

A INEFICIÊNCIA DO REGIME ABERTO: COMO A AUSÊNCIA DAS CASAS DE ALBERGADO INFLUÊNCIAS NA EXECUÇÃO PENAL.

Juan Carlos Gentili¹

Nelisse de Freitas Josino Vasconcelos²

RESUMO

O artigo busca demonstrar as características do regime aberto e discutir sobre como a ausência das casas de albergado influenciam na execução das penas. A partir do estudo legislativo, jurisprudencial e doutrinário, demonstra-se a ineficiência do regime aberto nos moldes atuais. Discute-se quais as causas e as possíveis soluções. Dessa forma, chega-se à conclusão que é necessário, em caráter de urgência, a construção de mais casas de albergado ou de alteração legislativa com o objetivo de tornar o regime aberto mais gravoso.

Palavras-chave: Regime aberto. Casa de Albergado. Penas Restritivas de Direito. Sistema Penitenciário. Prisão Domiciliar.

JUDICIAL MERIT REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTS: AN ANALYSIS OF THE LIMITS OF THE PUBLIC OFFICIAL DISCRETIONARY POWER ON ADMINISTRATIVE ACTS

ABSTRACT

This article looks to demonstrate the characteristics of the open conditions and to discuss about how the lacking of the albergados houses influence in the penalty execution. Taking in account the legislative, jurisprudence, and doctrinal, it is possible to demonstrate the inefficiency of the open conditions as in the modern models. It is discussed, in this article, which are the possible causes and solutions. In this matter, it is reached the conclusion that, in urgency character, it is necessary the construction of more albergado houses or even an alteration of the legislation, with the objective of making the open conditions more burdensome.

Keywords: Open conditions. Albergado houses. Penalties restricting rights. Penitentiary system. Home prison.

¹ Acadêmico do curso de Direito na UNI-RN: Centro Universitário do Rio Grande do Norte. E-mail: juangentili@hotmail.com.

² Advogada. Especialista em Direito Penal. Professora de Direito da Graduação do Centro Universitário do RN (UNI-RN). Email: nelissejosino1980@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Após uma análise dos temas que versassem sobre o Direito Penal e que fossem causa, ainda, de muitos debates pela doutrina brasileira, chegou-se à conclusão que a ineficiência do regime aberto e sua influência no cumprimento das penas seriam adequados a uma nova discussão, por serem temas polêmicos e bastante atuais.

Dessa forma, o presente Trabalho de Conclusão de Curso tem a finalidade de tratar sobre um tema que rege tanto o Direito na constância atual do ordenamento jurídico, como também é influenciador da Administração Pública devido a esta ter a necessidade de manter um sistema prisional de qualidade e justo.

Sendo assim, o objetivo geral do artigo é discorrer sobre um tema bastante atual e complexo, porém que ainda não foi priorizado e solucionado, devendo ser exposto a seguir o que se entende sobre como a ausência das casas de albergado tornam o regime aberto ineficiente.

Ao longo do texto, buscou-se analisar a ineficiência do regime aberto por meio do método dedutivo, visto que se parte da análise geral do regime aberto, em todas as suas características, até a influência da ausência das casas de albergado sobre a execução das penas. Além disso, foi utilizado o método bibliográfico no decorrer do presente artigo, uma vez que se tentou desenvolver e elucidar uma problemática com base em obras e livros que verssem sobre as matérias tratadas.

Iniciou-se então, no segundo e terceiro capítulo, a tentativa de se formar uma base concreta para que fosse possível um correto entendimento do assunto no final do texto. Foram tratados os aspectos históricos da evolução dos sistemas penitenciários e um panorama geral sobre as teorias das penas.

Ademais, tratou o capítulo quarto sobre o regime fechado e o regime semiaberto, adentrando, de forma breve, sobre suas regras e características, apenas com o intuito de expor uma perspectiva acerca dos regimes prisionais brasileiro.

Já o capítulo quinto, trata-se do início do debate acerca do tema principal deste TCC: o regime aberto e sua ineficiência. Tentou-se demonstrar de forma ampla e detalhada sobre todas as características do regime aberto e das casas de albergado.

No capítulo seguinte, foi tratado, de acordo com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, sobre a ausência das casas de albergado e a impossibilidade da manutenção do apenado em regime mais gravoso na ausência de vagas nos estabelecimentos adequados, demonstrando que os entendimentos do Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria são compatíveis.

Dessa forma, começou a ficar nítido que a ausência das casas de albergados altera totalmente o cumprimento das penas no regime aberto, pois os tribunais superiores autorizaram a possibilidade da prisão domiciliar no regime aberto no caso de falta de vagas nas casas de albergados, ferindo o rol taxativo do artigo 117 da Lei de Execução Penal sobre a possibilidade da prisão domiciliar.

No último e mais importante capítulo do artigo, esmiuçou-se a matéria que trata especificamente sobre a ineficiência do regime aberto, demonstrando como a possibilidade da prisão domiciliar, em decorrência da falta de casas de albergado, torna o regime aberto extremamente brando e ineficiente, e por consequência dessa ineficiência, acaba por prejudicar a execução das penas restritivas de direito.

Apesar de ser um tema atual e de grande impacto nas relações práticas das execuções penais nos fóruns brasileiros, é perceptível que poucas ações foram tomadas por parte do estado com o intuito de solucionar a ineficiência do regime aberto, desta maneira, esse trabalho busca compilar diversas orientações sobre o assunto, com o intuito de ao final expor possíveis soluções a serem tomadas.

É válido ressaltar que, em todos os momentos do Trabalho de Conclusão de Curso, buscou-se tratar a matéria com consideração e profundidade, procurando fundamentações concisas e de célebres juristas, para justificar o entendimento final do artigo. Por esse motivo é que foram utilizados ao longo do texto a legislação vigente do país, juntamente com os já mencionados entendimentos doutrinários e as jurisprudências das mais altas cortes brasileiras.

2 TEORIAS SOBRE FUNÇÕES, FINS E JUSTIFICAÇÕES DA PENA

Pena e Estado são conceitos que estão intimamente relacionados entre si, o desenvolvimento do Estado está interligado ao da pena. Assim, quanto maior for o conhecimento sobre o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve o sistema sancionador, maior conhecimento se obterá sobre a sanção.

Assim como evolui a forma de Estado, também evolui o Direito Penal, a evolução está marcada pelo contexto social, cultural e político de um determinado lapso temporal, de modo que as modificações na concepção do Estado e do Direito Penal podem ser vistas como a expressão do espírito do seu tempo.

Portanto, da mesma maneira ocorre com as teorias das penas, sofrendo, ao longo da história, forte influência do contexto político, ideológico e sociocultural nos quais se desenvolveram.

Dessa maneira, é possível destacar três vertentes mais importantes acerca da teoria das penas: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas.

As teorias absolutas possuem como característica principal a concepção da pena como um mal, um castigo, retribuição ao mal causado através de um delito, de modo que a imposição da sanção estaria justificada não como meio para alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato gerador de lesão.

Para entender melhor essa teoria, é necessário fazer uma análise conjunta com o estado em que ela estava inserida: o Estado absolutista. Esse modelo de governo possuía como característica a identidade entre o soberano e o Estado, Estado e religião, justificativa divina do poder do soberano.

Logo, nesse período a religião, a teologia e a política confundiam-se entre si, dessa maneira, possuía-se a ideia que a pena era um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido.

No entanto, com a ascensão da burguesia e o surgimento do mercantilismo, o Estado absoluto inicia um processo de decomposição, surgindo, posteriormente, o Estado Burguês, que possui o contrato social como sua base. Dessa maneira, a pena passa a ser concebida como a retribuição à perturbação da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada pelas leis.

Dessa maneira, preceitua Jescheck (2003, p. 96) que o fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se:

No reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas

Porém, para as teorias relativistas, a pena não se justifica com o intuito de retribuir o mal causado por um delito e sim para prevenir a prática deste delito. Portanto, a pena deixa de possuir um fim em si mesmo, e passa a ser concebida como meio para alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade, que consiste na prevenção de delitos.

Doutrinalmente, a finalidade preventiva da pena divide-se em duas direções: prevenção geral e prevenção especial, além disso, essas duas direções são subdivididas em função da natureza das prestações da pena, que podem ser positivas ou negativas.

Na direção da prevenção geral, temos como característica a prevenção de delitos incidindo sobre os membros da coletividade social. No seu aspecto negativo, a prevenção é feita através da ameaça, da intimidação, sendo efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que não cometam delitos, uma espécie de ‘‘ coação psicológica’’.

Quanto ao seu aspecto positivo, a finalidade preventiva deve ser alcançada através de uma mensagem dirigida a toda coletividade social, com o intuito de demonstrar que a lei penal é vigente e está pronta para incidir diante de casos concretos. Assim a pena passa a assumir uma finalidade pedagógica e comunicativa de reafirmação do sistema normativo, com o objetivo de oferecer a estabilidade ao ordenamento jurídico.

Já a teoria da prevenção especial, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, com o objetivo que o mesmo não retorne a cometer delitos.

Seu aspecto positivo está relacionado com a reeducação do delinquente, buscando a ressocialização do condenado, que após o cumprimento da pena, deverá estar apto ao pleno convívio social.

Quanto ao aspecto negativo, está relacionado a eliminação ou neutralização do delinquente perigoso, partindo da premissa que a pena é um mal para quem sofre, mas um bem para o corpo social, assim como preceitua Zaffaroni (2003, p. 127):

[...] para a prevenção especial negativa, a criminalização também visa à pessoa criminalizada, não para melhorá-la, mas para neutralizar os efeitos de sua inferioridade, à custa de um mal para a pessoa, que ao mesmo tempo é um bem para o corpo social.

Por fim, a teoria mista ou unificadora da pena, entende que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. Essa teoria critica as soluções monistas que as teorias relativas e absolutas pregam, como preceitua Emilio Octavio de Toledo y Ubieto (1981, p. 217):

[...] essa unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostra-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao Direito Penal, com consequências graves para a segurança e os direitos fundamentais do Homem.

Dessa maneira, essa teoria tenta sintetizar as duas teorias anteriormente referidas, possibilitando que a pena seja capaz de retribuir ao condenado o mal por ele praticado, sem prejuízo de desestimular a sua ressocialização e a prevenção da prática de novos ilícitos penais.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria mista da pena, pois como preceitua o artigo 59 do Código Penal, o juiz irá impor uma pena suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**: [...] (grifo nosso).

3 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

O direito penal, até o século XVIII, foi marcado por penas desumanas, em que a prisão era utilizada como simples meio de custódia, garantindo que o apenado não impetrasse fuga e como forma de obtenção de provas, utilizando-se da tortura, por exemplo.

No entanto, após o século XVIII, começaram a surgir nos Estados Unidos, os primeiros sistemas penitenciários, superando a utilização da prisão como simples meio de custódia, pois utilizavam a privação de liberdade como forma de pena.

Essa evolução e mudança no sistema penitenciário pode ser dividido em três fases: sistema celular ou pensilvânico, sistema auburniano, e sistema progressivo.

O sistema celular ou pensilvânico teve origem em 1776, com a construção da primeira prisão norte-americana, pelos *quacres* em *Walnut Street Jail*, que possuía como características o isolamento em uma cela, a oração e a abstinência total de bebidas alcoólicas, porém não aplicando o sistema celular completo, já que apenas os mais perigosos eram isolados em células individuais, mantendo-se os outros em celas comuns.

No entanto, em poucos anos, o sistema pensilvânico fracassou, principalmente pelo crescimento da população carcerária, criando-se assim duas novas prisões afim de solucionar o fracasso: a penitenciária Ocidental, em que se praticava o isolamento absoluto e foi declarada como impraticável em 1829, e a penitenciária Oriental, que decidiu aliviar o isolamento individual, permitindo que o apenado trabalhasse em sua própria cela.

Em seguida, com o intuito de suprir as falhas do sistema celular, foi criado o sistema auburniano (*silent system*), que possuía como característica o trabalho em comum dos reclusos no decorrer do dia e o confinamento solitário durante a noite, além da regra do silêncio absoluto, que consistia em os presos não poderem falar entre si, apenas com os guardas, com licença prévia e em voz baixa.

Porém, por possuir o trabalho como um dos pilares principal, o sistema auburniano sofreu pressão das associações sindicais, que se opuseram ao desenvolvimento de um trabalho penitenciário, já que a produção nas prisões possuíam um custo menor e poderiam significar uma competição desleal ao trabalho livre. Além disso, sofreu diversas críticas pelo regime disciplinar rigoroso, como a aplicação de castigos cruéis e excessivos.

Por fim, no decorrer do século XIX até os dias atuais, a pena privativa de liberdade é aplicada de forma definitiva, ocorrendo o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo. Jescheck (2003, p. 1061) define esse sistema com as seguintes palavras:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando - se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de impossibilitar ao recluso reincorporar - se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.

Dessa maneira, em contrapartida aos sistemas auburniano e celular, o regime progressivo significou uma evolução verdadeira nos sistemas penitenciários, pois valorizou a própria vontade do apenado, diminuindo o rigorismo na aplicação da pena privativa de liberdade.

4 REGIMES PRISIONAIS

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 33, divide os regimes prisionais em três categorias: regime fechado, semiaberto e aberto. Os regimes são determinados fundamentalmente pela espécie, quantidade da pena e pela reincidência, somado ao mérito do condenado, se enquadrando assim, ao sistema progressivo.

O regime fechado será adequado aos condenados a pena superior a 8 (oito) anos, devendo a pena ser executada em estabelecimento de segurança máxima ou média. No início do cumprimento da pena, o apenado deverá ser submetido ao exame criminológico, com o intuito de obter elementos necessários para a individualização da execução.

O trabalho é facultativo ao preso, devendo ser realizado diurnamente e nas locações do presídio, dando-lhe direito a remição da pena, na proporção de 3 (três) dias de trabalho para um dia de pena remida.

Quanto ao trabalho externo, apenas será admissível em serviços ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta e indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. Para realizar esse tipo de trabalho, o condenado deverá possuir aptidão, disciplina, responsabilidade e o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Em relação ao regime semiaberto, se enquadrará o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito) anos, devendo a pena ser executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

No entanto, é possível ser adotado o regime semiaberto ao apenado condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, como preceitua a súmula 269, do STJ: “ É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

Nesse regime, o apenado ficará sujeito ao trabalho diurno e ao recolhimento noturno, também terá o direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior.

Quanto ao regime aberto, por ser foco principal deste trabalho, será debatido posteriormente em capítulo individual e de forma mais ampla.

5 REGIME ABERTO

O regime aberto é o mais brando dos regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, devendo ser cumprida pelo apenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, sendo a pena executada em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Os principais pilares desse regime é a autodisciplina e o senso de responsabilidade do apenado. Pois o reeducando deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

No entanto, o trabalho não se torna obrigatório ao condenado maior de 70 (setenta) anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental e a condenada gestante.

Além disso, para obter o direito ao regime aberto, o apenado deverá cumprir diversas condições impostas pelo Juiz, que se dividem em duas partes: legais e judiciais.

As legais, também chamadas de gerais, são apontadas pelo artigo 115, da Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal):

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:
I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;
II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;
III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;
IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

As judiciais são estabelecidas de forma mais discricionária, pois são condições impostas pelo Juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem.

Assim, caso o apenado não cumpra com essas condições, pratique fato definido como crime doloso ou falta grave, frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada, poderá ser transferido para um regime mais gravoso.

Quanto a casa de albergado, essa deverá situar-se em centro urbano, havendo em cada região, pelo menos uma, separado dos demais estabelecimentos, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, além de possuir instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Dessa maneira, o regime aberto é muito positivo para o apenado, pois o mantém em contato com a sua família e com a sociedade, e por ser o trabalho obrigatório nesse regime, acaba por contribuir com a ressocialização do condenado, permitindo que o mesmo leve uma vida útil e prestante.

6 AUSÊNCIA DAS CASAS DE ALBERGADO E A IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO

No capítulo anterior foi demonstrado as características do regime aberto e como esse regime é justo e favorável para a ressocialização do apenado. No entanto, na prática, as regras do regime aberto trazidas pela Lei de Execução Penal não podem ser aplicadas.

Isso ocorre porque a maioria das comarcas no Brasil não possuem as casas de albergado, e as que possuem se encontram em situação precária de alojamento.

De acordo com um levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério Público (Depen) no mês de dezembro de 2013, o Brasil possui apenas 65 (sessenta e cinco) casas de albergado, um número extremamente ínfimo para suportar a demanda de presos no regime aberto.

Para se ter uma noção do quanto o problema de faltas de vagas no regime aberto é preocupante, o levantamento do CNJ – Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, processo 2014.02.00.000639-2-, datado de junho de 2014, apontou que possui no regime aberto, 15.036 (quinze mil e trinta e seis) pessoas presas, enquanto só existem 6.952 (seis mil, novecentas e cinquenta e duas) vagas.

Dessa maneira, abre-se a seguinte discussão jurídica: qual a maneira mais justa do apenado cumprir o regime aberto em um local que não possui casa de albergado ou, então se encontra em condições precárias, sem ferir os princípios da Lei de Execução Penal?

Um fato é bem claro e incontroverso, o apenado não pode continuar no regime mais gravoso em decorrência da falta de estabelecimento adequado para a execução da sua pena, como preceitua a Súmula Vinculante 56 do Superior Tribunal Federal: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Assim, doutrinadores e a jurisprudência buscaram como a solução a colocação do condenado em regime de prisão domiciliar. Já que impedir que o apenado progrida de regime resultaria no descumprimento das duas garantias constitucionais em matéria penal da mais alta relevância: individualização da pena (art. 5º, XLVI) e legalidade (art. 5º, XXXIX).

A prisão domiciliar consiste no recolhimento do acusado em sua residência no período noturno e nos finais de semana, só podendo ausentar-se com a devida autorização judicial. Em algumas comarcas, se estabelece o compromisso do apenado comparecer em juízo semanalmente ou mensalmente, para fins de controle de pena.

No entanto, essa solução fere claramente o artigo 117 da Lei de Execução Penal, que traz um rol taxativo das possibilidades do apenado recolher-se em residência particular no cumprimento do regime aberto:

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

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

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

IV - condenada gestante.

Contudo, mesmo indo contrariamente ao artigo 117 da Lei de Execução Penal, a posição do Superior Tribunal Federal é que o apenado deverá ter a saída antecipada no regime com falta de vagas, sendo posto em liberdade com a utilização do monitoramento eletrônico ou posto em prisão domiciliar, como preceitua o Recurso Extraordinário 641320 julgado pelo STF:

[...] 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como 'colônia agrícola, industrial' (regime semiaberto) ou 'casa de albergado ou estabelecimento adequado' (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas "b" e "c"). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. **4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (RE 641320, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 11.5.2016, DJe de 8.8.2016, com repercussão geral - tema 423). (grifo nosso)**

O Superior Tribunal Justiça, por sua vez, seguiu a mesma linha de pensamento do Superior Tribunal Federal, como demonstra o Recurso Especial 1187343:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. PRISÃO DOMICILIAR. DEFERIMENTO. RECURSO DESPROVIDO. I. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime a que faz jus o apenado, configura constrangimento ilegal a sua submissão ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de Casa de Albergado II. Hipótese em que deve ser mantido o acórdão que deferiu à apenada o desconto de sua reprimenda em prisão domiciliar, até que surja estabelecimento adequado ao regime aberto. III. Recurso desprovido.

(STJ - REsp: 1187343 RS 2010/0054170-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 17/03/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011)

Deste modo, está pacificado pela jurisprudência que o apenado pode perfeitamente, em razão da má gestão da Administração Pública, que não respeita os valores mínimos para a ressocialização do condenado, cumprir o regime aberto em prisão domiciliar, mesmo não se enquadrando nos casos elencados pelo artigo 117 da Lei de Execução Penal.

No entanto, essa possibilidade de cumprimento do regime aberto em prisão domiciliar acaba por tornar o regime aberto exageradamente brando e ineficaz, além influenciar na execução das penas alternativas de direitos.

7 A INEFICIÊNCIA DO REGIME ABERTO

Como discutido no capítulo anterior, o Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça permitiu ao apenado cumprir o regime aberto em prisão domiciliar quando não houver casa de albergado disponível para o cumprimento da pena, sendo defeso a manutenção do condenado em um regime mais gravoso.

No entanto, essa possibilidade influenciou negativamente na execução penal, pois tornou o regime aberto extremamente brando e ineficiente, além de ocasionar vários empecilhos no cumprimento das penas alternativas de direito.

As penas restritivas de direito constituem toda e qualquer opção sancionatória oferecida pela legislação penal para evitar a imposição da pena privativa de liberdade, sendo elencadas pelo artigo 43 do Código Penal brasileiro:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I - prestação pecuniária;
- II - perda de bens e valores;
- III - limitação de fim de semana.
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V - interdição temporária de direitos;
- VI - limitação de fim de semana.

O artigo 44, do mesmo dispositivo, preceitua que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, elencando as condições necessárias para se fazer jus a substituição:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

- I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;
- II – o réu não for reincidente em crime doloso;
- III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Além disso, as penas restritivas de direitos terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, com exceção das penas inferiores a um ano, já que é facultado ao acusado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, porém nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Portanto, na teoria, a substituição da pena privativa de liberdade em regime aberto por restritiva de direito é mais benéfica ao réu, pois no regime aberto, o apenado possui autorização para trabalhar no decorrer do dia, retornando ao albergue ao término do trabalho para o recolhimento noturno, além da limitação dos finais de semana.

Por sua vez, nas penas restritivas de direito, o apenado apenas deverá cumprir certas condições elencadas na sentença, as quais estão taxadas no artigo 43 do Código Penal, não sofrendo nenhum tipo de privação de liberdade.

No entanto, a realidade é outra, pois como já foi discutido neste trabalho de conclusão de curso, são poucas as comarcas que possuem casa de albergado, desta maneira, a maioria dos apenados do regime aberto acabam recebendo o benefício da prisão domiciliar, devendo

apenas comparecer em juízo uma vez semanalmente ou mensalmente, dependendo do local de cumprimento da pena, além do recolhimento noturno em suas residências e em finais de semana.

Logo, o reeducando que cumpre o regime aberto apenas deve se recolher em sua residência no período noturno e nos finais de semanas, porém caso não o faça, dificilmente sofrerá alguma punição, pois não ocorre o fiscalização por parte do Estado.

Desta maneira, o apenado que pratica um crime cuja a pena é inferior a 4 (quatro) anos e não foi cometido com grave ameaça ou violência à pessoa, e receba o benefício da substituição da sua pena privativa de liberdade por restritiva de direito, estará cumprindo uma sanção mais gravosa, pois o que se torna mais benéfico ao réu, apresentar-se uma vez por mês no fórum ou prestar serviços por sete horas semanais, toda semana?

Assim, é muito comum nos fóruns, que os apenados, por meio de seus advogados, solicitem a conversão das penas restritivas de direito em privativa de liberdade, e caso o juiz negue esse pedido, basta que o apenado não cumpra a sanção imposta, devendo o juiz converter em privativa de liberdade, como preceitua o artigo 44, §4º do Código Penal:

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

Dessa maneira, percebe-se que o regime aberto, nos moldes atuais, não há retributividade, pois o apenado, na prática, não possui a sua liberdade tolhida, já que não há fiscalização da prisão domiciliar por parte do estado, tampouco exerce a função de prevenção geral da pena no seu aspecto positivo.

Além disso, o trabalho do sentenciado, que possui como finalidade educativa e produtiva, não é imposto na prisão domiciliar, logo, o regime aberto falha também no objetivo de ressocializar o apenado.

Portanto, resta claro, que o regime aberto, na sua atual realidade, não está cumprindo com os objetivos a que se destina, pois não pune, não educa e não ressocializa o apenado, além disso, representa um empecilho ao cumprimento das penas restritivas de direito, já que desestimula os detentos a cumprirem as sanções impostas.

Não há dúvidas então, que a administração pública precisa urgentemente buscar soluções para contornar essa ineficiência do regime aberto, para que assim, a Lei de Execução

Penal seja cumprida em sua integralidade e os apenados sejam punidos de forma mais justa e proporcional.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho de conclusão de curso buscou-se expor, ao longo dos capítulos, todas as conceituações, explicações e entendimentos necessários para que, ao final, tivesse sido construída uma base sólida e com significativas referências, que servisse de embasamento para o que se pretendeu defender.

Foram explanados ao longo dos capítulos a evolução das teorias das penas e dos sistemas penitenciários, os tipos de regimes prisionais no ordenamento jurídico brasileiro e suas características, com foco no regime aberto, demonstrando como a ausência das casas de albergados influenciam negativamente na execução das penas privativas de liberdade e de direitos, tornando o regime aberto ineficiente, para no final, elencar possíveis soluções as problemáticas discutidas no trabalho.

Ao longo do capítulo dois, foi explicada as teorias sobre funções, fins e justificações das penas, destacando-se as três principais: teorias absolutas, teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e teorias unificadoras ou ecléticas. Além disso, demonstrou-se que a legislação brasileira adota a teoria unificadora da pena, a partir da análise do artigo 59 do Código Penal.

Ao final do terceiro capítulo, restou demonstrada a evolução dos sistemas penitenciários na história, que no início utilizavam-se a prisão apenas como meio de custódia, até o surgimento dos primeiros sistemas penitenciários, os quais utilizavam a privação da liberdade como forma de pena. O capítulo demonstrou a divisão dessa evolução em três fases: sistema celular ou pensilvânico, sistema auburniano, e sistema progressivo.

No quarto capítulo, tentou-se demonstrar, de forma breve, as características do regime fechado e semiaberto, para que posteriormente, no capítulo quinto, adentrasse, de forma ampla e minuciosa, a discussão acerca do regime aberto, o qual é foco deste trabalho, demonstrando todas as suas características e regras pertinentes.

Seguindo esse entendimento já formado, no capítulo seguinte demonstrou-se que na prática, as regras do regime aberto não podem ser aplicadas, pois a maioria das comarcas brasileiras não possuem as casas de albergado. Desta maneira, iniciou-se a discussão acerca da

maneira mais justa de o apenado cumprir o regime aberto em um local que não possui casa de albergado, sem ferir os princípios da Lei de Execução Penal.

Com isso, demonstrou-se que os entendimentos do Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça acerca da discussão eram compatíveis, devendo o apenado cumprir o regime aberto em prisão domiciliar quando não houver vagas nas casas de albergados, ficando defeso a manutenção em regime mais gravoso.

Destarte, todas as principais explanações já haviam sido realizadas para que o principal debate do artigo pudesse ser, fundamentadamente, iniciado. Isso porque, após toda a explicação realizada, entendeu-se estar o leitor preparado e sabendo de todos os conceitos mais importantes para entender e realizar a sua análise crítica sobre a ineficiência do regime aberto

Iniciou-se então, no capítulo sete, a discussão acerca de como regime aberto se tornou ineficiente e exageradamente brando, demonstrando que nos moldes atuais, ele não cumpre o papel de punir e ressocializar o apenado, pois as penas impostas se resumem ao recolhimento noturno do apenado em sua residência, o qual não é fiscalizado por parte do estado, e o comparecimentos periódico em juízo.

Além disso, foi demonstrado que em razão dessa ineficiência, os apenados optam por não cumprir as penas restritivas de direitos, pois com a imposição da prisão domiciliar no regime aberto, as penas alternativas se tornaram uma sanção mais gravosa, ocorrendo uma inversão, já que na legislação, a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito é um benefício.

Assim, o presente trabalho de conclusão de curso entendeu que o regime aberto, nos moldes atuais, não está funcionando, pois não está servindo aos fins a que se destina, que é punir o apenado e ajuda-lo em sua ressocialização. Além disso, por ser brando demais, o regime aberto acaba por atrapalhar a execução das penas restritivas de direito, estimulando o seu descumprimento por parte dos apenados.

Logo, conclui-se, que é necessário um investindo por parte do estado na construção das casas de albergado, pois, após todas as análises realizadas no presente trabalho de conclusão de curso, percebeu-se que a ausência dos estabelecimentos do regime aberto é o principal fator que o ineficiente e exageradamente brando, que por consequência, acaba por influenciar negativamente nas penas restritivas de direitos.

No entanto, o sistema penitenciário no Brasil encontra-se em crise, a maioria dos estabelecimentos prisionais estão sucateados, sem uma perspectiva de melhora no futuro.

Assim, pode-se dizer que buscar a solução da ineficiência do regime aberto no investimento em casas de albergado é utópico.

Portanto, buscar uma mudança legislativa, em caráter de urgência, com o intuito de extinguir o regime aberto ou torna-lo mais gravoso é a solução mais palpável e viável, pois assim as penas restritivas de direito serão respeitadas, e o regime aberto cumprirá o seu papel de punir e ressocializar o apenado.

Felizmente, nesse sentido, destaca-se o PLS 513/2013, criado pelo senador Renan Calheiros e possui como relator o senador Eunício Oliveira, que altera a Lei de Execução Penal, transformando o regime aberto em prestação de serviço à comunidade e recolhimento domiciliar, como podemos observar em seu artigo 95-A:

Art. 95. O regime aberto consiste na execução da pena de prestação de serviço à comunidade, cumulada com outra pena restritiva de direitos e com o recolhimento domiciliar:

§ 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 remanescente.

§ 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.

Dessa maneira, o regime aberto que é ineficiente, se transforma na prestação de serviços à comunidade e na prisão domiciliar, tornando-o rigoroso o suficiente para punir o apenado, além de ajuda-lo na ressocialização através do trabalho, solucionando todas as problemáticas do regime aberto nos moldes atuais.

REFERÊNCIAS

BERTASSO, Marcelo. Regime aberto: ainda tem utilidade?. **Wordpress**, São Paulo, 22 nov. 2011. Disponível em: <<https://mpbertasso.wordpress.com/2011/01/22/regime-aberto-ainda-tem-utilidade/>>. Acesso em: 05 set. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1 v.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. **Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Projeto de Lei n. 513 de 05 de dezembro de 2013**. Altera a Lei de Execução Penal. 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Execucao_criminal2/Projeto_LEP-PLS_513.pdf><http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.187.343 da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Relator Gilson Dipp, Brasília, DF, 04 de nov. de 2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18787290/recurso-especial-resp-1187343-rs-2010-0054170-0-stj/relatorio-e-voto-18787292?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 269**. 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: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_20_capSumula269.pdf>. Acesso em: 05 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641320, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Ministro Relator Gilmar Mendes, Brasília, DF, 11 de maio de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+641320%2ENUMA%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+641320%2EACMS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/boajs6p>>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 05 out. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1 v.

DI SANTIS, Bruno Moraes; ENGRUCH, Wemer. A Evolução Histórica Do Sistema Prisional: Privação de liberdade, antes utilizada como custódia, se torna forma de pena. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 11, p. 143-160, set./dez., 2012. Disponível em: <<http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WgRs-2hSxqM>>. Acesso em: 24 set. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1 v.

JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal: Parte General**. 5. ed. Comares: Editora Comares, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. Regime aberto: prisão domiciliar x casa do albergado. **JusBrasil**, São Paulo, 11 nov. 2012. Disponível em: <<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823069/regime-aberto-prisao-domiciliar-x-casa-do-albergado>>. Acesso em: 05 set. 2017.

RODRIGUES, Indira Capela. A teoria da prevenção especial e o regime disciplinar diferenciado. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 152, set., 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17826&revista_caderno=3>. Acesso em: 01 nov. 2017.

TOLEDO, Emilio Octavio de. **Sobre el concepto del derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1981.

TRIGUEIROS, Arthur. Você sabe a diferença entre as teorias absoluta, relativa e eclética, referentes às penas?. **JusBrasil**, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://arthurtrigueiros.jusbrasil.com.br/artigos/121940213/voce-sabe-a-diferenca-entre-as-teorias-absoluta-relativa-e-ecletica-referentes-as-penas>>. Acesso em: 05 set. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.