

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Renan Loss

REGIMES PRISIONAIS E O PROJETO DE LEI Nº 236/2012

**Porto Alegre
2015**

RENAN LOSS

REGIMES PRISIONAIS E O PROJETO DE LEI Nº 236/2012

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves.

Porto Alegre

2015

RENAN LOSS

REGIMES PRISIONAIS E O PROJETO DE LEI Nº 236/2012

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 16 de dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Vanessa Chiari Gonçalves
Orientadora

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

Professora Doutora Ana Paula Motta Costa

Dedico este trabalho a meus pais, Irani Loss e Luciane Maria Bortolini Loss, meus grandes exemplos de vida, que, por meio de seus gestos e palavras, mostraram-me a importância do respeito ao próximo, da sinceridade, da empatia e, acima de tudo, que a felicidade não pode ser adquirida com patrimônio, mas sim conquistada com sentimentos. A vocês dois, meu eterno amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Irani Loss e Luciane Maria Bortolini Loss, e ao meu irmão, Reni Loss, pela sua imensa compreensão e apoio nesta caminhada, principalmente nos últimos meses, em que as visitas a Garibaldi foram bastante reduzidas.

Agradeço à Professora Vanessa Gonçalves, minha orientadora, pela sua essencial colaboração na definição e desenvolvimento do tema abordado e das horas que dedicou à revisão e lapidação deste trabalho.

Agradeço aos meus amigos, especialmente àqueles que, como os *Coolers* e os *Tops*, acompanharam dos bastidores o nascimento e desenvolvimento deste trabalho, sempre me apoiando e proporcionando momentos de descontração quando a exaustão já não permitia a lucidez da reflexão.

Agradeço, por fim, à minha *bonita*, Bárbara Souza, pelo incentivo e palavras de apoio nos momentos de hesitação, sempre exaltando meu (nosso) lado humilde de ser.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os regimes prisionais de pena como previstos no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, comparando-os com o disposto no atual Código Penal. A falência do cárcere e da própria pena de prisão como sanção capaz de proporcionar a paulatina reintegração social do preso exige a adoção de novos métodos para lidar com os conflitos sociais, que não o modelo de crimes e penas. A jurisprudência pátria, sabedora da total violação dos direitos humanos da pessoa recolhida ao cárcere, tem determinado, de forma ainda não unânime, o recolhimento domiciliar excepcional, mesmo fora das hipóteses legais. As disposições constantes do Projeto de Lei nº 236/2012, quanto aos regimes prisionais aberto e semiaberto, apresentam solução normativa e inovadora à problemática da superlotação carcerária, determinando o cumprimento de pena em domicílio quando fixado o regime aberto e a possibilidade de progressão *per saltum* quando da ausência de vagas em casa prisional compatível com o regime semiaberto, propostas estas de nítido cunho desencarcerador. Entretanto, o Projeto agrava, no longo prazo, a superlotação do regime fechado, na medida em que torna mais severos os requisitos objetivos do sistema progressivo. Além disso, diante da histórica omissão do Poder Executivo, permanecem as demais mazelas da prisão, como suas péssimas condições estruturais e insuficiência de atendimento especializado nas áreas médica, jurídica e psicológica. O Projeto de Lei nº 236/2012, quanto aos regimes prisionais, vai ao encontro da necessidade de permitir um maior contato do preso com a sociedade, evitando o rompimento de seus vínculos familiares e sociais e aumentando a possibilidade de êxito na sua reintegração social. De qualquer modo, evidencia, diante das dificuldades que não consegue superar, a imprescindibilidade da soma de esforços entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, para sobrepujar definitivamente a falência do cárcere.

Palavras-chave: Projeto de Lei nº 236/2012. Regimes prisionais. Superlotação carcerária. Prisão domiciliar. Progressão *per saltum*. Monitoramento eletrônico.

ABSTRACT

This study aims to analyze prison regimes of penalty as foreseen at Senate Bill nº 236/2012, comparing them with the regulation of the current Penal Code. The failure of imprisonment as a sanction capable of providing a gradual social reintegration of prisoners requires the adoption of new methods to deal with social conflicts, avoiding the model of crimes and penalties. The Brazilian jurisprudence, aware of the total violation of prisoner's human rights, has determined, although not unanimously, exceptional house arrest, even besides the legal hypotheses. The regulation of Bill nº 236/2012, regarding open and partly open prison regimes, presents a normative and innovative solution to the problem of prison overcrowding, determining penal execution at home, when it's set the open regime and the possibility of per saltum progression, when there aren't vacancies in a prison compatible with the partly open regime, what gives evidence of a unimprisonment path. However, viewed in the long-term, the mentioned Bill aggravates closed regime's overcrowding, making more severe the objective requirements of the progressive system. In addition, given the historical failure of the Executive Authority, the other issues of prison remain, e.g. their poor structural conditions and lack of specialized care in the medical, legal and psychological areas. The Bill nº 236/2012, regarding prison regimes, meets the need of allowing a greater contact of prisoners with society, avoiding the disruption of their family and social ties and increasing the chances of success in their rehabilitation. In any case, the Bill evidences, given the difficulties that cannot be surpassed, the indispensability of the sum of efforts between the Legislative, Executive and Judiciary, next to Public Ministry and Public Defender, to definitively overcome the prison's failure.

Keywords: *Bill nº 236/2012. Prison regimes. Prison overcrowding. Home prison. Per saltum progression. Electronic monitoring.*

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 8 |
| 1. REGIMES PRISIONAIS NO CÓDIGO PENAL | 11 |
| 1.1 REGRAMENTO DO REGIME FECHADO | 16 |
| 1.2 REGRAMENTO DO REGIME SEMIABERTO | 18 |
| 1.2.1 Ausência de Vagas no Regime Semiaberto | 21 |
| 1.2.1.1 Análise da Jurisprudência Gaúcha e dos Tribunais Superiores | 24 |
| 1.3 REGRAMENTO DO REGIME ABERTO | 31 |
| 1.3.1 Recolhimento em Residência Particular e Ausência de Vagas | 32 |
| 1.3.1.1 Análise da Jurisprudência Gaúcha e dos Tribunais Superiores | 35 |
| 1.3.1.2 Monitoramento Eletrônico | 37 |
| 2 REGIMES PRISIONAIS NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 236/2012 | 42 |
| 2.1 REGRAMENTO DO REGIME FECHADO | 43 |
| 2.2 REGRAMENTO DO REGIME SEMIABERTO | 44 |
| 2.2.1 Ausência de Vagas no Regime Semiaberto | 45 |
| 2.3 REGRAMENTO DO REGIME ABERTO | 47 |
| 2.4 PERSPECTIVAS | 50 |
| CONCLUSÃO | 56 |
| REFERÊNCIAS | 59 |

INTRODUÇÃO

O aumento exponencial do encarceramento no Brasil, seja de presos com condenações definitivas, seja de presos com condenações ainda provisórias, e a consequente superlotação das prisões, já degradadas pela sua péssima estrutura, tem demonstrado, à toda evidência, que a pena de prisão não serve a um dos fins a que se propõe: reintegrar o preso à sociedade.

Diante deste cenário, agravado pela histórica omissão do Poder Executivo na realização de investimentos substanciais no sistema prisional, a jurisprudência pátria tem adotado, muitas vezes, soluções de caráter emergencial às precárias condições do cárcere, como a concessão da prisão domiciliar excepcional, fora das hipóteses previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Tendo em mente esse panorama, o presente trabalho concentrou seus esforços no estudo do Projeto de Código Penal, Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, mais especificamente na parte em que dispõe sobre os regime prisionais de pena, comparando-os com o que está previsto no atual Código Penal e analisando seu impacto sobre a realidade brasileira. Nesse sentido, uma vez assentadas as regras básicas de cada regime, discutimos sobre seus possíveis efeitos práticos em nosso sistema carcerário frente à problemática da superlotação carcerária em uma era de hiperencarceramento. Por fim, procuramos problematizar as disposições do mencionado Projeto, nos tópicos abordados, de modo a demonstrar seus benefícios e malefícios, com a concretização, então, das boas alterações e sugestão de mudança em relação às demais.

Para tanto, dividimos o trabalho em dois capítulos. No primeiro, além de realizarmos breves considerações acerca da flagrante falência do cárcere em obter êxito na reintegração social do preso, abordamos o regramento atinente aos regimes prisionais como atualmente previstos no Código Penal. Analisamos, ademais, como os tópicos mais polêmicos, relacionados principalmente à concessão da prisão domiciliar excepcional, quando da ausência de vagas em regime compatível com o da condenação, e a utilização do sistema de monitoramento eletrônico, vêm sendo

tratados pela jurisprudência das Cortes Superiores e também do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

No segundo capítulo, por sua vez, discutimos sobre o regramento dos regimes prisionais de cumprimento de pena como dispostos no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Nesta parte, atribuímos especial atenção à possibilidade de progressão *per saltum* quando da ausência de vagas em casa prisional compatível com o regime semiaberto e à forma de cumprimento da pena em regime aberto (recolhimento domiciliar, com a possibilidade de fiscalização por monitoramento eletrônico), tópicos de grande valia ao atual debate sobre o tema. Ainda, observado o limite do tema aqui tratado, discutimos sobre os prós e contras de eventual aprovação daquele Projeto.

Destacamos que a metodologia empregada na fundamentação do trabalho compreendeu os métodos da dialética e da coleta de jurisprudência. O primeiro permitiu a análise e discussão das diferentes teses doutrinárias relacionadas à conceituação dos regimes prisionais de pena e aos diversos entendimentos em situações extremas como a da prisão domiciliar excepcional e do emprego do monitoramento eletrônico. Já o segundo viabilizou verificar a posição dos tribunais relativamente aos temas tratados, mormente ao modo como tem sido realmente utilizada a prisão domiciliar fora das hipóteses previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Efetivamente, a elaboração de todo um novo arcabouço legal penal atrai e deve atrair os olhares das mais diversas pessoas, dentre as quais se encontram, principalmente, acadêmicos e profissionais do Direito. Somente o debate racional e consciente acerca das limitações de nossa conjuntura social atual será capaz de permitir a criação de uma legislação penal compatível com as nossas necessidades e com o presente estágio da dogmática penal e que, acima de tudo, não perca de vista os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Destarte, o exame aqui idealizado é essencial para que, problematizando o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, possamos nos certificar da seriedade de suas disposições e sugerir, sendo o caso, alterações condizentes com a realidade

brasileira, evitando que os esforços na criação de um novo Código Penal sejam em vão.

1. REGIMES PRISIONAIS NO CÓDIGO PENAL

Inicialmente, destacamos que, embora se trate de questão aparentemente singela frente à atual evolução da dogmática penal, imprescindível que se retome os aspectos básicos relacionados aos regime prisionais existentes em nossa legislação, de modo a permitir o aprofundamento desejado neste trabalho.

Antes de tudo, porém, cabe ressaltar, embora seja de todos sabido, que a falência dos presídios é problema grave e que há muito vem sendo sistematicamente ignorado pelas autoridades públicas, as quais, no mais das vezes, adotam soluções apenas paliativas para os sérios déficits existentes nos estabelecimentos carcerários do Brasil, estejam eles relacionados a recursos humanos ou a condições estruturais.¹

Haveria, nesse sentido, um desalinhamento entre os três Poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. O primeiro criando cada vez mais tipos penais em resposta ao apelo midiático que impera nos dias atuais;² o segundo, também influenciado pelos meios de comunicação, proferindo sentenças condenatórias em massa e com penas cada vez mais exasperadas e o último, tendo em vista a conquista do público

¹ Em sentido que extrapola ao sistema prisional e seu déficit estrutural, mas abordando a Política Criminal desenvolvida pelo estado brasileiro e a deficiência existente em níveis basilares da sociedade, que, por consequência, acaba influenciando nas atuais condições do cárcere brasileiro, CIRINO DOS SANTOS (2012, p. 419) esclarece que “No Brasil e nos países periféricos, a *política criminal* do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser uma *política criminal* positiva do Estado existe, de fato, como mera *políticapenal* negativa instituída pelo Código Penal e leis complementares: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal.”

² Especificamente em relação à influência da mídia sobre no âmbito penal, DOTTI (2003, p. 275) destaca que “A notícia sensacionalista dos fatos delituosos e a impetuosidade das primeiras investigações revertem a presunção de inocência, constitucionalmente declarada, para transformar o simples suspeito ou mero indiciado em criminoso. [...] *Âncoras* e outros profissionais da informação usam a palavra como lâmina de guilhotina a ceifar a honra e a dignidade das pessoas mesmo quando contra elas exista apenas um começo de investigação sobre um fato delituoso. Os *juízes paralelos* do rádio, da televisão e da imprensa em geral são os apóstolos da suspeita temerária e os militantes da presunção de culpa.”

votante, munido de pouca ou nenhuma vontade política de realizar significativas melhorias nos cárceres brasileiros.³

Aqui, apenas como exemplo, cabe citar a representação, elaborada por diversas organizações⁴, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), denunciando as precárias condições de detenção dos presos recolhidos ao Presídio Central de Porto Alegre-RS, em violação a seu direito à vida e integridade pessoal. No referido caso, a CIDH, por meio de medida cautelar, solicitou ao Governo do Brasil, em 30 de dezembro de 2013, considerando o grave risco ao qual submetidos os internos da referida casa prisional, que

- a) adote as medidas necessárias para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre;
- b) assegure condições de higiene no recinto e proporcione tratamentos médicos adequados para os internos, de acordo com as patologias que estes apresentem;
- c) implemente medidas afim de recuperar o controle de segurança em todas as áreas do PCPA seguindo os padrões internacionais de direitos humanos e resguardando a vida e integridade pessoal de todos os internos e, em particular, garantindo que sejam os agentes das forças de segurança do Estado os encarregados das funções de segurança interna e assegurando que não sejam conferidas funções disciplinares, de controle ou de segurança aos internos;
- d) implemente um plano de contingência e disponibilize extintores de incêndio e outras ferramentas necessárias;
- e) tome ações imediata para reduzir substancialmente a lotação no interior do PCPA.⁵

Em fevereiro de 2014, o Governo brasileiro apresentou, então, resposta à referida representação, na qual reconheceu a gravidade da situação do Presídio Central de Porto Alegre, bem como consignou o empenho do País em resolver a grave situação. Entretanto, ao analisarem esta resposta, as organizações

³ AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Superlotação do cárcere: um problema para o Estado?**. Revista magister de direito penal e processual penal, Porto Alegre: Magister, v. 7, n. 37, ago./set. 2010, p. 56-62.

⁴ Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (AMPRS), Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (ADPERGS), Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS), Conselho da Comunidade para Assistência aos Apenados das Casas Prisionais Pertencentes às Jurisdições da Vara de Execuções Criminais e Vara de Execuções Penais e Medidas Alternativas de Porto Alegre; Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia (IBAPE), Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC) e Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero.

⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA). Representação por Violação dos Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) - Medida Cautelar nº 8-13, EUA, 30 dez. 2013. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADdio-Central-30-12-2013.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2015.

peticionárias, embora tenham reconhecido o que foi chamado de “intento da melhora”, ressaltaram que a situação seguiria “gravíssima”, mormente diante do reduzido número de profissionais da saúde, de questões estruturais (como rede de esgotos, rede elétrica, pintura e higienização), existência de informações extremamente confusas e contraditórias (principalmente quanto à superlotação), concluindo que “as medidas apresentadas não são efetivas para o cumprimento das medidas cautelares deferidas, perpetuando o caos carcerário.”⁶

Nesse sentido, corroborando a alegada falência do sistema prisional em todo o País, constou do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de junho de 2014, que o número de pessoas encarceradas no Brasil é em muito superior ao número de vagas existentes, “totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%”⁷. Esse quadro produz profunda inquietação na doutrina. Vanessa Gonçalves afirma:

Preocupa a forma como as penitenciárias brasileiras foram organizadas ou se deixaram organizar diante da situação de superlotação. As constantes apostas no encarceramento de condenados por tráfico de drogas e crimes patrimoniais, em detrimento de penas alternativas à prisão, colaboram para um quadro desastroso, de abuso de poder, corrupção e violação da dignidade humana de milhares de apenados e de seus familiares. [...] Vive-se em verdadeiro estado de natureza, mas o discurso oficial teima em declarar a importância da ressocialização dos condenados e da sua reinserção social. Ignorância ou hipocrisia? Provavelmente ambas estão presentes na atual política criminal brasileira. O resultado dessa ausência da capacidade de pensar, de maneira racional, sobre esse gravíssimo problema é ainda mais preocupante.⁸

Salo de Carvalho alerta que “o fenômeno da violência carcerária, caracterizada pelo total desrespeito aos direitos do apenado, aproxima o sistema de cumprimento de pena privativa de liberdade aos mais atrozes modelos de

⁶ AJURIS et al. Análise da resposta da República Federativa do Brasil a respeito das Medidas Cautelares deferidas pela CIDH na Representação por Violação dos Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) - Medida Cautelar nº 8-13, Brasil, 24 mar. 2014. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/04/Resposta_Medidas_Cautelares.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2015, p. 11.

⁸ GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Direito penitenciário: reflexões e noções preliminares**. Em: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). Temas de direito penal, criminologia e processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 89.

penalidade já conhecidos pela humanidade”, bem como que “as únicas possibilidades de (re)ação dos condenados contra a brutalidade do sistema (fugas, rebeliões e/ou motins) implicam sanções (administrativas ou penais) que agudizam ainda mais sua permanência na instituição de apartação.”⁹

No mesmo sentido é a lição de Eugenio Zaffaroni:

Na criminologia de nossos dias, tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem. Em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma “realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente.

[...]

A dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão *perdidas* que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas: achamo-nos, em verdade, frente a um discurso que se desarma ao mais leve toque com a realidade.¹⁰

Em síntese, nas palavras de Michel Foucault,

E se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão.¹¹

Portanto, o caos prisional que reina no País é geral e de conhecimento de todos, sendo imprescindível a busca por soluções outras que não o encarceramento massivo, o qual, ao longo da história, demonstrou-se não apenas ineficaz para evitar o aumento da criminalidade, como também um instrumento de reforço desta, proporcionando, inclusive, o surgimento, aproximação e fortalecimento de facções criminosas, com uma intrincada teia de ligações *intra* e *extra* muros.¹²

⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 242-243.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 12.

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 196.

¹² “[...] De fato, sentenciar pessoas à prisão costuma ser uma forma bastante eficaz de lhes oferecer chances inéditas para a associação criminosa e para o desenvolvimento de novas e mais sérias vocações delinquentes. Mesmo quando estes resultados não são produzidos pela experiência de encarceramento, a estigmatização resultante é, quase sempre, inevitável e possui o efeito de uma

Nesse sentido, objetivando a superação do atual sistema penal, surge a noção dos substitutivos penais (como a suspensão condicional da pena, o livramento condicional, a transação penal e a suspensão condicional do processo), possibilitando a minimização da dor e do sofrimento, com a ruptura do atual modelo de aprisionamento e sua paulatina contração.¹³ Aqui, importante lição é a de Juarez Cirino dos Santos, ao sintetizar as explicações científicas para o surgimento dos substitutivos penais, nos seguintes termos:

[...] os *substitutivos penais* seriam consequência do trabalho científico de penalistas e criminólogos em congressos, conferências e textos, indicando os malefícios da pena carcerária, como (a) supressão de direitos não compreendidos na privação da liberdade, (b) instituição da ociosidade programada – o trabalho, apesar de obrigação legal, é privilégio pessoal com remuneração irrisória, (c) efeitos embrutecedores do isolamento celular, (d) violências contra a dignidade e sexualidade do preso em celas coletivas superlotadas, (e) privação dos direitos à intimidade e à vida sexual regular, (f) suspensão dos direitos políticos de votar e ser votado, (g) precariedade de assistência médica, jurídica e social etc.¹⁴

Entretanto, o mesmo autor critica a teoria dos substitutivos penais, entendendo-a unicamente como forma de reforçar e legitimar a prisão, expandindo seu controle sobre os condenados.¹⁵ No mesmo sentido são as críticas de Salo de Carvalho e Alessandro Baratta, defendendo que a superação do atual sistema penal

sentença perpétua que, não raras vezes, irá simplesmente impedir a tão pretendida ressocialização dos egressos. A “alternativa da exclusão”, então, não é apenas incapaz de oferecer uma resposta consistente ao crime e à violência; ela própria costuma se integrar aos multifacetados mecanismos pelos quais o crime é reproduzido em escala ampliada. Ela não é, em síntese, uma solução, mas uma parte do problema.” (ROLIM, 2007, p. 86).

¹³ Nesta linha, ROLIM (2007, p. 82-83) apregoa que “[...] Como se sabe, privar alguém de sua liberdade não é a única sanção possível, mesmo dentro do atual ordenamento penal em vigor nas democracias contemporâneas. Inúmeras penas alternativas à privação da liberdade têm sido aplicadas nos mais diferentes países, ainda que, normalmente, sempre em uma escala muitas vezes inferior às penas de prisão. Pesquisas específicas em torno das penas alternativas têm demonstrado vantagens comparativas quem embora amplamente conhecidas, não costumam ser consideradas. Tal é o caso, por exemplo, do menor custo [...] ou das taxas inferiores de reincidência. Assim, pode-se sustentar racionalmente que as penas alternativas à prisão poderiam ser uma resposta mais justa do que o encarceramento, ainda mais quando consideramos o tratamento necessário à integração social daqueles cuja liberdade não ofereça riscos consideráveis à vida ou à integridade física dos demais. Da mesma forma, um conjunto de novos aportes teóricos na área do direito vem demonstrando a possibilidade de formas alternativas de responsabilização orientadas pela reparação do dano, pelo apoio às vítimas e pelo arrependimento eficaz dos perpetradores como ocorre, por exemplo, com os movimentos em favor da chamada “Justiça Restaurativa”.”

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 564-565.

¹⁵ *Ibidem*, p. 569-570.

deve ocorrer por meio da efetiva redução do encarceramento e das atuais desigualdades sociais.¹⁶

De qualquer modo, sem aprofundar a discussão acerca dos substitutivos penais, que escapa ao tema do presente trabalho, certo é que a tentativa de superação do modelo de crimes e penas, com a adoção de outros meios de lidar com o ilícito penal, é tendência reinante ao redor do globo.

Tendo isso em vista, impositiva é a análise dos regimes prisionais como atualmente previstos na legislação penal brasileira e do modo como a jurisprudência pátria tem lidado com as mazelas do cárcere, tudo a possibilitar o posterior exame das expectativas para o encarceramento a partir do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012.

1.1 REGRAMENTO DO REGIME FECHADO

De acordo com o art. 33, §1º, “a”, do CP, considera-se regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, nele iniciando o cumprimento de pena, nos termos do §2º, “a”, do mesmo dispositivo, o condenado a pena superior a oito anos.

Importante ter em mente, neste ponto, que também será possível a fixação do regime inicial fechado nos casos em que, embora aplicada pena igual ou inferior a oito anos, for o réu reincidente ou assim recomendarem os critérios elencados no artigo 59 do CP, conforme leitura *a contrario sensu* do art. 33, §2º, “b” e “c”, do CP, e art. 33, §3º, do CP, respectivamente, o último corroborado pela Súmula 719 do

¹⁶ Com efeito, CARVALHO (2010, p. 153), afirma que os substitutivos penais devem ser empregados como efetivas alternativas à prisão, e não como meros “sistemas adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo carcerário. As alternativas deveriam constituir-se, pois, em possibilidades reais de minimizar a dor do encarceramento, estabelecendo radical ruptura com o modelo punitivo tradicional.” BARATTA (2014, p. 201), por sua vez, ressalta que “[...] uma política criminal alternativa coerente com a própria base teórica não pode ser uma política de “substitutivos penais”, que permaneçam limitados a uma perspectiva vagamente reformista e humanitária, mas uma política de grandes reformas sociais e institucionais para o desenvolvimento da igualdade, da democracia, de formas de vida comunitária e civil alternativas e mais humanas, e do contrapoder proletário, em vista da transformação radical e da superação das relações sociais de produção capitalistas.”

Supremo Tribunal Federal (STF)¹⁷. Não olvidamos, aqui, da existência de corrente sustentando a existência de dupla punição no agravamento do regime carcerário ou, ainda, do próprio *quantum* de pena, em razão da reincidência ou dos maus antecedentes, em afronta ao princípio do *ne bis in idem*¹⁸, mas esta não é, atualmente, a posição que prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

No tocante ao estabelecimento de cumprimento da pena em regime fechado, em adição ao que dispõe o CP (estabelecimento de segurança máxima ou média), a Lei de Execução Penal (LEP) prevê, em seu art. 87, que o estabelecimento penal destinado ao regime fechado é a penitenciária.

Ainda, quanto às características da unidade celular em que recolhido o preso, o mesmo Diploma Legal determina, em seu art. 88, que o condenado será alojado em cela individual, a qual conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório, tendo como requisitos básicos, ainda, a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores da aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, bem como a área mínima de seis metros quadrados. Por oportuno, salientamos, conforme já foi acima retratado, que

essas normativas, no entanto, acabam por restar infrutíferas, tendo em vista a atual situação do sistema carcerário brasileiro, onde problemas de superlotação das unidades penais apenas são minimizados, com o

¹⁷ Súmula nº 719 do STF. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=719.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 02 out. 2015.

¹⁸ Assim já decidiu, por exemplo, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça gaúcho, em acórdão de relatoria do hoje aposentado Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Na oportunidade, referiu o Relator, em seu voto, que, tanto “Os antecedentes, assim como a reincidência, não autorizam a exasperação da pena por inconstitucional: fazem vigorar o não-democrático direito penal do autor e implicam indisfarçável *bis in idem* [...]” (Apelação Criminal nº 70024139719, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, 18 jun. 2008).

¹⁹ Nesse sentido o Recurso Extraordinário 453.000, no qual o Plenário do STF declarou a constitucionalidade da agravante da reincidência. Por oportuno, transcrevemos trecho do voto do Ministro Marco Aurélio, conforme segue: “Por tudo, surge constitucional o instituto – existente desde a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, desmantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se a oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.” (Recurso Extraordinário nº 453.000 Rio Grande do Sul, Plenário, Relator: Ministro Marco Aurélio, 04 abr. 2013).

deslocamento de presos de um estabelecimento para outro, sempre que alguma situação insustentável se torne pública, de maneira a minimizar a realidade contatada, que na prática, representa ato procrastinatório ao enfrentamento de fato do problema.²⁰

No mesmo sentido os ensinamentos de Norberto Cláudio Pâncaro Avena:

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.²¹

Por fim, o art. 34, §1º, do CP, aponta que o condenado ficará sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno, enquanto o §2º do mesmo dispositivo especifica que o trabalho será em comum dentro da casa prisional e o §3º admite o trabalho externo em serviços ou obras públicas. Aqui, entretanto, reside mais uma mazela do nosso sistema carcerário, na medida em que

as vagas são reduzidas, porque a arquitetura das penitenciárias não é pensada para facilitar o deslocamento para oficinas de trabalho. Sequer espaços de trabalho são construídos. As instituições funcionam como um depósito de pessoas “indesejáveis” que passam o tempo na ociosidade e sem acesso aos direitos fundamentais mais básicos. O produto desse sistema não é diferente daquele denunciado por Michel Foucault: a transformação do infrator em delinquente. O delinquente seria aquele condenado que, ao passar pelo sistema prisional, passa a internalizar a identidade desviante e que, naturalmente, tende a reincidir.²²

1.2 REGRAMENTO DO REGIME SEMIABERTO

O regime semiaberto é aquele em que, segundo o que dispõe o art. 33, §1º, “b”, do Código Penal, a execução ocorrerá em colônia agrícola, industrial ou

²⁰ PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito de execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 136.

²¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 175.

²² GONÇALVES, Vanessa Chiari. Op. cit., p. 86.

estabelecimento similar. Inicia o cumprimento da pena nesse regime, conforme previsto no §2º, “b”, do mesmo artigo, o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos.

Além disso, na linha do que já foi exposto no item anterior, possível será a fixação do regime semiaberto nos casos em que, condenado a pena inferior a quatro anos, for o réu reincidente (art. 33, §2º, “c”, do CP), observada a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça (STJ),²³ ou, ainda, tendo em vista as circunstâncias do art. 59 do CP (art. 33, §3º, do CP). Nesta senda, convém transcrever trecho da lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, nos seguintes termos:

[...] Quer dizer, é possível escolher regime inicial mais severo, desde que indicadas circunstâncias judiciais que justificariam essa opção, e tais seriam obviamente desfavoráveis ao condenado, o que também, de ordinário, elevaria a pena acima do mínimo. Logo, se as circunstâncias favorecem o réu, e ele recebe pena-base no mínimo legal, não se admite a imposição de regime mais gravoso do que o decorrente da quantidade da pena imposta.²⁴

Portanto, para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, serão considerados o *quantum* de pena fixado pelo magistrado, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP e as condições pessoais do condenado, resultando, então, em uma das hipóteses previstas no art. 33 do CP.

Quanto à atividade laboral no regime semiaberto, o art. 35, §1º, do CP afirma que o condenado ficará sujeito a trabalho em comum durante o período diurno (em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar), enquanto o §2º do mesmo dispositivo admite o trabalho externo, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Ressaltamos que, de acordo com Luiz Regis Prado, “busca-se nesse regime de cumprimento de pena, ultrapassar o isolamento total do regime fechado, fazendo com que o preso, aos poucos, possa internalizar a perspectiva reintegradora do

²³ Súmula nº 269 do STJ. É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=269&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 02 out. 2015.

²⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aplicação da Pena. 5. ed., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS, 2013, p. 23-24.

sistema progressivo”.²⁵ Aqui, seria possível trazer à tona, é claro, a discussão sobre a real eficácia ressocializadora da pena, o que, entretanto, transbordaria à análise pretendida pelo presente trabalho.²⁶

Enfim, na linha do que sustenta Miguel Reale Jr., no regime semiaberto “equilibram-se as preocupações com a segurança e a confiança outorgada ao condenado, pois caracteriza-se o regime exatamente por um espaço de liberdade despreocupado com medidas físicas impeditivas da fuga”,²⁷ mormente tendo em vista a possibilidade de obtenção, pelo preso, do benefício da saída temporária, previsto no art. 122 da LEP.

²⁵ PRADO, Luiz Regis (Coord.). Op. cit., p. 142.

²⁶ Sobre o tema, BARATTA adverte que “A comunidade carcerária tem, nas sociedades capitalistas contemporâneas, características constantes, predominantes em relação às diferenças nacionais, e que permitiriam a construção de um verdadeiro e próprio *modelo*. As características deste modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentando pelo respeito que o educador tem dele. [...]”. E prossegue o mesmo autor: “A atenção da literatura se volta, particularmente, para o processo de socialização ao qual é submetido o preso. Processo negativo, que nenhuma técnica psicoterapêutica e pedagógica consegue equilibrar. Este é examinado sob um duplo ponto de vista: antes de tudo, o da “desculturação”, ou seja, a sedadaptação às condições necessárias para a vida em liberdade (diminuição da força de vontade, perda do senso de autorresponsabilidade do ponto de vista econômico e social), a redução do senso da realidade do mundo externo e a formação de uma imagem ilusória deste, o distanciamento progressivo dos valores e dos modelos de comportamento próprios da sociedade externa. O segundo ponto de vista, oposto mas complementar, é o da “aculturação” ou “prisonalização”. Trata-se da assunção das atitudes, dos modelos de comportamento, dos valores característicos da subcultura carcerária. Estes aspectos da subcultura carcerária, cuja interiorização é inversamente proporcional às *chances* de reinserção na sociedade livre, têm sido examinados sob o aspecto das relações sociais e de poder, das normas, dos valores, das atitudes que presidem estas relações, como também sob o ponto de vista das relações entre os detidos e o *staff* da instituição penal. Sob esta dupla ordem de relações, o efeito negativo da “prisonalização”, em face de qualquer tipo de reinserção do condenado, tem sido reconduzido a dois processos característicos: a *educação para ser criminoso* e a *educação para ser bom preso*. Sobre o primeiro processo influi, particularmente, o fato de que a hierarquia e a organização informal da comunidade é dominada por uma restrita minoria de criminosos com forte orientação antissocial, que, pelo poder e, portanto, pelo prestígio de que goza, assume a função de modelo para os outros, sendo, ao mesmo tempo, uma autoridade com quem o *staff* da instituição é constrangido a mediar o próprio poder normativo de fato. A maneira pela qual são reguladas as relações de poder e de distribuição de recursos (também daqueles relativos às necessidades sexuais) na comunidade carcerária, favorece a formação de hábitos mentais inspirados no cinismo, no culto e no respeito à violência ilegal. Desta última é transmitido ao preso um modelo não apenas antagônico em face do poder legal, mas também caracterizado pelo compromisso com este. [...] Toda técnica pedagógica de reinserção do detido choca contra a natureza desta relação de exclusão. Não se pode, ao mesmo tempo, excluir e incluir.” (BARATTA, 2014, p. 183-186)

²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 343.

1.2.1 Ausência de Vagas no Regime Semiaberto

Conforme apontado por René Ariel Dotti,

[...] ainda não se desenvolveu, lamentavelmente, um programa nacional de obras penitenciárias, com especial destaque para a construção de colônias agrícolas, industriais ou mistas, a fim de acolher grandes contingentes de sentenciados que melhor poderiam retornar ao convívio social após o tempo de trabalho e permanência em espaços físicos menos opressivos e mais propícios às atividades essenciais, como a agricultura e à indústria.²⁸

Nesta senda, a discussão acerca da inexistência de estabelecimento carcerário adequado para o cumprimento de penas privativas de liberdade cada vez mais ganha espaço no cenário nacional. Seja porque a lotação máxima das casas prisionais destinadas à execução da pena em regime semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar) e até mesmo no aberto (casa de albergado ou estabelecimento adequado) já foi atingido, seja porque os estabelecimento existentes não são adequados, não garantindo sequer os direitos mais fundamentais do preso, certo é que a adoção de soluções alternativas até o surgimento de vagas no regime semiaberto, como a determinação do cumprimento de pena em regime aberto ou em prisão domiciliar, tem se tornado bastante comum.

Aqui, destacamos que, conforme o já citado Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, a taxa de ocupação do cárcere, relativamente ao regime semiaberto, é de 133%, cifra que, embora seja inferior à taxa de ocupação do regime fechado (161%), é digna de nota. Explicamos: a superlotação carcerária no regime semiaberto poderá refletir na taxa de ocupação das casas prisionais destinadas ao regime fechado, na medida em que, “a depender do critério adotado pela autoridade judicial, a ausência de vagas no regime semiaberto acarreta a manutenção do condenado no regime fechado.”²⁹

Sobre o tema, existem, segundo Guilherme de Souza Nucci, dois entendimentos, um determinando que o sentenciado aguarde em regime fechado o surgimento de vaga no regime semiaberto, prevalecendo então o interesse na

²⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 663.

²⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Op. cit., p. 43.

proteção da sociedade em detrimento do apenado e dos limites impostos pela sentença condenatória, e o segundo defendendo que o preso aguarde em regime aberto até o surgimento de vaga em regime semiaberto, porquanto não pode ser ele prejudicado em razão da ineficiência estatal em gerar espaço físico adequado.³⁰ Na sequência, defende, o mencionado autor, a segunda posição, nos seguintes termos:

[...] Não pode o indivíduo condenado ficar à mercê da inépcia estatal. À falta de vaga, outra alternativa não pode haver senão seguir para o regime aberto. E aí permanecer, se estiver integrado e cumprindo corretamente as regras. Os Tribunais Superiores assim vêm decidindo; os julgados determinam que o sentenciado aguarde a vaga no aberto. Porém, vamos além. Em nossos votos no Tribunal de Justiça de São Paulo, temos registrado que o sentenciado, quando colocado no aberto, por falta de vaga no semiaberto, somente será transferido ao mais severo, mesmo surgindo a tal vaga, caso o juiz da execução penal entenda conveniente. Para tanto, deve analisar se o sentenciado cumpre corretamente as normas pertinentes ao aberto. Estando integrado, nada justifica retroceda ao semiaberto, por culpa exclusiva da inépcia estatal.³¹

Já Norberto Cláudio Pâncaro Avena defende que, na ausência de vagas no regime semiaberto, o encaminhamento do preso, já de início, para o regime aberto ou, na ausência de casa de albergado, à prisão domiciliar, em razão da inércia do Estado em disponibilizar vagas adequadas, representa afronta ao princípio da legalidade, “implicando indevida impunidade, além de acarretar a prevalência do interesse individual do condenado sobre o interesse público que decorre da efetivação da pena.”³² Entretanto, o mesmo autor alerta para o fato de que, “evidentemente, a espera de vaga não pode ser indefinida, sob pena de, aí sim, restar configurado constrangimento ilegal ao apenado.”³³

Posição semelhante é a sustentada por Renato Marcão, doutrinador que, embora também admita que a espera por vaga adequada não poderá ser indefinida, afirma que a execução penal é *pro societate*, e não *pro reo*, de modo que a solução seria a permanência do apenado em regime fechado no aguardo de vaga para transferência, até mesmo para evitar a vedada progressão *per saltum* (art. 112 da

³⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 325

³¹*Ibidem*, p. 325.

³² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Op. cit., p. 178.

³³*Ibidem*, p. 178.

LEP), destacando que a “omissão que emana da Administração Pública não pode ser suprida pelo Poder Judiciário.”³⁴

Sobre o argumento fundado na histórica omissão do Poder Executivo em propiciar vagas adequadas ao regime semiaberto, cabe trazer à baila, por oportuno, atenta observação por parte de Salo de Carvalho, ao afirmar que se trata, na verdade, de mero recurso retórico com o objetivo de “neutralizar omissões. Direcionando toda responsabilidade ao Estado-administração, o operador do direito redime sua (enorme) parcela de responsabilidade.”³⁵ Assim prossegue o referido autor:

Evidente que a afirmação é válida quando ao aspecto material (infra-estrutural), isto é, efetivamente a Administração Pública coloca os apenados em situação de violência permanente ao não cumprir com o dever de assegurar o mínimo de dignidade durante o período de expiação da pena. Alerta-se, contudo, que os direitos do apenado vão muito além dessa proclamada ‘qualidade de vida doméstica’ consignada no ‘Estatuto Social do preso’ (normas de execução que regulam seu ‘bem-estar’).

[...]

Há uma série de direitos primários, exclusivos da condição de apenado, que devem ser respeitados pelo Poder Público, principalmente pelo Judiciário (v.g. remição, progressão de regime, substituição de pena, detração, livramento condicional, comutação, indulto *et coetera*).

No entanto, a efetividade desses direitos somente é possível se houver instrumentalidade processual (garantista), se o artesão do direito possuir conhecimento mínimo para exigir a prestação jurisdicional. O déficit de saber técnico-dogmático, porém, predomina, e as críticas acerca da inefetividade dos direitos são, invariavelmente, direcionadas ao Poder Executivo.³⁶

René Ariel Dotti, por sua vez, defende que, na hipótese aqui retratada, de ausência de vaga compatível ao cumprimento da pena em regime semiaberto, seja pra início do cumprimento da pena, seja para fins de progressão de regime, “deve o preso ser transferido para o regime aberto ou nele iniciar o cumprimento da pena, pois o condenado não pode pagar pela omissão dos poderes públicos.”³⁷

³⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

³⁵ CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. XXV.

³⁶ *Ibidem*, p. XXV.

³⁷ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 656.

Rogério Greco também adota este último posicionamento, sustentando que “[...] o condenado tem direito subjetivo em cumprir a sua pena sob o regime que lhe foi concedido, de acordo com a sua aptidão pessoal, na sentença condenatória.”³⁸

Portanto, a doutrina não é uníssona quanto à melhor solução a ser adotada quando da ausência de vagas suficientes para o cumprimento de pena em regime semiaberto, dúvida esta que, de certo modo, reflete-se na jurisprudência dos Tribunais, como veremos a seguir.

1.2.1.1 Análise da Jurisprudência Gaúcha e dos Tribunais Superiores

No âmbito estadual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), em sua maioria, entende que a falta de vagas em regime semiaberto, não permite, por si só, a concessão da prisão domiciliar excepcional, na medida em que se trata de hipótese não prevista no art. 117 da LEP (ver 1.3.1), não cabendo ao Poder Judiciário suprir a omissão do Poder Executivo em gerar vagas adequadas.

³⁸ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 506.

Nesse sentido é o posicionamento unânime da 2^a,³⁹ 4^a,⁴⁰ 5^a,⁴¹ 6^a⁴² e 8^a⁴³ Câmaras Criminais daquela Corte, havendo divergência entre os integrantes da 1^a Câmara Criminal⁴⁴ e sendo unânime, na 3^a⁴⁵ e 7^a⁴⁶ Câmaras Criminais, a

-
- ³⁹ Agravo em execução 70063252480, 2^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, 24 set. 2015; agravo em execução 70065351900, 2^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Rosaura Marques Borba, 27 ago. 2015; agravo em execução 70065252249, 2^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Victor Luiz Barcellos Lima, 30 jul. 2015; agravo em execução 70065521650, 2^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Luiz Mello Guimarães, 14 jul. 2015.
- ⁴⁰ Agravo em execução 70065012452, 4^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Ivan Leomar Bruxel, 30 jul. 2015; agravo em execução 70065915803, 4^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Rogerio Gesta Leal, 20 ago. 2015; agravo em execução 70062028659, 4^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, 06 nov. 2014; agravo em execução 70057550691, 4^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Gaspar Marques Batista, 15 maio 2014.
- ⁴¹ Agravo em execução 70066271271, 5^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton, 30 set. 2015; agravo em execução 70066009309, 5^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador André Luiz PlanellaVillarinho, 16 set. 2015; agravo em execução 70065916124, 5^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora LizeteAndreisSebben, 16 set. 2015; agravo em execução 70065945669, 5^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, 16 set. 2014.
- ⁴² Agravo em execução 70066553322, 6^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Aymoré Roque Pottes de Mello, 08 out. 2015; agravo em execução 70066270844, 6^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich, 08 out. 2015; agravo em execução 70066270992, 6^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Vanderlei Teresinha TremeiaKubiak, 23 set. 2015; agravo em execução 70066226598, 6^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório, 08out. 2015.
- ⁴³ Agravo em execução 70065502379, 8^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch, 07 out. 2015; agravo em execução 70066526559, 8^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta, 07 out. 2015; agravo em execução 70066289943, 8^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira, 30 set. 2015; agravo em execução 70062806120, 8^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Isabel de Borba Lucas, 28 jan. 2015.
- ⁴⁴ Pela impossibilidade de concessão da prisão domiciliar excepcional, o agravo em execução 70066269242, 1^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Sylvio Baptista Neto, 30 set. 2015, e o agravo em execução 70066568981, 1^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, 30 set. 2015. Pela possibilidade de concessão da prisão domiciliar excepcional o agravo em execução 70066110909, 1^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Jayme Weingartner Neto, 16 set. 2015, e o agravo em execução 70065507832, 1^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Julio Cesar Finger, 02 set. 2015.
- ⁴⁵ Agravo em execução 70066188186, 3^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Sérgio Miguel AchuttiBlattes, 01 out. 2015; agravo em execução nº 70066241027, 3^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, 01 out. 2015; agravo em execução 70064732217, 3^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador João Batista Marques Tovo, 17 set. 2015; agravo em execução 70064486418, 3^a Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Osnilda Pisa, 25 jun. 2015.

possibilidade de concessão da prisão domiciliar quando da ausência de casa prisional compatível com o regime semiaberto para o cumprimento de pena. Quanto a este último posicionamento, há que salientar a criação de um critério para a seleção dos apenados que poderão gozar da benesse excepcional, a saber: na ausência de espaço adequado ao cumprimento de pena em regime semiaberto, devem receber a prisão domiciliar primeiro os apenados com mais tempo de pena cumprida e menor saldo de pena a cumprir, concedendo-se o benefício, portanto, àqueles presos que estiverem mais próximos do implemento do requisito objetivo para a progressão de regime.

Agora, ilustrando a tese predominante no Tribunal Gaúcho, de que tão somente o déficit de vagas no regime semiaberto ou as precárias condições do cárcere não são suficientes para a concessão da prisão domiciliar, por ausência de previsão legal, segue trecho de voto proferido pela Desembargadora Fabianne Breton Baisch, da 8ª Câmara Criminal do TJRS:

Sem adentrar no âmbito das discussões que se instalaram acerca do tema, tenho, contudo, que a concessão de benefícios não previstos em lei, e que visam, única e exclusivamente, ao desafogamento das casas prisionais, com a liberação de parte da massa carcerária, não figura como a melhor solução.

Isso porque, além da inadmissível afronta à lei, há o perigo de que a burla das normas da execução penal, por parte dos órgãos judiciários, de situação extraordinária, acabe por se consolidar, caso persista a inércia estatal ante o vergonhoso quadro penitenciário brasileiro.

Mesmo sensível à boa intenção dos julgadores, premidos pela necessidade de amenizar as agruras de um sistema que incansavelmente, e, cada vez mais intensamente, vem violando os direitos fundamentais dos presos, não se pode olvidar que também a segurança é um direito fundamental dos demais cidadãos, constitucionalmente previsto e que merece igual apreço.

Dito de outra forma, se a solução encontrada à suavização dos males instalados no sistema penitenciário passa pelo desrespeito à segurança de toda uma sociedade, igualmente já tão sacrificada pelo recrudescimento da violência, tal solução não é, então, digna de aplausos, visto que as atenções se voltam aos percalços carcerários – que não são poucos –, mas, ao mesmo tempo, fecham-se os olhos ao restante da população, que assiste à inércia e ineficiência, agora também dos órgãos jurisdicionais, à repressão da criminalidade.

⁴⁶ Agravo em execução 70066333212, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, 01 out. 2015; agravo em execução nº 70066188210, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, 01 out. 2015; agravo em execução 70066188145, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, 17 set. 2015; agravo em execução 70064096217, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador José Antônio DaltoeCeza, 16 abr. 2015.

Conceder a prisão domiciliar, nessas condições, sem que se atenda aos requisitos legais para tanto, certamente, despertaria sentimentos de mais pura impunidade e insegurança social.

Nesse desencadear de ideias, nada justifica a inobservância dos preceitos legais, com a concessão de benefícios que a lei não prevê.⁴⁷

Do mesmo modo, exemplificando a posição de que antes de tudo devem prevalecer os direitos fundamentais do preso, impondo-se a concessão da prisão domiciliar até o surgimento de vaga adequada ao cumprimento de pena em regime semiaberto, assim constou do voto do Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, da 7ª Câmara Criminal do TJRS:

Embora louvável a preocupação do Ministério Público com o estrito cumprimento da lei - **preocupação esta que, ao fim e ao cabo, é a mesma do Poder Judiciário** -, a postulação tem caráter eminentemente teórico, pois distancia-se do ponto central da questão e da decisão: **a impossibilidade material de cumprimento da decisão nos moldes postulados.**

É notório que o eventual acolhimento da postulação do Ministério Público, pura e simplesmente, sem, portanto, que haja a comprovação da existência da vaga e do próprio estabelecimento penal em que pretende o agravante seja o apenado recolhido, prova a cargo do próprio Ministério Público, que dela não se desincumbiu, diga-se, não teria a decisão qualquer eficácia material, mas permaneceria repousando somente nos autos do processo, sem qualquer efeito exterior. Isto é, seria uma decisão retórica e inútil.

Em conexão com essas colocações, máxima vênua, não se pode aceitar a tese, cá e lá veiculada, de que tal proceder dos Juizes da Execução Penal, ao socorrerem-se da prisão domiciliar para dar lógica e controle (ao menos formal) à situação carcerária atual, estaria a colaborar indiretamente com a inércia do Poder Executivo na resolução dos problemas do sistema carcerário do Estado do Rio Grande do Sul. Em outras palavras, a prisão domiciliar, iterativamente comandada pelos Juizes, consistiria uma espécie de contribuição judicial para a inércia do Executivo no oferecimento de vagas prisionais.

A tarefa de instar o Poder Executivo a viabilizar os meios materiais para o cumprimento das decisões judiciais tem limites constitucionais e legais bem definidos ao Poder Judiciário, que, é sabido, em momento algum se furtou de promovê-los, tão logo provocado nas vias processuais/legais adequadas. O que não se pode aceitar é que tal discussão ganhe foro nos autos de incidentes cotidianos da execução penal relativos à progressão de regime, geridos sob a insígnia da urgência e da possibilidade real e material, como se a prisão domiciliar fosse uma espécie de "opção" e não a própria ausência de opção, como de fato é.

⁴⁷ Agravo em execução 70065502379, 8ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 07 out. 2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065502379%26num_processo%3D70065502379%26codEmenta%3D6515511+70065502379++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065502379&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=07/10/2015&relator=Fabianne%20Breton%20Baisch&aba=juris>. Acesso em: 14 out. 2015.

De outro norte, é tarefa do Ministério Público não só apontar onde há a vaga postulada ao apenado, mas, também, dado que tem à disposição os meios jurídicos constitucionais e legais para provocar o Executivo, buscar na via própria a viabilização da execução penal.

Vista a questão sob outro prisma, a desconsideração da realidade material sobre a qual está assentada a decisão ora recorrida (e com ela os procedimentos necessários, reais, e correspondentes), é também a desconsideração da indeclinabilidade da jurisdição e da extrema urgência do conteúdo das decisões judiciais que dizem respeito à progressão de regime de penas, em particular do regime fechado para o semiaberto, dado que, manter-se o preso no regime fechado, em especial, indevidamente, configura flagrante ilegalidade do juiz responsável pela execução da pena, tema, aliás, que também foi abordado na decisão impugnada.⁴⁸

Sem adentrar, aqui, no mérito de qual entendimento nos parece mais apropriado, certo é que todos estão preocupados com a atual crise do sistema penitenciário, mormente no que concerne ao seu flagrante insucesso na busca pela reintegração social do indivíduo recolhido ao cárcere, o qual, na maioria das vezes, deixa a instituição prisional com possibilidades ainda menores de alcançar melhores condições de vida, porquanto seriamente prejudicados seus antigos vínculos de amizade, empregatícios e até mesmo familiares.⁴⁹

A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, inclina-se, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, para a posição mais

⁴⁸ Agravo em execução 70066188210, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 01 out. 2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066188210%26num_processo%3D70066188210%26codEmenta%3D6506292+70066188210++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066188210&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=01/10/2015&relator=Jos%C3%A9%20Conrado%20Kurtz%20de%20Souza&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2015.

⁴⁹ No ponto, sobre a afirmada função ressocializadora da pena, pertinente são os escritos de FOUCAULT (1999, p. 196-197), ao afirmar que “[...] Uma coisa, com efeito, é clara: a prisão não foi primeiro uma privação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção; ela foi desde o início uma “detenção legal” encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos.” Aqui, pertinente é a crítica de CARVALHO (2008, p. 179-181), ao sustentar a deslegitimação do sistema penal quando busca a modificação do indivíduo preso, na medida em que “[...] O respeito à integridade moral é, sobretudo, a aceitação da condição de diverso da pessoa presa. A pena, retribuição jurídica pelo ato, não poderá adquirir qualquer *telos* orientado à transformação da interioridade do sujeito, sob pena de negar os principais postulados da modernidade.” Nesse sentido, afirma (*apud* ZAFFARONI, *Sistemas Penales e Derechos Humanos em América Latina*, p. 215) que “Os modelos de ressocialização e readaptação, fundados na ideologia do tratamento, [...] impõem parâmetros de conduta e pensamento que pertencem a outras classes sociais, com interesses diversos, obtendo como consequência a perda de identidade dos apenados (desculturação) e a consolidação de sua posição marginal (reculturação).”

favorável ao preso, entendendo, de forma já sedimentada, que tanto a superlotação carcerária, quanto a precariedade do espaço físico destinado ao cumprimento de pena em regime semiaberto, permitem a transferência do apenado ao regime aberto ou, sucessivamente, caso ausentes vagas em casa de albergado (regime aberto), seu encaminhamento para o regime domiciliar, até o surgimento de espaço no regime apropriado.⁵⁰

Exemplificando a posição consolidada na Corte Superior, transcrevemos a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME DEFERIDA NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. DESVIO DE FINALIDADE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PRECEDENTES.

1. Em caso de falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto, deve-se conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto ou, na falta de casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vaga.

2. Se há princípios constitucionais violados - como aponta o Ministério Público Federal no regimental -, são todos eles favoráveis à pretensão estampada no writ. **A negligência do Estado em não investir de modo suficiente no sistema prisional afeta negativamente as finalidades da sanção penal e se distancia do que dispõem a Constituição, os pactos internacionais dos quais somos signatários e a própria Lei de Execução Penal. O ônus de tamanha desídia não deve ser debitado ao condenado, que tem o direito líquido e certo de resgatar sua pena conforme o provimento jurisdicional.**

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 286.440/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 06/05/2014)⁵¹

(grifo nosso)

Por fim, no tocante ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, vai ao encontro daquele do STJ, salientando que o início do cumprimento da pena em

⁵⁰HC 310.903/RS, Quinta Turma, STJ, Relator: Ministro Newton Trisotto, 15 set. 2015; HC 313.757/SP, Quinta Turma, STJ, Relator: Ministro Gurgel de Faria, 08 set. 2015; HC 327.983/SP, Quinta Turma, STJ, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 25 ago. 2015; AgRg no HC 297.069/RS, Sexta Turma, STJ, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 26 maio 2015; AgRg no REsp 1503605/RS, Sexta Turma, STJ, Relator: Ministro Ericson Maranhão, 05 maio 2015; AgRg no REsp 1503573/RS, Quinta Turma, STJ, Relator: Ministro Felix Fischer, 28 abr. 2015; AgRg no REsp 1503563/AC, Quinta Turma, STJ, Relator: Ministro Leopoldo de Arruda, 16 abr. 2015; HC 304.831/SP, Sexta Turma, STJ, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 04 dez. 2014; HC 288.352/SP, Sexta Turma, STJ, Relator Ministro Nefi Cordeiro, 20 maio 2014.

⁵¹AgRg no HC 286.440/SP, Sexta Turma, STJ, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316779&num_registro=201400031945&data=20140506&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2015.

regime mais gravoso do que o fixado na sentença configura excesso de execução, nos termos do art. 185 da LEP (Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares).⁵² Nesse sentido, segue ementa que bem esclarece o entendimento da Corte Suprema:

"HABEAS CORPUS" - SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSEGURA, AO RÉU, O DIREITO AO REGIME PENAL SEMI-ABERTO - IMPOSSIBILIDADE MATERIAL, POR PARTE DE ÓRGÃO COMPETENTE DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA DO ESTADO, DE VIABILIZAR A EXECUÇÃO DESSA MEDIDA - DETERMINAÇÃO, PELO MAGISTRADO LOCAL, DE RECOLHIMENTO DO CONDENADO A QUALQUER ESTABELECIMENTO PRISIONAL DO ESTADO, MESMO ÀQUELE DE SEGURANÇA MÁXIMA, ATÉ QUE O PODER PÚBLICO VIABILIZE, MATERIALMENTE, O INGRESSO DO SENTENCIADO NO REGIME PENAL SEMI-ABERTO (COLÔNIA PENAL AGRÍCOLA E/OU INDUSTRIAL) - INADMISSIBILIDADE - AFRONTA A DIREITO SUBJETIVO DO SENTENCIADO - HIPÓTESE CONFIGURADORA DE EXCESSO DE EXECUÇÃO - PEDIDO DEFERIDO. - **O inadimplemento, por parte do Estado, das obrigações que lhe foram impostas pela Lei de Execução Penal não pode repercutir, de modo negativo, na esfera jurídica do sentenciado, frustrando-lhe, injustamente, o exercício de direitos subjetivos a ele assegurados pelo ordenamento positivo ou reconhecidos em sentença emanada de órgão judiciário competente, sob pena de configurar-se, se e quando ocorrente tal situação, excesso de execução (LEP, art. 185).** Não se revela aceitável que o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos - como o de iniciar, desde logo, porque assim ordenado na sentença, o cumprimento da pena em regime menos gravoso - venha a ser impossibilitado por notórias deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por crônica incapacidade do Estado de viabilizar, materialmente, as determinações constantes da Lei de Execução Penal. - **Conseqüente inadmissibilidade de o condenado ter de aguardar, em regime fechado, a superveniência de vagas em colônia penal agrícola e/ou industrial, embora a ele já reconhecido o direito de cumprir a pena em regime semi-aberto.** - "Habeas corpus" concedido, para efeito de assegurar, ao sentenciado, o direito de permanecer em liberdade, até que o Poder Público torne efetivas, material e operacionalmente, as determinações (de que é o único destinatário) constantes da Lei de Execução Penal. (HC 93596, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 08/04/2008, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-02 PP-00335)⁵³ (grifo nosso)

⁵²HC113.718/SP, Primeira Turma, STF, Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 dez. 2014; HC 110.892/MG, Segunda Turma, STF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 20 mar. 2012; HC 110.772/SP, Segunda Turma, STF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 abr. 2012; HC 109.244/SP, Segunda Turma, STF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 22 nov. 2011; HC 93.596/SP, Segunda Turma, STF, Relator: Celso de Mello, 08 abr. 2008.

⁵³HC 93.596/SP, Segunda Turma, STF, Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 08 abr. 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610571>>. Acesso em: 15 out. 2015.

Da leitura desta breve síntese da jurisprudência gaúcha e dos Tribunais Superiores, acerca da concessão da prisão domiciliar excepcional em casos de ausência de vagas adequadas para o cumprimento de pena em regime semiaberto, verifica-se que nossa Corte Estadual, em sua maioria, ainda resiste em aceitar a posição, predominante no STJ e no STF, de transferência do apenado para o regime aberto e, sucessivamente, para a prisão domiciliar, apoiando-se, para tanto, no já surrado argumento de que não cabe ao Poder Judiciário, em afronta ao que atualmente prevê a LEP, a concessão da benesse excepcional, o que apenas serviria de incentivo à histórica omissão estatal na criação de espaço físico adequado para o cumprimento de pena, em prejuízo, ademais, da segurança geral da sociedade.

1.3 REGRAMENTO DO REGIME ABERTO

O regime aberto, por sua vez, é aquele em que a execução da pena, segundo o art. 33, §1º, “c”, do CP, ocorre em casa de albergado ou estabelecimento adequado, nele iniciando o cumprimento de pena os condenados a pena inferior a quatro anos de reclusão, nos termos do art. 33, §2º, “c”, do CP.

De acordo com o art. 94 da LEP, o prédio para o cumprimento de pena em regime aberto deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. O art. 95 da mesma Lei, por sua vez, determina que em cada região haverá, pelo menos, uma casa de albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.⁵⁴

Ainda, o art. 36, *caput*, do CP esclarece que o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra

⁵⁴ Importante referir, aqui, a intensa crítica doutrinária ao art. 95, *caput*, da LEP, na medida em que “acaba por restar como letra morta, tendo em vista a quase que inexistência de estabelecimentos com essas características, tampouco alguma possibilidade de fiscalização e orientação, o que na verdade representa um corolário de toda estrutura existente.” (PRADO, 2013, p. 143)

atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga – art. 33, §1º, do CP.

Sobre este regime, esclarecedora é a lição de René Ariel Dotti:

A execução da pena em *regime aberto* tem como ponto de partida a aceitação, pelo condenado, do programa inerente a tal espécie de regime e das condições estabelecidas. Trata-se de um *processo de adesão*, caracterizando o sentido voluntário em oposição ao caráter compulsivo do procedimento de execução em regime fechado ou semiaberto. O condenado deixa de ser objeto de *medidas terapêuticas* para, mantendo os valores de sua personalidade e o seu estilo comum de vida, aceitar ou rejeitar o regime que lhe é proposto.⁵⁵

Ocorre que, diante da inexistência de suficientes casas de albergados ou estabelecimentos adequados para o cumprimento de pena em regime aberto, “juízos e tribunais passaram a conceder a chamada “prisão albergue domiciliar”, transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas.”⁵⁶

Nesse aspecto, considerando a ausência de vagas para o cumprimento da pena em regime aberto, Renato Marcão pondera sobre a possibilidade de execução “em ala distinta de prédio destinado ao cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, desde que não seja possível e/ou permitido o contato entre os presos desses regimes e aqueles submetidos à modalidade aberta ou à limitação de fim de semana.”⁵⁷ No entanto, frente ao atual cenário dos cárceres nacionais, esta opção não é capaz de solucionar o sério problema pelo qual passamos, na medida em que o hiperencarceramento impossibilita a disponibilização de espaço físico e alas separas em estabelecimentos penais originariamente destinados ao regime fechado ou semiaberto, sobrevivendo, mais uma vez, a discussão acerca da concessão da prisão domiciliar excepcional também para os apenados do regime aberto.

1.3.1 Recolhimento em Residência Particular e Ausência de Vagas

⁵⁵ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 657.

⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 506-507.

⁵⁷ MARCÃO, Renato. Op. cit., p. 140-141.

Ao longo da execução penal, somente será possível, nos termos do art. 117 da LEP, o recolhimento domiciliar quando, cumprindo pena em regime aberto, tratar-se de: (I) condenado maior de 70 (setenta) anos de idade; (II) condenado acometido de doença grave;⁵⁸ (III) condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e (IV) condenada gestante. Ressaltamos, aqui, que a previsão legal de recolhimento em residência particular é para o apenado que cumpre pena em regime aberto, ficando excluídos, em regra, os presos dos regimes semiaberto e fechado, ainda que se enquadrem em alguma das mencionadas hipóteses.⁵⁹

Entretanto, conforme já foi acima adiantado, o recolhimento domiciliar tem sido concedido a diversos apenados, independentemente do preenchimento das hipóteses do art. 117 da LEP, em razão da ausência de vagas em regime compatível ao aberto. Do mesmo modo como ocorre em relação ao regime semiaberto, há divergência de opiniões na doutrina, fundamentando-se, basicamente, na impossibilidade de o Poder Judiciário suprir a omissão por parte da Administração Pública e, de outro lado, na necessária preservação dos direitos mínimos da pessoa presa, fazendo prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, defendendo a primeira posição, cumpre destacar, mais uma vez, os ensinamentos de Norberto Cláudio Pâncaro Avena, que, ao defender, diante da ausência de vagas em casa prisional compatível com o regime aberto, a possibilidade de inclusão dos apenados deste regime em alas específicas de prédios destinados aos regimes semiaberto ou fechado, desde que impossibilitado o contato com os presos do regime mais severo, assim argumenta:

[...] primeiramente porque a precariedade da situação carcerária não pode servir de pretexto para esvaziar as finalidades da sanção penal; ademais, é dever do Poder Público promover a efetividade da resposta penal, na dupla perspectiva da prevenção geral e especial, não podendo, então, a omissão da Administração Pública ser suprida pelo Poder Judiciário; em terceiro

⁵⁸ Sobre esta hipótese, cabe destacar que a doença grave é “aquela difícil de ser curada, sujeita a cuidados continuados ou que coloque em risco a vida do indivíduo. [...] De acordo com o entendimento dominante, não é suficiente, contudo, a constatação da doença, sendo necessário que não possa o condenado ser devidamente atendido por médico da rede pública na casa do albergado e se encontre em estágio terminal da doença.” (AVENA, 2014, p. 215)

⁵⁹ O que, conforme visto no item 1.2.1, não impede, conforme jurisprudência já consolidada dos Tribunais Superiores, a concessão da prisão domiciliar para presos do regime semiaberto e aberto nos casos de ausência de vagas compatíveis com o regime de cumprimento da pena.

lugar, porque a superlotação de estabelecimento prisional não constitui hipótese que autorize a prisão domiciliar, entre as arroladas no art. 117 da LEP.⁶⁰

E prossegue o mencionado autor, ao tratar especificamente sobre o recolhimento domiciliar previsto no art. 117 da LEP:

Muito embora o rol do art. 117 da LEP seja taxativo e não exemplificativo, enumerando rigorosamente as situações que admitem o deferimento da prisão domiciliar, a jurisprudência majoritária tem compreendido que, inexistindo vaga em estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto ou aberto, é legítima a prisão domiciliar do apenado, já que a este não se pode impor o cumprimento de pena em local mais severo que o determinado na decisão executória.⁶¹

Julio Fabbrini Mirabete assume posição semelhante a de Norberto Cláudio Pâncaro Avena, destacando, relativamente àquele apenado que, em regime fechado, obtiver progressão para o regime semiaberto, que “deve ter seu nome incluído na lista de espera para a remoção do regime concedido ao estabelecimento adequado.”⁶²

René Ariel Dotti, por sua vez, defende como sendo a melhor solução aquela que concede, desde logo, a prisão domiciliar excepcional, destacando que este entendimento “[...] está adequado ao bom direito e à justiça, porque cumpre o princípio constitucional do *devido processo legal* que é também exigível no procedimento da execução.”⁶³ Rogério Greco assume esta mesma linha, afirmando que

[...] não pode o condenado cumprir sua pena em regime mais rigoroso, por desídia do Estado, se foi determinado na sentença condenatória que o cumprimento se daria em regime aberto, ou seja, em casa de albergado ou estabelecimento similar. Nessa hipótese, entendemos que, se não existe qualquer dos estabelecimentos previstos na alínea c, do §1º do art. 33 do Código Penal, excepcionalmente, poderá o condenado cumprir sua pena em prisão domiciliar.⁶⁴

⁶⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Op. cit., p. 178.

⁶¹ *Ibidem*, p. 215.

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 507.

⁶³ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 658.

⁶⁴ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 506.

Portanto, também em relação ao regime aberto, a doutrina brasileira divide-se, utilizando-se, para tanto, dos argumentos já apontados no item 1.2.1, além de ressaltar a possibilidade de transferência do apenado para casa prisional que, embora não seja originariamente destinada ao cumprimento de pena em regime aberto, comporte a adequação de certas alas para os presos do regime aberto.

1.3.1.1 Análise da Jurisprudência Gaúcha e dos Tribunais Superiores

Quanto à posição da jurisprudência do TJRS, em se tratando de prisão domiciliar por ausência de vagas em casa de albergado ou estabelecimento adequado, ocorrem substanciais alterações relativamente aos entendimentos aplicados aos presos do regime semiaberto (item 1.2.1.1), conforme veremos a seguir.

Há leve alteração no posicionamento da 1ª Câmara Criminal, que passa, ainda de forma não unânime, mas agora majoritária, a entender pela possibilidade da concessão da prisão domiciliar excepcional aos presos do regime aberto, refutando tal hipótese apenas o Des. Honório Gonçalves da Silva Neto.⁶⁵

Em relação a 2ª⁶⁶ e 6ª⁶⁷ Câmaras Criminais, há substancial alteração no posicionamento, para entender viável a concessão da prisão domiciliar, ressaltando não se tratar, as hipóteses previstas no art. 117 da LEP, de rol rígido e inflexível. Acrescentamos, quanto à 6ª Câmara Criminal, que é possível notar, da leitura dos acórdãos proferidos nos autos dos agravos em execução alhures citados, que,

⁶⁵ Agravo em execução nº 70066266818, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Honório Gonçalves da Silva Neto, 16 set. 2015.

⁶⁶ Agravo em execução 70057385585, 2ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador José Antônio Cidade Pitrez, 24 set. 2015; agravo em execução 70065593790, 2ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Víctor Luiz Barcellos Lima, 30 jul. 2015.

⁶⁷ Agravo em execução 70065976573, 6ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Bernadete Coutinho Friedrich, 10 set. 2015; agravo em execução 70065593360, 6ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório, 27 ago. 2015; agravo em execução 70066173188, 6ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Aymoré Roque Pottes de Mello, 08 out. 2015; agravo em execução 70065710303, 6ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Vanderlei Teresinha TremeiaKubiak, 23 set. 2015.

enquanto é frequentemente concedida a prisão domiciliar aos apenados do regime aberto, há uma resistência no deferimento da benesse aos presos do semiaberto, fundada, basicamente, na ideia de que o apenado do regime semiaberto ainda não passou pela fase de gradual retorno ao convívio social, devendo ser evitada, ademais, a denominada progressão *per saltum*, em violação à súmula 491 do STJ.⁶⁸

No tocante à 4ª Câmara Criminal também há significativa modificação em relação ao entendimento aplicado aos apenados do regime semiaberto, na medida em que a maioria dos componentes daquela Câmara entende, em se tratando de apenado do regime aberto, pela possibilidade da prisão domiciliar, à exceção do Desembargador Newton Brasil de Leão, sob o já conhecido argumento da taxatividade do rol previsto no art. 117 da LEP.⁶⁹

A 3ª e 7ª Câmaras Criminais, as quais já entendiam possível a prisão domiciliar aos apenados do regime semiaberto, logicamente mantém a mesma posição em relação aos presos do regime aberto, quando da ausência de vagas adequadas em casa prisional compatível com este regime.⁷⁰

Na 5ª Câmara Criminal também há alteração em relação ao que se entendia quanto à ausência de vagas para presos do regime semiaberto, na medida em que apenas os Desembargadores André Luiz Planella Villarinho e Cristina Pereira Gonzales têm indeferido o benefício, porque fora das hipóteses elencadas no art. 117 da LEP, enquanto os demais componentes daquela Câmara têm deferido a prisão domiciliar, desde que acompanhada do sistema de monitoramento eletrônico, o qual, inclusive, permitiria fiscalização mais eficaz do preso do que quando

68 Súmula nº 491 do STJ. É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&l=10&i=54>>. Acesso em: 16 out. 2015.

69 Agravo em execução 70064375371, 4ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Newton Brasil de Leão, 23 jul. 2015.

70 Agravo em execução 70065779886, 3ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Sérgio Miguel AchuttiBlattes, 27 ago. 2015; agravo em execução 70066372327, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, 01 out. 2015; agravo em execução 70065415234, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, 06 ago. 2015.

recolhido ao regime aberto ou semiaberto (sobre este sistema, ver item 1.3.1.2 a seguir).⁷¹

Por fim, a 8ª Câmara Criminal entende inviável a concessão da prisão domiciliar também nos casos de ausência de vagas adequadas para o cumprimento de pena em regime aberto, por considerar a taxatividade do rol previsto no art. 117 da LEP, não cabendo ao Poder Judiciário solucionar as mazelas do sistema penitenciário brasileiro.⁷²

Já em relação às Cortes Superiores, STJ e STF possuem entendimento no sentido de ser possível a concessão da benesse excepcional, quando da ausência de vagas tanto em regime semiaberto, como em regime aberto, nos termos em que já destacado quando da análise realizada no item 1.2.1.1.

1.3.1.2 Monitoramento Eletrônico

O sistema de monitoramento eletrônico, por meio de tornozeleira, foi instituído em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.258/10, que alterou a redação dos artigos 122, 124 e 146-A a 146-D da LEP, passando a constar, então, a possibilidade de sua utilização nos casos de apenados agraciados, no regime semiaberto, com saída temporária, bem como nos casos de prisão domiciliar (art. 117 da LEP).

De acordo com Luiz Regis Prado, o que motivou a discussão acerca da necessidade da adoção do sistema de monitoramento eletrônico de presos foi “O desprestígio do Sistema Penal brasileiro, somado à estatística crescente dos crimes

⁷¹ Agravo em execução 70065612269, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Lizete Andreis Sebben, 16 set. 2015; agravo em execução 70061597498, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, 15 out. 2014.

⁷² Agravo em execução 70066391749, 8ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch, 07 out. 2015.

violentos, muitos dos quais praticados por condenados que se encontram no gozo de saídas temporárias ou em regime aberto domiciliar [...].”⁷³

Sobre a criação do referido sistema no nosso ordenamento jurídico, assim discorre Renato Marcão:

Embora timidamente, a Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010, instituiu o monitoramento eletrônico no âmbito da execução penal (por ela denominado *monitoração*), alterando dispositivos da Lei de Execução Penal (arts. 122 e 124) e incluindo outros (arts. 146-B a 146-D), constituindo, ainda assim, e de alguma maneira, considerável avanço, porquanto indispensável o enfrentamento da questão no âmbito execucional. O Projeto que deu origem à Lei n. 12.258/2010 tinha contornos mais amplos e buscava permitir o monitoramento eletrônico também em relação aos executados submetidos a regime aberto; penas restritivas de direito; livramento condicional e suspensão condicional da pena, mas, em razão dos vetos sofridos, a lei que dele resultou passou a permitir o monitoramento apenas em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125 c/c o art. 146-B, II, todos da LEP) e aos que se encontrarem em prisão domiciliar (art. 117 c/c o art. 146-B, IV, ambos da LEP).⁷⁴

Quanto ao veto presidencial sofrido pelo Projeto que deu origem à Lei nº12.258/10, assim constou da mensagem nº 310/2010:

A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena **contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro** e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. **Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso.**⁷⁵ (grifo nosso)

Portanto, a possibilidade de emprego do sistema de monitoramento eletrônico somente não foi estendida ao regime aberto em razão do veto presidencial, que considerou a medida contrária ao cumprimento de pena conforme previsto em nosso ordenamento jurídico, bem como por não trazer qualquer solução à problemática da superlotação carcerária.

⁷³ PRADO, Luiz Regis (Coord.). Op. cit., p. 166.

⁷⁴ MARCÃO, Renato. Op. cit., p. 675-676.

⁷⁵ BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

Com efeito, o monitoramento eletrônico no regime aberto seria utilizado, conforme previa a Lei nº 12.258/10, apenas como medida de acréscimo à vigilância à qual já submetido o apenado em regime aberto, aumentando os custos com a execução penal sem tentar solucionar qualquer problema relacionado ao hiperencarceramento.

Há que se cogitar, entretanto, a possibilidade de que a mencionada Lei estivesse com sua atenção voltada para o que ocorria na prática de nosso sistema penitenciário, em que, conforme visto anteriormente, diante da ausência de vagas compatíveis com o regime aberto, não raramente os presos são transferidos para a prisão domiciliar. Desse modo, não haveria dúvidas acerca da possibilidade de utilização do sistema de monitoramento eletrônico também para aqueles apenados que, em regime aberto, fossem beneficiados, fora das hipóteses do art. 117 da LEP, com o recolhimento em sua residência particular, até o surgimento de vaga adequada. Tal possibilidade fugiria, inclusive, às razões do veto antes referido, de que o monitoramento serviria apenas como medida superlativa à fiscalização já existente no regime aberto, na medida em que o dispositivo eletrônico seria necessário para verificar o efetivo recolhimento do apenado, durante o período noturno, em sua residência. Entretanto, nada impediria a utilização, então, do monitoramento eletrônico como medida de mera adição à fiscalização já realizada nos presos do regime aberto devidamente recolhidos em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Assim, atualmente, diante do veto presidencial à utilização do monitoramento eletrônico em presos do regime aberto, duas são as correntes doutrinárias quanto à utilização do aparato eletrônico nos casos de prisão domiciliar excepcional, conforme lição de Julio Fabbrini Mirabete, autor que, adiantamos, defende a possibilidade de utilização do sistema eletrônico inclusive nos casos de prisão domiciliar concedida fora das hipóteses do art. 117 da LEP:

Segundo interpretação mais restritiva, ter-se-ia por inaplicável o disposto no art. 146-B, IV, porque a prisão domiciliar disciplinada na Lei de Execução Penal é destinada ao cumprimento de pena em regime aberto. Por interpretação sistemática e porque não contém a lei palavras inúteis, entendemos que a monitoração eletrônica é admitida e pode ser ordenada, por força do art. 146-B, IV, em todos os casos em que, no curso da execução penal, o juiz determinar a prisão domiciliar. O veto à utilização na concessão do regime aberto, que, por norma geral, deve ser cumprida em

casa do albergado, não alcançou a modalidade específica da prisão domiciliar, diante de sua expressa manutenção no texto sancionado. O condenado que cumpre a pena em casa do albergado deve ali pernoitar e durante o dia sair nos horários de trabalho, o que possibilita um controle diário pela administração do cumprimento das condições impostas, tornando-se de menor relevância a monitoração eletrônica. Situação distinta é a daquele submetido à prisão domiciliar, porque sujeito a fiscalização somente em raríssimas oportunidades e, no mais das vezes, a fiscalização nenhuma. A prisão domiciliar, aliás, é, dentre todas as hipóteses passíveis de previsão legal, a que mais justifica o recurso da monitoração eletrônica. Se a monitoração eletrônica pode ser considerada inconveniente ou excessiva na prestação de serviços à comunidade, *sursis* e livramento condicional, porque não está sendo executada pena privativa de liberdade e o condenado foi considerado apto ao pleno convívio social, bem como no trabalho externo, no regime semiaberto e na prisão albergue cumprida em casa do albergado, porque, nesses casos, a fiscalização já é exercida diariamente mediante o controle do retorno ao estabelecimento penal, as mesmas razões críticas não se adequam à prisão domiciliar, que implica a efetiva execução de uma pena privativa de liberdade, longe dos olhos da administração, em relação à qual há fiscalização mínima ou nenhuma. Justifica-se, assim a preservação no texto sancionado da hipótese de prisão domiciliar, em que pese o veto à possibilidade de monitoração, de forma ampla, em todos os casos de concessão do regime semiaberto ou aberto. Nada autoriza o entendimento de que a monitoração eletrônica seria cabível na prisão domiciliar deferida nas situações previstas no art. 117, mas não pelo motivo da ausência de vagas no regime semiaberto ou em casa do albergado, porque a norma legal não estabelece a diferenciação e porque em todas essas hipóteses o beneficiário está sujeito às mesmas condições legais e a outras que pode o juiz especificar (arts. 113 e 115).⁷⁶

E, na prática, tem se observado, principalmente no Estado do Rio Grande do Sul, a ampla utilização do monitoramento eletrônico como forma de fiscalização do adequado cumprimento da pena por parte dos apenados agraciados com a prisão domiciliar excepcional, tanto por ausência de vagas adequadas no regime aberto, como no regime semiaberto. No ponto, inclusive, alguns magistrados somente entendem possível a prisão domiciliar, fazendo prevalecer, em prol do apenado, o princípio da dignidade da pessoa humana, porque viável sua fiscalização por meio do dispositivo eletrônico.⁷⁷

Trata-se, então, na prática, de verdadeira forma de fiscalização do correto cumprimento de pena, por parte do apenado, sem que para isso seja necessário o contato deste com a casa prisional ou sua administração. Nesse sentido, ademais, é a conclusão de Janaína Rodrigues Oliveira e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo em

⁷⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 507.

⁷⁷ Agravo em execução 70065612269, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Lizete Andreis Sebben, 16 set. 2015; agravo em execução 70061597498, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Desembargadora Cristina Pereira Gonzales, 15 out. 2014.

artigo publicado em edição da Revista da Defensoria Pública, ao afirmar que, no Rio Grande do Sul, a experiência do monitoramento eletrônico claramente está “[...] voltada a uma *recriação* do sistema progressivo de cumprimento de pena, mesmo que contrariando a lei, na tentativa de minimizar os danos do sistema prisional mediante a utilização do aparato eletrônico, liberando vagas no regime semiaberto e viabilizando a prisão domiciliar.”⁷⁸

Portanto, embora o monitoramento eletrônico não tenha pretendido, originariamente, remediar o grave problema de superlotação que assola o sistema penitenciário brasileiro, parece que esta é a função que a ele vem sendo atribuída pela jurisprudência, ainda que, segundo alguns, contrariamente às disposições legais, situação que, como se verá a seguir, poderá ser definitivamente referendada pela nova normatização trazida pelo Projeto de Lei nº 236/2012.

⁷⁸OLIVEIRA, Janaína Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O monitoramento eletrônico de presos no Brasil. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, ano IV, ed. esp. Porto Alegre, 2013, p. 91. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/776610-Revista-da-Defensoria-Publica-Ano-IV-Edicao-Especial-Execucao-Penal-4/>>. Acesso em 19 out. 2015.

2 REGIMES PRISIONAIS NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 236/2012

Com vistas a atualizar nossa legislação penal, adaptando-a principalmente às transformações sociais ocorridas desde a sua criação, em 1940, bem como objetivando unificá-la em um único diploma normativo em substituição às inúmeras leis extravagantes hoje existentes, teve início, no ano de 2012, no Senado Federal, o trâmite do Projeto de Lei nº 236/2012.

Desde então, o referido Projeto tem sofrido inúmeras críticas por renomados juristas, inclusive após sucessivas revisões e alterações ocorridas ao longo de sua tramitação, relacionadas, principalmente, às questões técnicas de redação e o resultado final encarcerador de suas disposições.⁷⁹

⁷⁹ Nesse sentido, CIRINO DOS SANTOS (2013, p. 49), após analisar as inovações constantes do Projeto, afirmou que “Argumentos científicos e razões de política criminal parecem aconselhar a rejeição do Projeto. A natureza e a extensão dos defeitos são maiores do que eventuais méritos, tornando o Projeto imprestável: é impossível emendar, retificar ou corrigir. O maior problema é a contaminação do sistema penal por uma ideologia conservadora, ou a normatização de uma concepção autoritária de política criminal, ou a tentativa de garantir com crimes e penas uma sociedade desigual e injusta.” Na mesma linha, REALE JÚNIOR (2012), em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, afirmou que o Projeto de reforma do CP “É uma obscenidade, é gravíssimo. Erros da maior gravidade técnica e da maior gravidade com relação à criação dos tipos penais, de proporcionalidade. E a maior gravidade de todas está na parte geral, porque é uma utilização absolutamente atécnica, acientífica, de questões da maior relevância, em que eles demonstram não ter o mínimo conhecimento de dogmática penal e da estrutura do crime.” LEITE e QUANDT (2015), por sua vez, em matéria bastante recente, afirmaram que “É possível discorrer indefinidamente sobre os defeitos desse projeto. O mais visível é o *desleixo* com que foi elaborado – defeito perceptível em cada linha do PLS 236/12, apesar das duas revisões que sofreu. O produto final que deve seguir para a votação apresenta graves defeitos de revisão técnica (1.); é composto por uma Parte Geral altamente defeituosa (2.); é fruto de uma transposição acrítica das leis extravagantes (3.) e, por fim, não obedece a qualquer técnica legislativa uniforme (4.)” Ainda, em nota técnica ao PLS nº 236/2012, datada de 08 de maio de 2015, o Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NESC), a Pastoral Carcerária Nacional, o Instituto brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e a Rede de Justiça Criminal referiram, após análise do Projeto de CP, que, “caso aprovada a proposta de Código Penal da forma como se encontra, estar-se-á diante de certeza de colapso do sistema de Justiça e do sistema Penitenciário Nacional.”, bem como que “Considerando que o PLS 236/2012 traz em seu bojo o fim do livramento condicional, o aumento de prazos para a obtenção de progressão, a impossibilidade de aplicação de regime inicial aberto em alguns casos, bem como diversas outras alterações que implicam aumento de tempo de prisão, fica bastante óbvio que a política de encarceramento em massa, já em voga, seria intensificada violentamente se aprovada a reforma do Código Penal nos moldes proposta. [...] Em suma, a aprovação do projeto terá como provável consequência a responsabilização do Brasil nas instâncias internacionais de proteção a direitos humanos, com consequências sociais e econômicas deletérias já previstas, mas em nenhum momento analisadas e dimensionadas no relatório em que apresentado o substitutivo do PLS 236/2012, pelo que deve ser rejeitado integralmente, ou, ao menos, ter sua votação adiada para

Entretanto, em que pese as prudentes críticas realizadas e a sugestão, até mesmo, de arquivamento do Projeto de Lei nº 236/2012 em razão das diversas problemas constatados em seu texto, sua tramitação prossegue, encontrando-se, atualmente, aguardando a designação de Relator junto à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Diante disso, passamos, agora, à análise do regramento previsto para os regimes de cumprimento de pena no Projeto de Novo Código Penal e sua relação com o atual cenário nacional, de superlotação carcerária em uma era de hiperencarceramento, de modo a apontar em que medida a nova legislação penal, se aprovada, terá internalizado o que já ocorre na prática da execução penal brasileira, bem como se e como sinaliza, em seus dispositivos, alguma tentativa de solução da inflação prisional.

2.1 REGRAMENTO DO REGIME FECHADO

Relativamente ao regime fechado, o Projeto de Lei nº 236/2012, doravante denominado “Projeto”, mantém redação bastante semelhante à atual, do art. 33 e seguintes do Código Penal. Nesse sentido, o Projeto prevê, em seu art. 46, parágrafo único, alínea “a”, que o regime fechado é aquele em que a execução da pena se dá em estabelecimento penal de segurança máxima ou média.

Já em seu art. 50 e parágrafos, dispõe que o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno, admitindo-se, de forma excepcional, o trabalho externo, desde que em serviço ou obras públicas (art. 50, §3º, do Projeto).⁸⁰

Ainda, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, de acordo com o art. 49, I, do Projeto, o condenado à pena igual ou superior a oito anos (previsão

que, com responsabilidade, sejam apurados os resultados sociais desastrosos que poderá decorrer de uma eventual aprovação.” (2015, p. 1, 3 e 6)

⁸⁰ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 out. 2015, p 16-18.

esta mais prejudicial ao condenado, na medida em que, atualmente, a pena igual a oito anos implica a fixação do regime semiaberto), aplicando-se, ademais, as considerações já realizadas no item 1.1, relativamente às circunstâncias judiciais ou à eventual condição de reincidente do condenado, que poderão levar à aplicação de regime carcerário mais severo, ainda que aplicada pena inferior a oito anos, nos termos do art. 49, incisos II e III, bem como seu parágrafo único, do Projeto.

Destacamos, porque pertinente, que, conforme art. 75 do Projeto, são circunstâncias judiciais a culpabilidade, motivos e fins, meios e modo de execução, circunstâncias e consequências do crime, além da contribuição da vítima para o fato, restando excluídos, portanto, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, atualmente previstos no art. 59 do CP.⁸¹

2.2 REGRAMENTO DO REGIME SEMIABERTO

No tocante ao regime semiaberto, novamente mantém-se redação semelhante à do atual art. 33, §1º, “a”, do CP, dispondo, o art. 46, parágrafo único, “b”, do Projeto de Lei, que, no regime semiaberto, a execução da pena ocorrerá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, sendo permitido o trabalho externo, assim como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior – art. 50, §1º, do Projeto.

Ademais, conforme art. 49, II e parágrafo único, do Projeto, iniciará o cumprimento de pena em regime semiaberto o condenado não reincidente em crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos e inferior a oito anos, observada eventual reincidência ou circunstâncias judiciais que demandem a aplicação do regime fechado.⁸²

Aqui, cabe destacar que, em parecer emitido pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, de relatoria do Senador Pedro Taques, junto ao qual foi apresentado substitutivo ao Projeto, sugeriu-se a inclusão, ao lado das

⁸¹ *Ibidem*, p 18 e 27.

⁸² *Ibidem*, p 16 e 18.

colônias agrícolas e industriais, das casas de albergado para o cumprimento de pena em regime semiaberto, porquanto espaços estes não mais utilizados, segundo as novas disposições do Projeto, para o recolhimento de presos em regime aberto (ver item 2.3), possibilitando-se, assim, a abertura de novas vagas para o cumprimento de pena no regime semiaberto – art. 40, parágrafo único, “b”, do substitutivo.⁸³

Além disso, o substitutivo já referido acrescenta, sem qualquer justificativa, um novo parágrafo ao art. 51 do Projeto, possibilitando ao magistrado que determine a fiscalização do cumprimento das condições do regime semiaberto também por meio do sistema de monitoramento eletrônico – art. 46, §5º, do substitutivo.⁸⁴ Trata-se, gize-se, de regra incluída sem qualquer explicação razoável e que vai de encontro a toda sistemática de cumprimento de pena, na medida em que, ao fazer jus ao regime semiaberto, confia-se no senso de responsabilidade do condenado, para que retorne gradualmente ao convívio social, submetendo-se às barreiras e à fiscalização do cárcere somente em determinados períodos, quando recolhido à casa prisional, o que seria prejudicado por meio do monitoramento eletrônico, acarretando vigilância constante do apenado. Tal medida serviria apenas para ampliar a rede de controle prisional, em prejuízo do retorno do condenado ao convívio social, além de aumentar os custos estatais com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios ou combater problemas mais basilares relacionados, principalmente, a políticas públicas voltadas à saúde e educação.

2.2.1 Ausência de Vagas no Regime Semiaberto

Aqui reside uma das grandes novidades do Projeto relativamente aos regimes prisionais para cumprimento de pena.

⁸³ SENADO FEDERAL. **Parecer Nº 1.576, de 2013**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 22 out. 2015, p 116.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 324.

Com efeito, conforme expressamente previsto no art. 47, §4º, do Projeto, “se, por razão atribuída ao Poder Público não houver vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, o apenado terá direito à progressão diretamente para o regime aberto.”⁸⁵

Trata-se de disposição que, atentando para a dura realidade atual, de superlotação das penitenciárias brasileira, inexistindo vagas suficientes para o cumprimento de pena no regime semiaberto e sendo questionável a adequação daquelas existentes, determina a transferência do apenado, com direito à progressão para o regime semiaberto, diretamente para o regime aberto.

Assim, o Projeto, se aprovado, levaria ao fim o longo debate doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de concessão de regime mais brando de pena quando ausente vaga em regime compatível ao semiaberto, conforme alhures exposto. Nesse sentido, não mais seria possível argumentar a ausência de previsão legal para tanto, bem como estaria legalmente prevista exceção à Súmula 491 do STJ, que veda a chamada progressão *per saltum* de regime prisional, na medida em que o preso passaria do regime fechado diretamente ao regime aberto, por razão, gize-se, atribuída ao Poder Público, fazendo prevalecer, então, o princípio da dignidade da pessoa humana a que, obviamente, também faz jus a pessoa presa.

No ponto, destacamos que, no substitutivo ao Projeto oferecido pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal, o art. 47, §4º, do Projeto original sofreu pequena alteração, passando a constar que, na ausência de vaga em estabelecimento penal apropriado para a execução da pena em regime semiaberto, “[...] o juiz poderá determinar o recolhimento domiciliar, considerando a natureza do crime praticado e as circunstâncias pessoais do condenado, mediante fiscalização por monitoramento eletrônico ou outro meio eficaz” – art. 41, §4º, do substitutivo.⁸⁶ Ou seja, além da ausência de vaga adequada, o juiz também deverá ponderar as circunstâncias pessoais do condenado e a natureza do crime praticado,

⁸⁵ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 out. 2015, p. 17.

⁸⁶ SENADO FEDERAL. **Parecer Nº 1.576, de 2013**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 22 out. 2015, p 322.

critérios estes que poderão servir de norte para determinar quais os condenados que primeiro serão beneficiados por meio do recolhimento domiciliar excepcional. Ainda, determina-se que o apenado agraciado com este recolhimento domiciliar seja fiscalizado por meio de monitoramento eletrônico (ou outro meio eficaz), tornando obrigatório algo que, no regime aberto usual (ver item 2.3), é faculdade do juiz.

2.3 REGRAMENTO DO REGIME ABERTO

As alterações não se restringem ao regramento do regime semiaberto, na medida em que o Projeto inova ainda mais quanto ao regime aberto, adaptando a legislação penal ao que atualmente ocorre em nossa prática jurídico-penitenciária. A similitude é tanta que poderia se cogitar que o Poder Legislativo, somando esforços com o Poder Judiciário, estaria tentando buscar soluções à histórica e persistente omissão do Poder Executivo em destinar verbas à criação de vagas suficientes e adequadas ao cumprimento de pena nos diversos regimes prisionais existentes, o que, como observaremos no item 2.4, pode carregar consigo pontos positivos e outros negativos.

Efetivamente, o Projeto de Lei nº 236/2012 surpreende ao dispor, em seu art. 46, parágrafo único, alínea “c”, que o cumprimento de pena em regime aberto ocorrerá “fora do estabelecimento penal”⁸⁷, conferindo, então, ainda mais relevância ao senso de responsabilidade do próprio preso que retorna ao pleno convívio em sociedade.

Nessa linha, para melhor ilustrar a significativa alteração, cabe trazer à baila o inteiro teor do art. 52 do Projeto, no qual está detalhado o regramento do regime aberto:

Art. 52. O regime aberto consiste na execução da pena de prestação de serviços à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar.

⁸⁷ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 out. 2015, p. 16.

§1º A pena de prestação de serviço à comunidade será obrigatoriamente executada no período inicial de cumprimento e por tempo não inferior a um terço da pena aplicada.

§2º O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância direta, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado à sua moradia habitual.

§3º O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica.

§4º Em caso de descumprimento injustificado das condições do regime aberto o condenado regredirá para o regime semiaberto.⁸⁸
(grifo nosso)

Da leitura do dispositivo transcrito, podemos facilmente perceber que, durante o cumprimento da pena em regime aberto, o preso, além de prestar serviços à comunidade e cumprir outra pena restritiva de direitos, permanecerá recolhido em seu domicílio, com a possibilidade de fiscalização por meio de monitoramento eletrônico. Destacamos, no ponto, que a tornozeleira seria necessária, então, a critério do magistrado, para fiscalizar as atividades do apenado, mormente no que diz respeito ao seu efetivo recolhimento domiciliar nos horários determinados.

Assim, uma vez aprovado o Projeto, restaria afastada a tese, hoje em dia adotada por parcela da jurisprudência, de ilegalidade na concessão da prisão domiciliar excepcional, por ausência de previsão legal, quando da inexistência de vagas compatíveis com o regime aberto. Do mesmo modo, em razão do disposto no §3º acima transcrito, ficaria prejudicada a tese, também adotada por certo setor da jurisprudência, de que o sistema de monitoramento eletrônico, por ausência de previsão legal, não se prestaria à fiscalização da prisão domiciliar excepcional.

Em tempo, ressaltamos que o Projeto alterou a redação do art. 33, §2º, “c”, do CP, passando a determinar, em seu art. 49, III, que “o condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça, não reincidente, cuja pena seja superior a dois e igual ou inferior a quatro anos, poderá iniciar o cumprimento em regime aberto.”⁸⁹ Ou seja, os condenados a pena superior a dois anos, por crimes em que houve o emprego de violência ou grave ameaça, ainda que a pena seja inferior a quatro anos, não farão jus ao regime aberto, sendo-lhes aplicável, então, logicamente, o regime semiaberto.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 18.

Sobre a sistemática prevista pelo Projeto ao regime aberto e acima exposta, Miguel Reale Júnior tece duras críticas, asseverando que

Diante do fracasso da prisão albergue, em vez de se suprimir o regime aberto, mantém-se este regime, mas com exigências distantes da realidade, pois consiste – art. 52 – no recolhimento domiciliar à noite, devendo o condenado trabalhar e cumprir duas penas alternativas concomitantemente: obrigatoriamente a prestação de serviços à comunidade, acrescentada de outra pena restritiva. Como irá o condenado, após anos de encarceramento, não só conseguir trabalhar, mas, ainda por cima, prestar serviços à comunidade e outra pena restritiva, sem condições efetivas para enfrentar tantas tarefas na vida livre depois do aprisionamento. Absurdamente irrealista a proposta.⁹⁰

De qualquer modo, certo é que, se aprovado o Projeto, surtiria efeitos imediatos no sistema carcerário nacional, reduzindo o encarceramento e gerando vagas, na medida em que todos aqueles presos do regime aberto, atualmente recolhidos em casas de albergado ou, ainda, em estabelecimentos prisionais originariamente destinados ao regime semiaberto (colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar), passariam a cumprir suas penas *fora do estabelecimento penal*, em prisão domiciliar.

Não bastasse isso, conforme já destacado no item 2.2.1, todos aqueles presos em regime fechado, que já tivessem alcançado o direito ao regime semiaberto, mas que, por ausência de vagas adequadas ao cumprimento de pena neste regime, tivessem permanecido recolhidos no regime mais severo, seriam, diante do novo regramento trazido pelo Projeto, imediatamente transferidos ao regime aberto.

Diante das novas possibilidades legais sinalizadas no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 e acima brevemente apontadas, passamos, por fim, a discutir sobre os motivos de tais alterações e quais as perspectivas relativamente à questão da superlotação carcerária para o caso de sua aprovação.

⁹⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. Erros e absurdos do Projeto de Código Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 11, n. 50, p. 79-95, jul./set. 2013, p. 86.

2.4 PERSPECTIVAS

Diante do quadro acima exposto, inexistem dúvidas de que o encarceramento massivo de nada adianta, para o preso ou para a sociedade, servindo apenas como reforço da criminalidade e mecanismo propulsor da desigualdade social. Nesse sentido, e de forma bastante educativa, Alvin August de Sá destaca que

Assim como é impossível demonstrar afeto para um filho através da surra, ou motivar um aluno a estudar através simplesmente da reprovação (pois são medidas e objetos que se excluem), também é impossível desenvolver em alguém a maturidade para o convívio em sociedade, segregando-o da sociedade.⁹¹

Na mesma linha são os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena privativa de liberdade, como forma quase exclusiva de controle social. Bastaram dois séculos para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas preventivas e retributivas. [...] Sabe-se hoje que a prisão reforça os valores negativos do condenado. [...] Não mais se justificam as expectativas da sanção criminal. Caminha-se, portanto, em busca de alternativas para a pena privativa de liberdade.⁹²

Assentada esta ideia, parece-nos indiscutível que o cumprimento da pena fora de estabelecimentos prisionais quando em regime aberto e, principalmente, a opção pela progressão *per saltum* quando da ausência de vagas em regime semiaberto seriam alterações extremamente benéficas e saudáveis para a reintegração social do apenado.

Desse modo, não só se impediria a violação aos direitos mais básicos da pessoa presa, como também se evitaria o contato daqueles condenados a regimes mais brandos de pena (aberto e semiaberto) com estabelecimentos penais degradantes e atentatórios à dignidade da pessoa humana.

⁹¹ SÁ, Alvin August de. Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, rev. dos tribunais, 1998. v.21, p. 119.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 268.

Ainda, ao possibilitar que o apenado cumpra sua pena em domicílio, viabilizando, então, o contato constante com seus familiares e com a comunidade local, prestigia-se a manutenção de seus vínculos afetivos, os quais, seguramente, são fundamentais para o convívio social.⁹³

Entretanto, em que pese a imediata geração de vagas no regime semiaberto, a alteração trazida pelo Projeto provavelmente faria com que o Poder Executivo, menos pressionado diante da amenização do problema da superlotação carcerária, sentisse-se ainda menos inclinado a realizar substanciais investimentos para a melhoria das condições do cárcere. Desse modo, não só o problema da superlotação não seria solucionado, como também os presos permaneceriam submetidos, em razão das péssimas condições estruturais das prisões, a situações de flagrante violação aos direitos humanos.

Ressaltamos ter ciência, é claro, que a inércia do Poder Executivo em realizar investimentos substanciais nos presídios brasileiros não tem o condão de afastar os méritos das alterações pretendidas pelo Poder Legislativo através do Projeto ora analisado. Todavia, certo é que a atividade de cada um destes Poderes acaba por refletir na atuação do outro, bem como na pressão exercida por movimentos sociais, disso decorrendo efeitos positivos e/ou negativos.

⁹³ Sobre o tema, SÁ (1998, p. 118) afirma que “o Estado, ao decretar, através da sentença do juiz, a pena de prisão, explicita, formaliza e consagra uma relação de antagonismo entre o condenado e a sociedade. É bom repetir e frisar: é um aspecto realmente dramático do caráter perverso da pena de prisão, cujas conseqüências podem chegar a ser profundamente drásticas para a mente e para a vida do condenado e, conseqüentemente, para o convívio social em geral, ainda que se processem latentemente, em doses homeopáticas, sem que necessariamente o preso e a sociedade delas se apercebam. A conduta criminosa, como é sabido, não raras vezes é o resultado natural de uma vida socialmente marginalizada, marcada por sentimentos de rejeição e hostilidade. Não há se negar a existência de indivíduos criminosos que enveredam pela senda do crime por força de traços de personalidade e de caráter. Entretanto, o que importa hoje não é mais uma compreensão centrada numa ótica médico-psicológica, e sim uma compreensão ampla do problema da criminalidade, centrada numa análise em formas de intervenção que tenham como foco a relação preso-sociedade. Ao delinquir, o indivíduo concretiza um confronto com a sociedade. Ao penalizá-lo com prisão, o Estado concretiza o antagonismo entre ele e a sociedade. Sua “recuperação” será uma recuperação para a sociedade, ou seja, será uma reintegração social, e só será possível mediante a resolução desse antagonismo e a superação desse confronto. Por outro lado, a reintegração social do preso só será viável mediante a participação efetiva, tecnicamente planejada e assistida, da sociedade, da comunidade.” Efetivamente, a tão almejada reintegração social somente será possível quando a prisão não for mais utilizada como mera barreira ou depósito de pessoas, vistas como incapazes de se adequar às normas sociais, mas sim como instituição que, observando às diretrizes legais e constitucionais, oportunize e colabore para que aqueles indivíduos selecionados pelo sistema penal retornem, paulatinamente, ao convívio social.

Nesse sentido, a geração de vagas no regime semiaberto, por meio de nova legislação penal, não eliminaria mazelas como a ausência de suficiente atendimento profissional especializado nas prisões, principalmente nas áreas médica, jurídica e psicológica, além de melhores condições de habitação, atividade laboral (essencial para a própria reintegração social do preso) e de lazer,⁹⁴ incentivando, de outro lado, a inércia do Poder Executivo. Ademais, ainda que o Projeto possibilitasse a progressão *per saltum* e o recolhimento domiciliar quando da ausência de vagas no regime semiaberto, agravaria o sistema progressivo, em prejuízo principalmente dos apenados do regime fechado, na medida em que seriam dilatados os lapsos temporais para obtenção da progressão para o regime semiaberto, com a gradual majoração do déficit de vagas no regime fechado.⁹⁵

⁹⁴ Sobre o tema, BITENCOURT (2001, p. 156-157) ressalta que “[...] De modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: maus-tratos verbais (insultos, grosserias etc.) ou de fato (castigos sádicos, crueldades injustificadas e vários métodos sutis de fazer o recluso sofrer sem incorrer em evidente violação do ordenamento etc.); superpopulação carcerária, o que também leva a uma drástica redução do aproveitamento de outras atividades que o centro penal deve proporcionar (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita grande quantidade de abusos sexuais e de condutas inconvenientes); falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras e imundícies nas celas, corredores, cozinhas etc.); condições deficientes de trabalho, que podem significar uma inaceitável exploração dos reclusos ou o ócio completo; deficiência nos serviços médicos, que pode chegar, inclusive, a sua absoluta inexistência; assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva [...]; regime alimentar deficiente; elevado índice de consumo de drogas, muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários, que permitem e até realizam o tráfico ilegal de drogas; reiterados abusos sexuais, nos quais normalmente levam a pior os jovens reclusos recém-ingressos, sem ignorar, evidentemente, os graves problemas de homossexualismo e onanismo; ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.”

⁹⁵ Nesse sentido, Daniel Nicory do Prado, ao realizar estudo sobre o impacto do Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, afirmou que “[...] será um instrumento eficaz de controle da superlotação nos estabelecimentos de regime semiaberto, sobretudo no curto prazo. No entanto, com o aumento do rigor da progressão, o influxo a partir do regime fechado será gradualmente menor, concentrando exatamente no regime mais gravoso o déficit de vagas, para o qual não foi oferecida uma solução normativa pelo anteprojeto.” (PRADO, 2013, p. 180). Efetivamente, outra não é a conclusão que se extrai da análise das frações de cumprimento de pena exigidas para a obtenção da progressão de regime de acordo com o Projeto: enquanto a atual legislação penal estipula, como requisitos para a progressão de regime, o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena (art. 112 da LEP) ou, em se tratando de crime hediondo, de 2/5 (dois quintos) para condenados primários e 3/5 (três quintos) para condenados reincidentes (art. 2º, §2º, da Lei nº 8.072/90), o Projeto, em seu art. 47, mantém a fração de 1/6 (um sexto) tão somente aos apenados não reincidentes em crime doloso, determinando que os presos reincidentes, bem como aqueles que, embora não reincidentes, tenham cometido crimes com violência ou grave ameaça ou, ainda, delito que tenha causado grave lesão à sociedade, cumpram 1/3 (um terço) da pena, enquanto os condenados por crime hediondo ou que sejam reincidentes em crime praticado com violência ou grave ameaça ou que tenha causado grave lesão à sociedade deverão cumprir metade da pena e, por fim, 3/5 (três quintos) da pena caso reincidentes em crime hediondo. Assim, o evidente agravamento do sistema progressivo fará com que todos os apenados que iniciarem o cumprimento de sua pena em regime fechado permaneçam por mais tempo no interior do cárcere, até a obtenção das frações de progressão para

Destarte, embora o Projeto de Lei do Senado ofereça uma solução normativa para o problema da superlotação em estabelecimentos prisionais do regime semiaberto, alteração esta de grande valia no atual cenário prisional do País, perde em muito ao agravar o sistema progressivo como um todo. Efetivamente, quanto maior o período de aprisionamento, maiores as chances de rompimento dos laços sociais e familiares até então construídos pela pessoa condenada, dificultando-se cada vez mais a reintegração social do preso.

Portanto, diante do exposto, podemos afirmar que, em relação aos regimes prisionais de pena, o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 posiciona-se de forma condizente à tendência mundial de desencarcerização. Entretanto, ainda que os regimes semiaberto e aberto, como previstos no Projeto, possibilitem o maior contato do preso com a sociedade, facilitando sua reintegração social, as demais disposições deixam transparecer que o Projeto aliviaria o sistema prisional, por meio de solução normativa paliativa e de curto prazo, sem inovar no tratamento do atual modelo de crimes e penas.

Com efeito, ao mesmo tempo em que elimina a superlotação nos regimes aberto e semiaberto, amenizando, por algum tempo, a cobrança por mudanças perante o Poder Executivo (que continuará omitindo-se em relação às mazelas do cárcere), o Projeto agrava as condições do regime fechado, empurrando para adiante a real solução do problema carcerário.

Neste ponto, retomamos, porque pertinente, a afirmação de Michel Foucault alhures transcrita, a qual a tendência mundial cada vez mais tenta afastar ao pensar em ideias alternativas para lidar com os conflitos sociais mais graves que não com o modelo de crimes e penas:

E se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão.⁹⁶

o regime semiaberto e aberto, mormente se considerada a hipótese de prática de faltas graves, com a alteração do marco (data-base) para a obtenção da progressão de regime.

⁹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 196.

Portanto, ainda que o Projeto tenha adotado medidas revolucionárias em relação ao *status quo* da nossa legislação penal, parece-nos que insistirá na prisão, instituição *perigosa quando não inútil*, ao invés de aproveitar a oportunidade que surge para promover amplo debate acerca da matéria e investir em alternativas ao encarceramento. Frisamos: o cumprimento da pena em domicílio quando da fixação do regime aberto e a possibilidade de progressão do regime fechado diretamente ao aberto, quando da ausência de vagas no regime semiaberto, são alterações de enorme relevância face à nossa atual realidade, mas ainda insuficientes para a superação da falência do cárcere.

Assim, em razão do efeito inicial desencarcerador das disposições do Projeto, provavelmente o Poder Executivo sentir-se-ia menos inclinado a realizar investimentos e efetivas transformações nas casas prisionais existentes, arrastando-se a atual situação, que beira à quase inexistência de infraestrutura, ainda por longo período, até que se decidisse, se ainda não fosse tarde, *abrir mão* da prisão como principal modo de solucionar os conflitos da sociedade contemporânea.

Diante do exposto, no que se refere às perspectivas em caso de aprovação do Projeto, caso aprovado o Projeto, acreditamos que produziria alívio imediato em relação à atual superlotação dos regimes semiaberto e aberto, sem, no entanto, surtir qualquer efeito quanto ao regime fechado, que, ademais, teria suas condições agravadas com o transcurso do tempo.

Portanto, é imprescindível a busca por soluções alternativas ao cárcere e, ao mesmo tempo, a não aprovação de regras retrógadas ao atual estágio do Direito Penal pátrio, insistindo-se na cobrança por investimentos substanciais do Poder Executivo no sistema prisional.

Por fim, essencial lembrar, neste panorama, que cabe ao Poder Judiciário, ciente da realidade dos presídios brasileiros e das penas desumanas suportadas por inúmeros presos, melhor interpretar a legislação penal, sempre em consonância com a Constituição Federal. E não é sem motivo que o afirmamos: sabido é que a sociedade evolui em passo sempre mais acelerado do que a legislação que a regula, não passando esta de um espelho a refletir as necessidades do mundo fático sobre o qual dispõe. Assim, considerar a realidade quando da análise do caso concreto, a

ela adaptando a norma penal, é medida salutar para que se respeite os direitos fundamentais do indivíduo preso, bem como para a constante evolução da legislação penal.

CONCLUSÃO

Como visto, os regimes prisionais de pena e seu respectivo regramento são assuntos delicados e que merecem especial cautela, mormente quando se trata de elaborar todo um novo Código que, uma vez aplicado, produzirá efeitos no curto e longo prazo, influenciando no âmago da vida de inúmeras pessoas. A criação legislativa refletida, que considere a realidade que nos envolve, é essencial para evitar a elaboração de regras retrógradas e que apenas sirvam de empecilho à concretização dos direitos fundamentais.

Frente a isso, o presente estudo buscou fazer uma comparação entre os regimes prisionais de pena como atualmente previstos em nosso Código Penal e seu regramento no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, averiguando e criticando os possíveis efeitos práticos, relativamente às mazelas do sistema prisional, em caso de eventual aprovação do referido Projeto.

Demonstramos, nessa senda, que as disposições constantes do atual Código Penal já não são mais capazes de lidar com o número crescente de indivíduos encarcerados, com a piora da já grave situação das casas prisionais brasileiras. Verificamos, diante deste cenário, tendo em vista as condições desumanas a que submetidos os presos, que a jurisprudência pátria, de forma não unânime, tem concedido a prisão domiciliar excepcional a diversos apenados, utilizando-se, por vezes, do sistema de monitoramento eletrônico.

Constatamos, ainda, ao examinar o Projeto de Lei, que este, atentando para a realidade brasileira, traz em seu bojo disposições bastante positivas quanto aos regimes aberto e semiaberto, com a consagração da progressão *per saltum* quando da ausência de vagas em casa prisional compatível com o regime semiaberto e do cumprimento da pena em domicílio quando fixado o regime aberto. Tais alterações, de cunho evidentemente desencarcerador, permitiriam que o preso condenado a regime mais brando de pena tivesse um maior contato com a sociedade, ponto fulcral para sua reintegração social, evitando o rompimento dos vínculos e laços afetivos com sua família e comunidade.

Por outro lado, ressaltamos que, em que pese a solução normativa pensada pelo Poder Legislativo à problemática da superlotação carcerária nos regimes aberto e semiaberto, não haveria qualquer alteração das péssimas condições estruturais das casas prisionais, o que ainda dependeria de sérios investimentos por parte do Poder Executivo. Ademais, em razão da dilatação, no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, dos lapsos prisionais para obtenção de progressão de regime, restaria agravada a atual situação do regime fechado, com a gradual majoração do déficit de vagas neste regime prisional.

Assim, o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012, embora contenha diversas disposições que exijam reflexão mais aprofundada, aponta para a adoção de mudanças significativas na execução penal, de caráter evidentemente desencarcerador. Com efeito, somente o esforço constante para a atualização acertada da legislação penal permitirá a melhoria da nossa realidade carcerária, tarefa para a qual, é claro, devem conjugar esforços todos os três Poderes.

Nesse sentido, para que se atinja a tão almejada reintegração social do preso, temos como imprescindível a atuação conjunta dos três Poderes, apoiando-se mutuamente para a criação de estabelecimentos carcerários que respeitem os direitos fundamentais dos apenados. Somente quando o Poder Executivo realizar investimentos relevantes no sistema prisional, permitindo seu aparelhamento para o correto atendimento da população carcerária; somente quando o Poder Legislativo não ceder aos apelos midiáticos do senso comum, percebendo e aceitando a falência da pena de prisão, com o investimento, então, em institutos outros que possibilitem a verdadeira reintegração social do preso; e somente quando o Poder Judiciário efetivamente considerar a situação dos apenados e seus requerimentos de modo condizente com a realidade na qual estão inseridos, será possível a superação do atual modelo de crimes e penas, com a criação de métodos que possibilitem, efetivamente, a reintegração social do preso.

Diante de todo o exposto, acreditamos que, se aprovado, o Projeto de Lei nº 236/2012, no tocante aos regimes prisionais de cumprimento de pena, provocará alterações relevantes e, em sua maioria, positivas à execução penal. Entretanto, ainda faltará muito para a obtenção de reais avanços em nosso sistema carcerário,

bem como para o encerramento do debate sobre quais os melhores meios para combater os conflitos sociais atualmente reservados ao apenamento com reclusão.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Aplicação da Pena**. 5. ed., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: AJURIS, 2013.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2014.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Superlotação do cárcere: um problema para o Estado?**. Revista magister de direito penal e processual penal, Porto Alegre: Magister, v. 7, n. 37, ago./set. 2010.

AJURIS et al. Análise da resposta da República Federativa do Brasil a respeito das Medidas Cautelares deferidas pela CIDH na Representação por Violação dos Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) - Medida Cautelar nº 8-13, Brasil, 24 mar. 2014. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/04/Resposta_Medidas_Cautelares.pdf>. Acesso em: 08 out. 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, ago. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. Presidência da República. Mensagem nº 310, de 15 de junho de 2010. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jun. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 286.440/SP. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Isaac do Nascimento. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1316779&num_registro=201400031945&data=20140506&formato=PDF>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Súpula nº 269. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=269&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 02 out. 2015.

_____. _____. Súmula nº 491. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=false&i=10&i=54>>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 93.596/SP. Impetrante: Luiz Alberto de Azevedo e Souza e outro(a/s). Paciente: José Arnaldo Vieira de Souza. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 08 abr. 2008. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610571>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 453.000/RS. Recorrente: Volnei da Silva Leal. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 04 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614110>>. Acesso em: 07 out. 2015.

_____. _____. Súmula nº 719. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=719.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 02 out. 2015.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **Substitutivos penais na era do grande encarceramento**. Em: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos [da] OEA. Representação por Violação dos Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA) - Medida Cautelar nº 8-13, EUA, 30 dez. 2013. Disponível em <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/01/Medida-Cautelar-Pres%C3%ADio-Central-30-12-2013.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Os direitos humanos do preso e as pragas do sistema criminal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, rev. dos tribunais, 2003. v. 42, p. 264-280.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GONÇALVES, Vanessa Chiari. **Direito penitenciário: reflexões e noções preliminares**. Em: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). *Temas de direito penal, criminologia e processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL; INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS; REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. **Nota Técnica ao PLS 236/2012 (Projeto de Código Penal)**. São Paulo, 08 maio 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-conjunta-projeto-codigo.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2015.

LEITE, Alaor; QUANDT, Gustavo. Defeitos do projeto do Código Penal comprometem sua viabilidade. **Revista Consultor Jurídico**, 28 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-28/defeitos-projeto-codigo-penal-comprometem-viabilidade>>. Acesso em: 20 out. 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Janaína Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O monitoramento eletrônico de presos no Brasil. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, ano IV, ed. esp. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/776610-Revista-da-Defensoria-Publica-Ano-IV-Edicao-Especial-Execucao-Penal-4/>>. Acesso em 19 out. 2015.

PRADO, Luiz Regis (Coord.). **Direito de execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Daniel Nicory do. Projeção do impacto do Projeto de Código Penal em tramitação no Senado (PLS 236/2012) sobre o sistema carcerário: uma análise a partir dos dados do Sistema Nacional de Informação Penitenciária (INFOPEN). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, ano IV, ed. esp. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/776610-Revista-da-Defensoria-Publica-Ano-IV-Edicao-Especial-Execucao-Penal-4/>>. Acesso em 22 out. 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Erros e absurdos do Projeto de Código Penal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 11, n. 50, p. 79-95, jul./set. 2013.

_____. Novo Código Penal é obscenidade, não tem conserto. **Revista Consultor Jurídico**, 02 set. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-02/entrevista-miguel-reale-junior-decano-faculdade-direito-usp>>. Acesso em: 20 out. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo em Execução Penal nº 70065502379. Agravante: Ministério Público. Agravado: Diego Albuquerque da Rocha Petrocelli. Relatora: Desembargadora Fabianne Breton Baisch. Porto Alegre, 07 out. 2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70065502379%26num_processo%3D70065502379%26codEmenta%3D6515511+70065502379++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70065502379&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=07/10/2015&relator=Fabianne%20Breton%20Baisch&aba=juris>. Acesso em: 14 out. 2015.

_____. Agravo em Execução Penal nº 70066188210. Agravante/Agravado: Ministério Público. Agravante/Agravado: Marcos Alexandre Rodrigues da Silva. Relator: Desembargador José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 01 out. 2015. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066188210%26num_processo%3D70066188210%26codEmenta%3D6506292+70066188210++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066188210&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=01/10/2015&relator=Jos%C3%A9%20Conrado%20Kurtz%20de%20Souza&aba=juris>. Acesso em: 16 out. 2015.

_____. Apelação Criminal nº 70024139719. Apelante: Jurandir Duarte de Lima. Apelado: Ministério Público. Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 18 jun. 2008. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70024139719%26num_processo%3D70024139719%26codEmenta%3D2407758+70024139719++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70024139719&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=18/06/2008&relator=Amilton%20Bueno%20de%20Carvalho&aba=juris>. Acesso em: 07 out. 2015.

ROLIM, Marcos. **Prisão e ideologia: limites e possibilidades para a reforma prisional no Brasil**. Em: CARVALHO, Salo de (Coord.). Crítica à execução penal. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SÁ, Alvinio Augusto de. Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, rev. dos tribunais, 1998. v.21, p. 117-123.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal – parte geral**. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

_____. A reforma penal: crítica da disciplina legal do crime. **Tribuna Virtual IBCCRIM**, ano 01, ed. nº 01, 2013. Disponível em: <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/pdf/Tribuna%20Virtual_Edi%C3%A7%C3%A3o_01_03_Santos.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

SENADO FEDERAL. **Parecer Nº 1.576, de 2013**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=143751&tp=1>>. Acesso em: 22 out. 2015.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 21 out. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.