiaberto, são recorrentes as decisões apontando que, na falta de vaga em colônia penal agrícola, admite-se excepcionalidade o recolhimento domiciliar, pois o réu condenado a regime prisional nesse regime não pode cumprir em regime fechado. (MARCÃO, 2012, p. 109)

Nesse mesmo sentido, tem o STJ decidido:

A teor do entendimento desta Corte admite-se a concessão da prisão domiciliar ao apenado, cumprindo pena em regime aberto, que se enquadre nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal ou, excepcionalmente, como no caso em tela, quando se encontrar cumprindo pena em estabelecimento compatível com regime mais gravoso, por existência de vagas em casa de albergado. (STJ, REsp. 919661/RS, REsp. 2007/0017329-8, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., DJ 7/4/2008).

A superlotação desencadeia uma série de problemas que desestabiliza a segurança prisional como, por exemplo, as constantes rebeliões. Muitas delas acontece em virtude da reivindicação dos presos a efetivação dos direitos consagrados na Lei de Execução Penal. Um dos exemplos mais conhecidos no Brasil que retrata esse alarmante quadro de superlotação e as intensas rebeliões em interregno de tempo cada vez menores foi Casa de Detenção de São Paulo – o Carandiru, que embora oferecesse vagas para 3.250 indivíduos registrou um número quase duas vezes maior de internos, sendo que no pavilhão cinco o número de detentos

alcançou cerca de 1600 homens, o triplo do que o bom senso recomendaria para uma cadeia inteira. Diante tal descalabro, no dia 02 de outubro de 1992 culminou com uma mega rebelião, conhecido como o Massacre do Carandiru. (VARELLA, 1999, p. 412)

Em janeiro de 2017 tivemos a maior rebelião em presídio na história do Rio Grande do Norte, sendo que a Secretaria de Estado da Segurança Pública e da Defesa Social do Rio Grande do Norte confirmaram a morte de 26 detentos na rebelião na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, em Nisia Floresta, na região metropolitana de Natal, ocasião em que o Governo daquele local assumindo para si sua responsabilidade, dispondo se a indenizar as famílias das vítimas.

Percebem-se as constantes violações aos direitos humanos daquelas pessoas que estejam no cumprimento de suas penas, o qual não se pode ignorar uma considerável ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana que permeia no ambiente carcerário brasileiro.

Segundo Sarlete (2005, p. 124 o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, baseia-se como sendo:

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana

Infelizmente no Brasil a regra é que a maioria dos ex-detentos retorne à sociedade e voltem a delinquir e, como consequência, acabam retornando à prisão. Essa realidade vivenciada pelos brasileiros nada mais é que um tratamento e condição a que o condenado é submetido nos cárceres durante sua prisão, demonstrando que a prisão não é suficiente e não atinge sua função de ressocialização, que aliadas ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade.

Por fim, considera também que a maioria das pessoas que se encontram encarceradas ou no meio da criminalidade, é oriunda da classe dos marginalizados da sociedade, ou seja, pobres, desempregados, pessoas sem oportunidades, com históricos de familiares que já tiveram passagem. Pessoas estas que cedo ou tarde retornaram ao meio social e muitas vezes voltarão de forma pior do que entraram, e mais uma vez a vítima dessa falha será a sociedade. (BALESTRERI, 2003, p. 139)

## 7. Da Prisão domiciliar: Breves considerações

A prisão domiciliar comporta dois gêneros, quais sejam, prisão provisória e a prisão no cumprimento da pena, sendo que no primeiro caso, pode ser em decorrência de flagrante delito e no segundo caso, decorre de uma condenação criminal transitado em julgado.

A prisão cautelar domiciliar foi introduzida com a Lei nº 12.403/2011, e possibilita, dentre outras coisas, restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva; tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, por isso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistências, o arrefecimento do rigor carcerário; reduzir o contingente carcerário e reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado. (MARCÃO, 2012, p. 192)

Antes da reforma da Lei nº 12.403/2011, a Lei de Execução Penal já dispunha da prisão em regime de albergue domiciliar em seu art. 117, todavia, destinada apenas aos condenados com a pena a cumprir no regime aberto, sendo que, somente as pessoas condenadas e somente nos casos de pena a ser cumprida no regime aberto é que podia se beneficiar dessa modalidade de cumprimento de pena, não se prestando esse benefício às pessoas presas em razão de prisão preventiva. (MARCÃO, 2012, p. 193)

Nesse sentido, a prisão domiciliar é modalidade de prisão cautelar em regime domiciliar, cuja concessão se encontra condicionada à satisfação de determinados requisitos, sendo que na fase de investigação, está condicionada à existência de requerimento do investigado, do Ministério Público ou de representante da autoridade policial.

Assim, a prisão domiciliar é uma espécie de prisão em substituição à prisão preventiva, sendo está prisão domiciliar instituída pela Lei nº 12.403/2011, que alterou o CPP, conforme se observa abaixo:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV – gestante; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

No tocante a aplicação da prisão domiciliar após a condenação, as condições estão previstas no art. 117 da Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal (LEP), conforme se depreende abaixo:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (VETADO);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO);

Parágrafo único. (VETADO).

O regramento da prisão domiciliar será aplicado antes da condenação, como medida

cautelar, ou após, no qual nota-se, que essa prisão do CPP, distingue-se daquela prevista no art. 117 da Lei nº 7.210/1984, destinada ao preso que já está condenado por sentença definitiva e, nessa condição, cumpre pena em regime aberto.

Também não se confunde a prisão domiciliar dos arts. 317 e 318 do CPP com a medida cautelar diversa da prisão cautelar no art. 319, inciso V do CPP, consistente no recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga. (AVENA, 2012, p. 954)

Enquanto a prisão domiciliar substitui a prisão preventiva nas hipóteses estabelecidas em lei, o recolhimento domiciliar do inc. V, art. 319 do CPP subsiste como medida cautelar que pode ser aplicada autonomamente. Nas hipóteses dos art. 317 e 318 do CPP, opera-se a decretação da preventiva, que tem determinado o seu comportamento em forma de prisão domiciliar, sendo que no caso do inc. V, art. 319 do CPP, ocorre o inverso, pois o que o juiz impõe é uma medida cautelar diversa da prisão (recolhimento domiciliar) que, entretanto, poderá vir a ser convertida em prisão preventiva, se descumprida injustificadamente pelo agente e se não for cabível sua substituição ou cumulação com outra não privativa de liberdade. (AVENA, 2012, p. 954-955)

Assim, no tocante ao art. 318 do CPP, é importante saber que o cumprimento da prisão preventiva sob a forma de prisão domiciliar nem sempre pode levar em conta a literalidade das hipóteses versadas naquele dispositivo, sendo necessária, em algumas situações, análise do caso concreto, como por exemplo, imagine-se a situação do preso provisório que, apesar de ter 80 anos, está em boas condições de saúde e, ainda, em razão de seu direito à prisão especial, encontra-se recolhido em sala de Estado-Maior, razão pela qual não se vê motivo para autorizar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, pois embora esteja idosa, não está acometida de limitações de ordem física ou mental. (AVENA, 2012, p. 956)



## **8. Prisão domiciliar: análise da concessão de prisão domiciliar ao sentenciado a cumprimento de pena em regime fechado ou aberto**

Vimos que atualmente a prisão não tem caráter ressocializador, já que a Lei de Execução Penal (LEP) não vem sendo cumprida, onde se tem presos nos diversos regimes cumprindo pena juntos, além da questão da superlotação dos presídios comuns, que acaba em muitos casos, violando direitos dos presos.

O art. 33 do Código Penal regula sobre a pena de reclusão, que deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, considerando o regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou médica; o regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e por fim, o regime aberto, cuja execução da pena é em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Mesmo que a lei estabeleça as condições do regime, o que ocorre é que os juízes e tribunais superiores, visando salvaguardar direitos e garantias fundamentais, muitas vezes violado no encarceramento, acaba fixando regimes diversos ao preconizado segundo a fixação da pena, como por exemplo, para crimes que comportem regime semiaberto ou aberto.

Desta feita, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no caso de falta de vagas, em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar), deve-se conceder, ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto (casa de albergado ou estabelecimento adequado), ou, na falta de casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vaga.

Assim, no caso do sentenciado, temos o art. 117 da Lei nº 7.210/1984:

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

Neste diapasão, embora o citado artigo diga sobre a prisão domiciliar e quais as situações, percebe-se que esta pode ser aplicada em outras hipóteses, como por exemplo, quando não houver vaga no estabelecimento prisional e condições para oferecer assistência à saúde ao apenado.

A precariedade do sistema prisional brasileiro faz repensar o cumprimento da pena no regime domiciliar, de modo que, esta forma de regime, não extingue o cumprimento da pena e

tem o condão de ressocializar o apenado, levando-se em consideração princípios constitucionais, da proporcionalidade, da humanidade, da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, em prévia análise ao regime fechamos, segundo Norberto Avena (2018, p. 203), temos que:

Infelizmente, no Brasil a realidade carcerária corre à revelia dessa normatização, caracterizando-se muitas de nossas penitenciárias como ambientes absolutamente insalubres, onde se concentram, na mesma cela, número de presos superior à sua capacidade, prejudicando sensivelmente o processo de readaptação do preso à sociedade. Consequência dessa situação desastrosa que atinge o preso é a criação de ambiente negativo ao reajustamento, facilitando a reincidência criminosa que, bem sabemos, atinge níveis alarmantes no país. Sensível a essa realidade, em muitos casos o Poder Judiciário tem ordenado a interdição total ou parcial de estabelecimentos prisionais, ora simplesmente proibindo o ingresso de novos sentenciados, ora também determinando sua transferência para outros locais.

No caso do regime semiaberto, o professor Renato Marcão (2016, p. 149-150), diz que:

(...) é notória a falência do regime semiaberto, que pode ser identificado por diversos fatores. Em primeiro lugar, e destacadamente, exsurge a absoluta ausência de estabelecimentos em número suficiente para o atendimento da clientela. Diariamente, inúmeros condenados recebem pena a ser cumprida no regime inicial semiaberto. Entretanto, em sede de execução, imperando a ausência de vagas em estabelecimento adequado, a alternativa tem sido determinar que se aguarde vaga recolhido em estabelecimento destinado ao regime fechado, em absoluta distorção aos ditames da Lei de Execução Penal.

Não raras vezes a pena que deveria ser cumprida desde o início no regime intermediário acaba sendo cumprida quase que integralmente no regime fechado. Quando não, o executado aguarda a vaga para o sistema semiaberto na cadeia pública, e, por interpretação equivocada de alguns juízes e promotores que atuam na execução penal, acabam por não usufruir de direitos outorgados aos presos com pena a cumprir no regime semiaberto, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de saídas temporárias.

Quanto ao regime aberto, Renato Marcão (2016, p. 152) continua discorrendo:

Contudo, como já se sabe, a quase absoluta ausência de estabelecimentos penais do gênero tem impossibilitado, em regra, o cumprimento de tais penas conforme o desejo da Lei de Execução Penal, já que passam a ser cumpridas, ambas privativa de liberdade no regime aberto e limitação de fim de semana, em regime domiciliar, ao arrepio da lei, porém, no mais das vezes, sem outra alternativa para os juízes e promotores que operam com a execução penal.

É cediço que a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do

condenado em regime prisional mais gravoso, no entanto que, em caso do regime aberto, caso não tenha casa de albergado, o juiz pode sentenciar o cumprimento da pena em prisão domiciliar, mesmo não seguindo o que preconiza a lei, não podendo pois, colocá-lo em regime semiaberto.

Nos termos da Súmula Vinculante nº 56 do STF, a ausência de estabelecimento penal adequado não permite a manutenção do condenado em regime mais gravoso, sendo que, admite-se também a prisão domiciliar ao reeducando em cumprimento de pena no regime semiaberto, desde que observados as exigências fixadas no RE 641.320/RS.

No tocante ao regime aberto, é possível a aplicação da prisão domiciliar, porém, e no caso de regime fechado, é possível ao cumprimento do sentenciado no regime domiciliar?

Em que pese a discussão girar em torno da prisão domiciliar a apenados em regime aberto ou semiaberto, há a possibilidade de ampliação do rol de hipóteses autorizadas de concessão da prisão domiciliar, previstas no art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP), tendo o tribunal aplicado para situações de gravidade de saúde do apenado.

Corroborando com esse entendimento, a aplicação da prisão domiciliar além dos casos previsto no art. 117 da LEP é possível, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitido de forma excepcional, o cumprimento da pena em residência particular em situações em que o réu é acometido de doença grave e também em casos de absoluta inexistência de estabelecimento especial adequado à sua condição pessoal, tendo no caso de doença, a exigência de comprova, conforme se vê no julgado da Suprema Corte abaixo:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE. NÃO-COMPROVAÇÃO. TRATAMENTO POSSÍVEL NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. 1. Habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem, em que se pretendia o reconhecimento do direito à prisão domiciliar. 2. O art. 117, da Lei de Execução Penal somente admite a prisão domiciliar nos casos de execução da pena privativa de liberdade em regime aberto. 3. Ainda assim, é indispensável a demonstração cabal de que o condenado esteja acometido de doença que exija cuidados especiais, insuscetíveis de serem prestados no local da prisão ou em estabelecimento hospitalar adequado (HC nº 83.358/SP, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 04/06/2004).

Assim, mesmo em algumas poucas situações, além das descritas no texto da lei, verifica-se que é cada vez mais frequente, embora seja medida excepcional, a aplicação da prisão domiciliar, pois os presídios são desprovidos de meios que possibilite a ressocialização do sentenciado, visando sobrelevar o princípio da humanidade.

Não obstante, conforme Roque da Silva Araújo (2009, p. 103), temos:

Do lastimável quadro em que se encontram as penitenciárias nacionais, não é difícil constatar que compelir os condenados a regime aberto e semiaberto, a execução da pena nestes estabelecimentos pela inexistência de estabelecimentos adequados, conforme determinado na legislação, constitui acendrada violação aos seus direitos. O Poder Judiciário não pode fazer incidir sobre os condenados os ônus decorrentes da inércia dos demais Poderes, que não logram êxito (ou não envidam esforços) na construção dos adequados estabelecimentos.

Para o apenado ao regime fechado, a não ser nas hipóteses em que o presídio não dispõe de condições mínimas de oferecer tratamento médico ao sentenciado, os juízes e tribunais não vem aplicando a prisão domiciliar para o apenado neste regime, seguindo o que preconiza o art. 117 da LEP, conforme se depreende no entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a saber nas decisões abaixo:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO - PRISÃO DOMICILIAR - REEDUCANDA CUMPRINDO PENA EM REGIME FECHADO - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 117 OU SITUAÇÃO EXCEPCIONAL - TRANSFERÊNCIA DE UNIDADE PRISIONAL JÁ DETERMINADA - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Somente se admite o recolhimento de preso em prisão domiciliar quando se tratar de beneficiário de regime aberto que se enquadra em uma das hipóteses do art. 117 da LEP. 2. Tendo em vista que a agravante se encontra cumprindo pena no regime fechado, em princípio, não há que se falar em concessão da benesse pleiteada. 3. Malgrado seja possível, em casos excepcionalíssimos, a determinação de prisão domiciliar ao condenado que espia sua reprimenda em regime mais gravoso, essa restrita hipótese é reservada aos casos de absoluta inexistência de estabelecimento especial adequado ao tratamento de enfermo que se encontra, comprovadamente, em gravíssimo estado de saúde. 4. Ademais, tendo em vista que o Juízo da Execução está atento às peculiaridades do caso e que já determinou a transferência da reeducanda para unidade prisional adequada, deve a decisão de primeiro grau ser prestigiada. 5. Recurso não provido. (Processo Agravo em Execução Penal nº 1.0693.16.014889-8/001, Rel. Des. Eduardo Brum, Data jul. 22/05/2019, Publ. 29/05/2019).

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. DECISÃO QUE CONCEDE PRISÃO DOMICILIAR A REEDUCANDO COM GRAVE ESTADO DE SAÚDE. HIPÓTESE EXCEPCIONAL DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DESPROVIDO.

-O apenado que cumpre pena em regime diverso do aberto, mas seja acometido de doença grave e sua manutenção no cárcere concorre para o agravamento de seu estado de saúde, excepcionalmente lhe estende os benefícios do art. 117, II, da LEP. (Processo Agravo em Execução Penal nº 1.0471.17.013787-4/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, Data Jul. 21/05/2019, Publ. 27/05/2019)

Desta feita, o entendimento de alguns julgadores conforme supracitado acima, é que a falta de vaga em estabelecimento adequado não autoriza o cumprimento da pena em regime mais gravoso, ou seja, do aberto para o semiaberto ou do semiaberto para o fechado, sendo que, mesmo que a falta de vaga ocorra no regime semiaberto, o condenado deve esperar a vaga no regime aberto e não no regime fechado. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* nº 291.650, da 5ª Turma, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 20/05/2014, *DJe* 23/05/2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 118.492, da 2ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 06/11/2013, *DJe* 19/1/2013).

Em que pese a insuficiência de estabelecimentos para o regime semiaberto, que pode comprometer a eficácia da pena privativa de liberdade, bem como a sua função social de reinserção/ressocialização, verifica-se que essa solução está em consonância com os direitos fundamentais do condenado, mormente a legalidade e individualização da pena, que não podem ser tolhidos em virtude da inércia do poder estatal. (ARAÚJO, 2013, p. 58-59)

Assim, mesmo que o sentenciado se enquadre nas condições do art. 117 da LEP, é possível a concessão da prisão domiciliar nos regimes abertos e semiaberto, conforme supracitado acima, não sendo possível ainda, para o sentenciado que se encontre no regime fechado, a não ser em caso do estabelecimento prisional não oferecer condições para permitir direitos dos presos, como por exemplo, o acesso a saúde, já que o cárcere no sistema prisional não tem o condão de ressocializar, face as precariedades dos presídios.

Corroborando com esse entendimento, de que o rol do art. 117 da LEP pode abarcar outras situações, conforme preleciona Alexis Couto de Brito (2011, p. 244), temos:

Como explanamos anteriormente, não se pode transferir a ineficiência do Estado ao cidadão. Portanto, entendemos que, na ausência do estabelecimento aberto, ainda que fora dos casos do art.117, poderá ser deferido o regime domiciliar. Se a concessão abusiva e indiscriminada da prisão domiciliar pode ser considerada um mal, a não concessão do regime aberto é um mal ainda maior e, dos males, o menor.

Ainda assim, Haroldo Caetano da Silva (2002, p. 132) assim expõe:

Não respondendo o preso pela desídia estatal, não poderá ser mantido em regime fechado o condenado que faz jus ao regime semi-aberto, quando não houver vagas ou estabelecimento adequado para a execução deste regime, devendo o preso, nessa hipótese, ser mantido no regime aberto ou, na falta de Casa do Albergado, em prisão domiciliar, até que seja providenciada a necessária infra-estrutura para a execução. Manter em regime fechado o

condenado do semia-aberto configura verdadeiro constrangimento ilegal, que deve ser afastado pela via do *habeas corpus*.

Por fim, Salo de Carvalho (2013, p. 470) corrobora com a mesma argumentação:

Desta forma, seguindo esta orientação, em caso de sentença condenatória que impõe o regime semiaberto, se inexistente colônia penal agrícola ou industrial, deve o condenado iniciar o cumprimento da pena em casa de albergado. Mantida a insuficiência, a solução correta parece ser a conversão temporária da pena por prisão domiciliar. Solução idêntica deve ser aplicada, p. ex., no caso de ausência de instituição penitenciária feminina.

Em contrapartida, temos também decisões em sentido contrário, que não admitem a argumentação da possibilidade da aplicação da prisão domiciliar fora dos casos previstos no art. 117 da Lei de Execução Penal, como se vê nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), abaixo:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. REGIME ABERTO. REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP. À concessão da prisão domiciliar, necessária a verificação de enquadramento em circunstâncias especiais, elencadas no art. 117 da LEP, dispositivo que deve ser interpretado restritivamente, porque *numerus clausus*. Superlotação, precárias condições físicas dos estabelecimentos e inexistência de vagas em estabelecimento compatível com o regime carcerário, que não são motivos ensejadores da concessão da benesse. Precedentes. Mazelas do sistema penitenciário brasileiro que não podem ser amenizadas pela burla dos preceitos legais, criando-se benefícios não previstos, ao fim exclusivo de liberação da massa carcerária. Superlotação dos presídios que não é alcançada pela excepcionalidade que vem sendo proclamada pelo E. STJ, abrandando o rigor da taxatividade do art. 117 da LEP, possibilitando ampliação tão somente para hipóteses de inexistência de vagas. Situação concreta na qual o apenado responde por uma pena original de 3 anos e 6 meses de reclusão, já declarada cumprida a pena de 2 anos, remanescendo condenação de 1 ano e 6 meses de reclusão, da qual ainda resta cumprir, 1 ano, 1 mês e 18 dias, com previsão de término somente para 27.07.2015. Decisão reformada. AGRAVO PROVIDO, PARA CASSAR O BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDO AO APENADO, DEVENDO ELE RETORNAR AO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução nº 70061430955. 8ª Câmara Criminal. Rel. Des. (a) Fabianne Breton Baisch, julgado em 12 de novembro de 2014)

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO. APENADO EM REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. A monitoração eletrônica pressupõe a concessão de prisão domiciliar, sendo aplicável, ainda, nos casos de saídas temporárias de apenados em regime semiaberto, nos termos do art. 146-B, incisos II e IV, da LEP. Hipótese em que o apenado, além de cumprir a pena

em regime semiaberto, não preenche quaisquer dos demais requisitos para a concessão da prisão em domicílio, previstos no artigo 117 da LEP. A superlotação dos estabelecimentos prisionais não constitui fundamento válido para o deferimento do benefício à revelia da lei.

AGRAVO PROVIDO. POR MAIORIA. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução nº 70062246152. 5ª Câmara Criminal. Rel. Des. (a) Cristina Pereira Gonzales, julgado em 26 de novembro de 2014).

Assim, a regra da prisão domiciliar, embora disciplinada na fase preventiva e após a condenação, sendo essa o rol descrito no art. 117 da Lei de Execução Penal, não pode ficar restrita, pois há situações em que mesmo não prevista no rol, é possível sua aplicação, como por exemplo, nos casos de presos que tenha sua saúde extremamente debilitadas, e o cárcere não ofereça boas condições médicas, independente da fase processual e do regime, como por exemplo, pacientes aidéticos. (TJES, HC 9.218, 1ª Câm., rel. Des. Antônio José Miguel Feu Rosa, j. 3-6-1987, RT 623/334).

A jurisprudência nem sequer tem princípios estáveis e critérios universais, umas vezes pedirá à própria lei a regra da sua aplicação, reduzindo a lei à letra do texto ou interpretando-a pelo espírito que guiou o legislador; outras vezes abandonará a lei, para invocar os princípios que estão de certo modo consagrados pela doutrina, ou até os sentimentos naturais de equidade, que todos os homens possuem. (MARCÃO, 2012, p. 196)

## 9. Conclusão

É evidente que o atual sistema carcerário brasileiro não possui condições de ressocializar as pessoas que violam as leis, sendo na maioria das vezes, esta violação atentatória aos direitos humanos, demonstrando assim, um retrocesso olvidar que o cárcere seja o melhor caminho na promoção da paz social, pois o Estado não consegue suprir todas as demandas e nem tampouco salvaguardar alguns direitos considerados fundamentais.

O que se vê é um total descalabro aos direitos fundamentais vilipendiados dos apenados dentro dos presídios, não tendo a pena privativa de liberdade o condão de ressocializar, ou seja, preparar o aprisionado para que este possa voltar a sua vida social.

A prisão domiciliar aparece como forma de minimizar estes efeitos carcinógenos da prisão, sendo que, por se tratar de sentenciado, o juiz responsável é o da execução da pena, de forma que, o art. 117 da Lei de Execução Penal traz as condições de sua aplicação, embora, esta norma vem sendo mitigada, em razão dos juízes e os tribunais, ampliar o rol, justamente por saber das deficiências Estatal quando o assunto é presídio, garantindo também, para casos fora do preconizado no art. 117 da LEP, visando sempre, coibir abusos e violações aos direitos fundamentais.

Verifica-se que a prisão domiciliar vem sendo aplicada quando não houver vaga no estabelecimento prisional e na situação do regime aberto e não ter casa de albergado, ser possível a sua aplicação ao sentenciado, sendo esse o entendimento sedimentado pelo STJ.

No tocante ao regime semiaberto, conforme verbete da Súmula Vinculante nº 56 do STF, a ausência de estabelecimento penal adequado não permite a manutenção do condenado em regime mais gravoso, sendo admitido também a prisão domiciliar ao reeducando em cumprimento de pena no regime semiaberto, desde que observados as exigências fixadas no RE 641.320/RS.

No caso do apenado encontrar-se no regime fechado, os juízes e tribunais não vem aplicando a prisão domiciliar para o apenado neste regime, seguindo o que preconiza o art. 117 da LEP, a não ser nas hipóteses em que a unidade prisional não oferece condições mínimas de tratamento médico ao sentenciado, sendo que, face a precariedade das unidades prisionais, cogita-se a possibilidade da prisão domiciliar para todo regime, não podendo os juízes se ater tão somente a taxatividade do art. 117 da Lei de Execução Penal.

Todavia, a solução mais adequada, em atenção aos princípios constitucionais e penais, mormente ao princípio da humanidade e da individualização da pena, não pode o magistrado ficar preso ao rol do art. 117 da LEP, podendo sim, em determinadas situações, como por



exemplo, falta de estabelecimento adequado, situações de saúde, mulheres que tenha filhos, em situação de família monoparental, conceder a prisão domiciliar, sendo aconselhável que utilize o monitoramento eletrônico, aos apenados de regime, sejam eles fechado, semiaberto ou aberto.

## 10. Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. ver e atual. São Paulo: Método, 2012.
- ANTUNES, Suelen de Souza; SOUZA, Suely Zambeli Silva de. **Desafios da implantação de uma política de atenção ao egresso na perspectiva da exclusão para inclusão social**. 2007.
- ARAÚJO, Roque da Silva. **Omissão estatal e prisão domiciliar**. Revista IOB de Direito Penal, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Omissão estatal e prisão domiciliar**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 58-59, dez./jan. 2013.
- ARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.
- ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: 03/03/2019.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal esquematizado**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo, método, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Execução Penal**. 5ª ed. São Paulo: Forense, 2018.
- BALESTRERI, Ricardo Brisolla. **Direitos Humanos: Coisa de Polícia**. Edição CAPEC, gráfica Editora Berthier, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, 3. ed. 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BEBER, Bernadette. **Reeducar, reinserir e ressocializar por meio da educação à distância**. Universidade Federal de Santa Catarina – Programa de Pós- Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento. Tese de doutorado. Florianópolis (SC), 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal- Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, , p. 436, 2000. v. 1
- \_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. **Dicionário de Política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. v. 2.6
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça – **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil – DMF**, Brasília/DF, junho de 2014. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico\\_de\\_pessoas\\_presas\\_correcao.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf). Acesso em 03 de março de 2019.

FARIA, Tatiane Marquez de. **A individualização da pena na fase judicial**. TCC da Faculdade de Direito de Presidente Prudente – “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente/SP, 2006.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 33 ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: Parte Geral**, vol. 2. SP: RT, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. vol. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2016.

JÚNIOR, Roberto Delmanto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p.67-68, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas** (de acordo com a Lei n. 12.403, de 4-5-2011), São Paulo, Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de execução penal**. 10 ed. ver., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena) – São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2000.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos**

**arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 3. ed. São Paulo: ATLAS, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: **parte geral e parte especial.** 6. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PERINO, Diogo Cesar. **Benefícios prisionais: instrumentos para a ressocialização ou fomento a criminalidade?**. Fundação de ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Marília, SP: [s.n], 108 f., 2007.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil.** Disponível em <http://www.social.org.br/relatorio2000/relatorio002.htm>, Acesso em 01 de janeiro de 2017.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal.** Campinas: Bookseller, 2002.

TAVARES, Celso Eduardo Rocha. **O sistema penitenciário e o seu objetivo, ressocialização.** Academia de polícia civil do Distrito Federal Faculdade Fortium. Brasília, 2009.

VARELLA, Drausio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001.