

A sistêmica violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro

Américo Braga Júnior¹

Thamires Araújo Ávila²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a sistêmica violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro. Buscar-se-á demonstrar a relevância e as possíveis consequências práticas da Súmula Vinculante nº 56, quando configurado o déficit de vagas nos estabelecimentos penais para o cumprimento da pena nos regimes semiaberto e aberto. Para tanto, serão analisados, sucintamente, os estabelecimentos penais considerados adequados de acordo com a atual legislação brasileira para cumprimento dos regimes prisionais aberto, semiaberto e fechado. Além disso, tomando como base o Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, as decisões proferidas nos tribunais brasileiros e o entendimento doutrinário sobre o tema, serão examinadas as teses estabelecidas na Súmula Vinculante nº 56 e suas implicações práticas. Por fim, será esclarecida a forma como deverão ser aplicadas as medidas alternativas para a falta de vagas firmadas no Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, abordando seus principais pontos e sua influência na sociedade e na execução penal, a fim de demonstrar a inviabilidade de algumas medidas, bem como a necessidade de cautela no momento de sua aplicação, ante a interferência nos princípios constitucionais da legalidade, igualdade e segurança.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº 56. Estabelecimentos penais. Direitos fundamentais.

1. O sistema penitenciário brasileiro

A execução da pena privativa de liberdade deve observar uma série de condições e garantias presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Em razão da natureza diversa dos delitos, a pena aplicada deve ser proporcional à conduta criminosa e consonante a direitos e garantias fundamentais. Daí resulta o fato de o quantum fixado na sentença penal condenatória ser um dos requisitos observados na definição do regime fechado, semiaberto ou aberto.

Nesse sentido – e a fim de evitar o acalcanhamento dos princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana -, o legislador pátrio se preocupou em definir estabelecimentos específicos para cada regime prisional.

Assim, o Código Penal e a Lei nº 7201/89 (Lei de Execução Penal/LEP) estabeleceram que, nos regimes fechado, semiaberto e aberto, a execução da pena será, respectivamente, cumprida em estabelecimento de segurança máxima ou média, em colônia agrícola ou estabelecimento similar e, finalmente, em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

¹ Aprovado no Concurso Público para Promotor de Justiça do Estado do Piauí. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/UCAM-RJ. Pós Graduado em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/MG. Pós Graduado em Criminologia pela PUC/MG-ACADEPOL. Professor da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC e da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG-Diamantina. americobragajunior@gmail

² Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG – Unidade de Diamantina.

No Brasil, como sabido, a pena é executada de forma progressiva, a fim de que o condenado volte a se inserir no meio social gradativamente. Logo, o agente sai do regime inicial que cumpre a pena e vai para o regime imediatamente menos rigoroso, desde que preencha as condições estabelecidas na lei penal.

Entretanto, é comum que não hajam locais adequados para o cumprimento da reprimenda e os condenados, independentemente do regime, ficam em presídios ou cadeias públicas (destinadas a presos provisórios). Assim muitas vezes os sentenciados são mantidos em regime prisional mais gravoso até que surja vaga em estabelecimento próprio ou mesmo até a efetiva extinção da pena.

Diante de tal situação, o Supremo Tribunal Federal/STF editou a Súmula Vinculante nº 56, que firmou três teses e três medidas alternativas a serem observadas na falta de vagas em unidade prisional adequada.

A primeira delas consiste na vedação do cumprimento da pena em regime mais gravoso. Contudo, caso não haja colônias ou casos de albergado, o condenado poderá permanecer em outros estabelecimentos, desde que o juiz da execução penal, de acordo com a segunda tese da Súmula Vinculante, considere-os adequados. Se, ainda assim, não houver vagas o suficiente, o magistrado deverá se utilizar da terceira tese, que se divide em três alternativas distintas: saída antecipada, liberdade eletronicamente monitorada ou prisão domiciliar e cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo para os que progredirem para o regime aberto.

Com efeito, o sistema prisional sempre foi alvo de inúmeras críticas, considerando sua baixa eficácia e a constante violação a princípios fundamentais. Por tal motivo, faz-se necessário abordar os pontos principais das medidas trazidas na Súmula Vinculante nº 56 suas possíveis implicações práticas.

2. Déficit de vagas

O sistema prisional brasileiro apresenta várias deficiências. Uma das mais problemáticas é o déficit de vagas, sobre o qual há muito vem se discutindo nas esferas política, social e jurídica, sem, contudo, que o Poder Executivo tenha tomado medidas efetivas para solucionar essa situação.

Apesar da adoção do sistema progressivo no país, apenas o direito à progressão de regime não é suficiente para permitir o retorno do apenado ao convívio social. A falta de vagas nas unidades prisionais dificulta – e muito – que o regime aberto e o semiaberto se amoldem às prerrogativas legais, precipuamente as constitucionais, bem como ao fim ressocializador da pena.

2.1 Sistema Progressivo

No início do século XIX, Alexander Maconochie, diretor de um presídio australiano, insatisfeito com o rigoroso sistema de tratamento dado aos presos deportados para a Austrália, criou um sistema progressivo para cumprimento de pena (GRECO, 2005, p. 554).

A partir de então, a pena passou a ser executada de forma graduada, em três estágios, de modo que o condenado fosse progredindo para um regime mais brando ao que estava anteriormente submetido. Assim, passou-se a permitir que o agente realizasse atividades em comum, como estudo e trabalho, sem ter que se manter isolado durante todo o período da condenação.

Os métodos criados por esse sistema visavam reduzir o tratamento desumano anteriormente dado aos presos, abrindo espaço para a ressocialização e reeducação destes. Para tanto, se fez necessária a observação de requisitos objetivos (previstos em lei) e subjetivos (conduta do preso). À medida que tais exigências eram cumpridas, a reinserção gradativa do preso no meio social se tornava possível.

No Brasil, o sistema prisional progressivo está manifesto no Código penal (artigo 33, §2^o³) e na Lei de Execução Penal (artigos 112 a 117⁴), que permitem ao apenado a progressão para regime menos gravoso, desde que preenchidas determinadas condições, quais sejam: cumprimento de uma fração da pena e bom comportamento carcerário.

Assim, ouvido o Ministério Público e a defesa, o juiz da execução penal transferirá o sentenciante para o regime mais brando, se, em regra, este tiver cumprido ao menos um sexto da pena e apresentar bom comportamento carcerário. Para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 318), tal conduta carcerária é um mérito do condenado, que deve demonstrar que está pronto para progredir de regime e não apresenta perigo para a sociedade, tendo em vista sua disciplina e a ausência de faltas graves no registro penal.

No sistema progressivo de cumprimento de pena, o condenado que cumpre a reprimenda penal no regime fechado avança para o semiaberto e do semiaberto para o aberto. Ressalta-se que o

³ Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. [...] §2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início cumpri-la em regime aberto.

⁴ Art. 112 – A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. §1º - A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. §2º - Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitadas os prazos previstos nas normas vigentes.

Art. 113 – O ingresso do condenado no regime aberto supõe a aceitação de seu programa e das condições impostas pelo juiz.

Art. 114 – Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I. estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II. Apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado do exame a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. Parágrafo único: Poderão ser dispensadas do trabalho as pessoas referidas no artigo 117 desta Lei.

Art. 115 – O juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão do regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias: I. Permanecer no local que for designado, durante o repouso noturno 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.

Art. 116 – O juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem.

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.

Superior Tribunal de Justiça/STJ editou a Súmula nº 491⁵, na qual não é permitida a progressão por salto, ou seja, avançar o de regime fechado diretamente para o aberto.

É possível, ainda, que o reeducando passe a cumprir a pena em livramento condicional⁶, o que, assim como a progressão, é um benefício concedido ao apenado, ante seu caráter mais brando.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 134-135), o sistema progressivo é problemático por, dentre outros motivos, ser ilusório, já que não é possível se obter resultados satisfatórios quando se começa com um regime rigoroso, sendo que a progressividade não permite o conhecimento acerca da personalidade e responsabilidade do recluso. Não se pode acreditar, ainda, que os condenados irão aceitar a conduta imposta na unidade prisional, principalmente em razão da violação dos direitos da pessoa e da personalidade humana, trazidas pelas instituições penitenciárias. Além disso, as etapas do sistema progressivo clássico são rigidamente estereotipadas, o que caracteriza o maior inconveniente da progressividade.

Para o renomado penalista, “uma das causas da crise do sistema progressivo deve-se à irrupção, nas prisões, dos conhecimentos criminológicos, o que proporcionou a entrada de especialista muito diferentes dos que o regime progressivo clássico necessitava” (BITENCOURT, 2007. P. 134).

Por fim, é importante lembrar que os critérios para progressão podem se diferenciar em algumas situações, como no caso do condenado pelo crime hediondo ou pelo delito de tortura, quando o prazo para progressão, além de ser maior do que para os outros crimes, se difere entre os apenados reincidentes e primários.

2.2 Falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto

A sanção penal a ser executada no regime semiaberto deve ser cumprida em colônia agrícola ou industrial ou em estabelecimento similar e a sanção penal a ser executada no regime aberto deve ser cumprida em casa de albergado ou em estabelecimento adequado.

Em virtude de não haver locais com estrutura física apropriada para execução da pena nos regimes previstos em lei – o que geralmente é justificado pela falta de recursos financeiros -, não raro os presos aguardarem o surgimento de vaga em regime mais gravoso do que o tem direito.

Conforme levantamento do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, apontado pelo Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes no Recurso Extraordinário nº 641320/RS (p. 11), no

⁵ Súmula nº 491 do Superior Tribunal de Justiça: É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

⁶ Nos termos no artigo 83 do Código Penal, o livramento condicional será concedido aos condenados “a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: I. Cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; II. Cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; III. Comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto; IV. Tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; V. Cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. Parágrafo único: Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir”

Brasil há um déficit de mais de vinte mil vagas no regime semiaberto e oito mil no aberto, sendo que mais de trinta mil presos do semiaberto aguardam vaga no regime fechado. Isso sem considerar os presos em prisão domiciliar que, segundo o Conselho Nacional de Justiça/CNJ, atingiam o número de 147.937 (cento e quarenta e sete mil novecentos e trinta e sete⁷).

A realidade da execução penal brasileira é bastante delicada. No mais das vezes, os presos sequer são acompanhados por um defensor durante o período em que cumprem a reprimenda estatal. Assim, para efetivarem seus direitos (como progressão de regime, livramento condicional, remição de pena, indulto etc.) fazem pedidos e requerimentos – geralmente escritos à mão – dos benefícios através de colegas (muitos não sabem ler e/ou escrever), por conta própria ou por meio de algum funcionário da unidade prisional.

A matéria, entretanto, sempre foi bastante controversa. A jurisprudência brasileira⁸ se dividia entre a possibilidade ou não do preso aguardar a vaga em regime mais brando. Embora a maioria dos magistrados dos Tribunais Superiores entendesse que o reeducando não deveria ser submetido a regime mais gravoso, grande parte dos juízes da execução penal não adotavam essa posição. Assim, na maior parte dos casos, o apenado continuava cumprindo a pena em penitenciárias, mas sem elas separadas dos presos em regime fechado.

Alguns magistrados⁹ entendiam ser possível o cumprimento da pena em regime mais gravoso, pelo fato de que a sociedade não pode ser obrigada a conviver com um sujeito que, em tese, não está apto a estabelecer contato com o meio social. Logo, as pessoas seriam expostas a eventuais condutas perigosas praticadas pelo condenado, o que, sem dúvidas, frequentemente ocorre no nosso país.

No que tange à falta de vagas no regime semiaberto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Habeas Corpus/HC nº 990102980227, ao julgar, exarou o entendimento consolidado na seguinte ementa:

Habeas Corpus – Execução Penal – Progressão ao regime semiaberto – Deferimento – Pedido para aguardar em prisão albergue domiciliar a vaga no estabelecimento adequado (regime semiaberto) – Inadmissibilidade – Inocorre constrangimento ilegal no fato de o sentenciado, condenado ao regime inicial fechado, permanecer nesse regime enquanto aguarda vaga no estabelecimento adequado (semiaberto), já deferido, pois, a providência para a remoção imediata nem sempre é possível, ante a notória inexistência de vaga em número suficiente. Ordem denegada.

Para o Tribunal de Justiça de São Paulo, a falta de vagas não justifica a necessidade de o preso aguardar em regime menos gravoso, exatamente pelo fato de que também não havia vagas no regime adequado.

⁷ Todas as menções referentes ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes são relativas ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 641320/RS (no qual foi o Ministro Relator), com a indicação das páginas do acórdão que foram citadas.

⁸ Serão citados julgados dos tribunais brasileiros em que constam as decisões controversas acerca da matéria, nos termos referidos neste parágrafo.

⁹ Os magistrados aqui referidos foram indicados de forma genérica apenas por questão didática, ante a impossibilidade de citar todos os juízes pátrios que seguem esse entendimento. Assim, a palavra “alguns” foi utilizada para caracterizar o fato de que a minoria dos magistrados se apoia nesses argumentos.

Por outro lado, os Tribunais mais preocupados com o interesse individual do apenado, optaram por vedar a execução da pena em regime fechado, entendendo que uma opinião contrária, estaria configurando constrangimento ilegal.

Assim, se condenado no regime semiaberto, não poderia o sentenciado cumprir a sanção penal no regime fechado se não houvesse colônias ou estabelecimentos similares ou, havendo, não existissem vagas suficientes. Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça/STJ no Recurso no Habeas Corpus nº 40022/SP (BRASÍLIA, 2013), exposto na ementa abaixo:

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. (1) PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO (SEMIABERTO). DESCONTO DA PENA NO REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. (2) RECURSO PROVIDO. 1. Se por culpa do Estado o condenado não vem cumprindo a pena no regime fixado na decisão judicial (semiaberto), resta caracterizado o constrangimento ilegal. 2. A inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena permite ao condenado a possibilidade de ser encaminhado a regime mais brando, até que solvida a pendência. 3. Recurso provido.

Nesse mesmo sentido, os tribunais, como o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Habeas Corpus nº 1.0000.15.069003-0/000 (BELO HORIZONTE, 2015) proferiram decisões acerca da matéria, assim consubstanciadas:

EMENTA: HABEAS CORPUS – ROUBO MAJORADO – CONDENAÇÃO EM REGIME SEMIABERTO – AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO – PACIENTE MANTIDA EM REGIME FECHADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA – O habeas corpus, tecnicamente, não é o instrumento adequado para atacar decisões proferidas em sede de execução penal, haja vista a existência de recurso próprio para tal fim, qual seja, o agravo de execução, sendo, entretanto, possível seu conhecimento quando há evidente possibilidade de lesão ou ameaça de lesão à liberdade ambulatorial do paciente, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal. – Constatado que a paciente está cumprindo pena inicial em regime mais gravoso que aquele em que foi condenada, é manifesto o constrangimento ilegal. – Ordem concedida.

O que prevalecia, nesses casos, era a liberdade do indivíduo, e não a segurança pública, uma vez que aquele não pode ser responsabilizados pela falta da vaga adequada, tampouco sofrer as consequências da impotência estatal para com a atual situação do sistema penal brasileiro.

Do mesmo modo, se subjugado o preso ao regime aberto, a jurisprudência divergia em caso de déficit de vagas na casa de albergado ou de inexistência de estabelecimento adequado, eis que alguns magistrados entendiam que a prisão domiciliar deveria ser concedida apenas nas hipóteses específicas previstas na Lei de Execução Penal/LEP. A título de exemplo, veja-se o que manifestou, no acórdão que se segue, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no AEP nº 1.0000.09.503631-5/001 (BELO HORIZONTE, 2010):

AGRAVO EM EXECUÇÃO – AGENTE QUE OBTEVE A PROGRESSÃO DE REGIME PARA O ABERTO – AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO – AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I- Quando o agravado é condenado ao regime aberto ou a ele chega pela progressão de regime, deve ser respeitado o seu direito de cumprir a pena em estabelecimento adequado. II - O convívio dos condenados ao cumprimento de pena em regime aberto com os presos provisórios, ou mesmo com os condenados em regime fechado,

não é salutar, contribuindo para o aumento da população carcerária, em flagrante ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III, Constituição Federal). III – Precedentes do STJ. O Estado não pode executar sentença de maneira diferente daquela determinada na decisão judicial. IV – Recurso a que se nega provimento. V.V. AGRAVO EM EXECUÇÃO – AGENTE QUE OBTEVE A PROGRESSÃO DE REGIME PARA O ABERTO – AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO – PRISÃO DOMICILIAR – REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP – HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA EM LEI – DAR PRIVIMENTO. – A falta de vagas em Casa de Albergado na Comarca não justifica a concessão de prisão domiciliar ao condenado em regime aberto por ausência de fundamento legal, posto que só terá direito à mesma quando o caso se enquadrar nas hipóteses expressas no artigo 117 da LEP.

Em determinadas circunstâncias, inclusive, era permitido que o reeducando submetido ao regime semiaberto cumprisse a reprimenda na condição especial de prisão domiciliar, o que, sem espanto, também encontrava divergência jurisprudencial como no caso abaixo, também julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no AEP nº 1.0351.15.003685-0/001 (BELO HORIZONTE, 2016):

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO, AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO. A ausência de local adequado para o cumprimento de pena no regime semiaberto, abre a alternativa de os condenados aguardarem em regime mais benéfico, a abertura de vaga ou o aparelhamento mínimo do estabelecimento prisional, e não em outro mais gravoso. – Recurso não provido. V. V. EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PRISÃO DOMICILIAR PARA REEDUCANDO QUE SE ENCONTRA NO REGIME SEMIABERTO – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 117 DA LEP – RECURSO PROVIDO. – A jurisprudência pátria vem admitindo a concessão de prisão domiciliar para o preso em regime semiaberto ou fechado, mas em situações excepcionalíssimas. – O argumento de superlotação no presídio onde se encontra custodiado o reeducando não é justificativa idônea e plausível para colocá-lo em prisão domiciliar, porquanto, ausente qualquer uma das hipóteses previstas no art. 117 da LEP.

Nessa esteira, os doutrinadores penalistas também já vinham se manifestando a respeito do assunto. Nucci (2014, p. 326-327), modificou seu entendimento sobre a possibilidade de progressão *per salto*, passando a defender que a falha do Poder Executivo em viabilizar as condições de cumprimento da pena previstas na LEP, autoriza o Judiciário a seguir um caminho mais justo e, assim, possibilitar ao condenado a transferência para o regime aberto, se ultrapassado um prazo razoável sem que apareça vaga no regime semiaberto.

Por outro lado, quanto ao aguarde de vaga em prisão domiciliar, entende Bitencourt (2007, p. 451).

A Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984, afastou peremptoriamente a possibilidade de concessão de prisão domiciliar fora das hipóteses previstas no art. 117. Proibiu a praxe pouco recomendada de alguns magistrados que concediam a prisão domiciliar sob o argumento de que “inexistia casa de albergado”, com irreparáveis prejuízos para a defesa social e que em muito contribuíam para o desprestígio da justiça penal.

O entendimento de que as hipóteses previstas no artigo 117 da LEP são taxativas é bem recepcionado pelos juízes de primeiro grau e pela doutrina, que valorizam a excepcionalidade

da prisão domiciliar, tendo em vista a dificuldade de fiscalizar o cumprimento da pena nessas situações, bem como por o condenado ter uma liberdade, em tese, maior que deveria.

Diante de tantos dissensos para disciplinar a possibilidade de concessão de prisão domiciliar e, precipuamente, do cumprimento de pena em regime mais gravoso, fez-se necessário estabelecer medidas específicas a serem adotadas nessas situações; do contrário, a insegurança jurídica sobre o tema, que possui notória relevância social e legal, continuaria se intensificando.

Nesse sentido, considerando os inúmeros casos (idênticos) submetidos à apreciação do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal/STF editou a Súmula Vinculante nº 56 sobre a matéria, pondo fim – ou não – às controvérsias supra delineadas.

3 A súmula vinculante nº 56

Nos termos do artigo 103-A da Constituição da República Federativa do Brasil, quando houver controvérsia sobre determinada matéria que possua repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal/STF poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprova súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Assim, diante da controvérsia exposta e constante cumprimento da pena em regime mais gravoso do que o determinado na decisão condenatória, o STF aprovou, em 29 de junho de 2016, a provocativa Súmula Vinculante/SV nº 56, que tem como ponto fulcral evitar que essa prática continue a ocorrer na execução penal.

Além disso, a Súmula Vinculante/SV nº 56 estabeleceu três teses a respeito do tema (todas decorrentes do julgamento do Recurso Extraordinário nº 641320/RS), a serem observadas pelos juízes da execução penal, quais sejam: I – impossibilidade de o condenado cumprir pena em regime mais gravoso; II – o juiz da execução penal pode avaliar os estabelecimentos e considerá-los como adequados; III – no caso de déficit de vagas será determinada a saída antecipada do condenado, a liberdade eletronicamente monitorada ou prisão domiciliar e o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo para os que progredirem para o regime aberto.

Desse modo, foi dada a seguinte redação à Súmula Vinculante nº 56: **“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesse hipótese, os parâmetros fixados no RE 641320/RS”**.

3.1 Recurso Extraordinário nº 641320/RS

Em 11 de maio de 2016 foi publicado o acórdão referente ao julgamento no Recurso Extraordinário nº 641320/RS. O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em questionamento à decisão proferida pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), que permitiu a um condenado cumprir a pena em prisão domiciliar até o surgimento de estabelecimento destinado ao regime semiaberto.

No aso, o agente foi condenado a 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses em regime semiaberto e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime de roubo, qualificado pelo concurso de pessoas (artigo 157, §2º, II, do Código Penal). O TJ/RS reduziu quatro meses da pena e, na oportunidade, determinou que a sanção fosse cumprida nos termos supra delineados.

Além da Defensoria Pública e do Ministério Público, participaram do recurso o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD e a Defensoria Pública da União, ambos na qualidade de *amicus curae*.

O STF, por maioria de votos e seguindo o voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes, deu parcial provimento ao RE nº 641320/RS, nos seguintes termos:

Constitucional. Direito Penal. Execução penal. Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. 2. Cumprimento da pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 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 fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (I) a saída antecipada do 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. 5. Apelo ao legislador. A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. (...) 8. Caso concreto: o Tribunal de Justiça reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar, até que disponibilizada a vaga. Recurso extraordinário provido em parte, apenas para determinar que, (I) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (II) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (III) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão a regime aberto.

Acompanharam o Ministro Relator os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki, Celso de Mello e, parcialmente, Ricardo Lewandowski.

O STF determinou, para a efetivação das três teses, algumas providências, principalmente em relação do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, como projetos para facilitar a análise dos benefícios dos condenados e a estruturação do Cadastro Nacional de Presos. Sem prejuízo dessas determinações, fez um “apelo” aos legisladores, para que estes adequem a legislação da execução penal à realidade brasileira.

Importante ressaltar que no referido Recurso Extraordinário foi prolatada uma decisão manipulativa com efeitos aditivos, uma vez que foi emitida por um órgão de atribuições

constitucionais, que aditou a legislação penal (especialmente o Código Penal e a Lei de Execução Penal), a fim de que ela se adequasse à Constituição da República de 1988.

4 Considerações finais

Ante a atual sistemática da execução penal, não era, de fato, aceitável a persistência do acondicionamento dos apenados em regime mais gravoso que o devido. A tese defendida pela maioria dos tribunais superiores e pela doutrina – como Guilherme de Souza Nucci e Rogério Greco – de vedação do cumprimento da pena em regime gravoso é, indiscutivelmente, acertada, sendo louvável que os condenados não mais tenham que aguardar vaga ou efetivamente cumprir a pena no regime fechado, quando deveriam estar no semiaberto ou aberto, ou no semiaberto, quando o regime adequado era o aberto.

Assim, a Súmula Vinculante nº 56, certamente resguarda os direitos fundamentais à individualização da pena, dignidade da pessoa humana, integridade física e moral e vedação ao excesso de execução.

Do mesmo modo, foi sensata ao admitir, em sua segunda tese, a avaliação dos estabelecimentos penais pelo juiz da execução penal, a fim de que este os qualifique como adequados ou não aos regimes prisionais. Não há dúvidas que o magistrado responsável pela Vara das Execuções Penais, que fiscaliza e tem contato direto com os condenados e as unidades prisionais, seja o mais competente para avaliar se os estabelecimentos penais atendem às exigências e demandas legais e sociais.

Por outro lado, a situação é de extrema delicadeza e, após a implantação da Súmula Vinculante, é preciso cautela por parte dos operadores do direito quando da sua aplicação, principalmente o magistrado da execução penal.

Primeiro porque os juízes terão dificuldade em aplicar as medidas alternativas e possivelmente oferecerão certa resistência em conceder a prisão domiciliar enquanto não são implantados os projetos que viabilizam a implantação integral dessas medidas.

Segundo, as medidas alternativas, que não têm previsão legal, apresentam algumas deficiências: dificuldade de fiscalização e monitoramento; transmissão da pena para os familiares do condenado em caso de prisão domiciliar; possível interferência negativa na segurança pública; falta de recursos que viabilizem sua aplicação adequada; desigualdade na execução da pena entre os condenados; dissonância à legislação penal.

As defesas às medidas alternativas são muito mais teóricas que práticas: elas se voltam ao respeito à dignidade, individualização da pena e integridade do preso, acreditando serem consonantes à realidade da execução penal brasileira quando, em verdade, tais medidas não se coadunam, em sua totalidade, com a dura praxe do sistema prisional. Portanto, o fato de não ser admissível o cumprimento da pena em regime mais gravoso quando não houver vagas nos estabelecimentos não significa, necessariamente, que as medidas alternativas são adequadas.

Demais disso, a prisão domiciliar, como dito ao longo do artigo, não é recomendável em casos diversos do previsto no artigo 117 da LEP.

Embora positivo o intuito do Poder Judiciário em solucionar a desídia estatal para com o sistema prisional, é possível que tenha se desvirtuando, em certa medida, de duas intenções fulcrais da Lei de Execução Penal: retribuição e reeducação.

Portanto, ou o Poder Executivo de desvincula de sua atual zona de conforto e cumpre com a obrigação de fazer a devida subsunção da atual norma penal ao plano prático, ou o Poder Legislativo adequa a legislação brasileira à realidade social. O Poder Judiciário não pode – nem deve – continuar legislando ante a omissão dos outros poderes, notadamente em questões de tamanha repercussão.

Em que pese os argumentos de que não se trata de ativismo judicial, mas de uma decisão aditiva, não se pode negar que – não raras vezes – o Poder Judiciário supre as deficiências legislativas, por não ter outra saída, senão modificar determinado conteúdo normativo.

Diante disso, e considerando que não há como se desvincular das teses e medidas firmadas, tendo em vista a força vinculante da Súmula 56, cabe ao Judiciário – principalmente os juízes da execução penal – aplicarem as teses da melhor forma possível, a fim de amenizar as desigualdades e sobressaltar a dignidade e humanidade dos condenados, o que mais é afetado com o déficit das vagas em unidades prisionais.

Persiste, entretanto, certa esperança de que o Poder Executivo, de alguma forma, forneça os estabelecimentos penais conforme previsto na atual legislação penal brasileira e, ainda, que o Poder Legislativo proporcione condições para a evolução desses estabelecimentos e do modo execução da pena, já que o Judiciário não pode caminhar sozinho, regulamentando situações jurídicas com alto de grau de relevância como a presente, em virtude da omissão das outras esferas públicas, no exercício de sua competência.

5 Referências

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado – parte geral* – vol. 1. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.