

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**GABRIEL HUBERMAN TYLES**

**REGIME SEMIABERTO:  
LEGALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

São Paulo

2016

GABRIEL HUBERMAN TYLES

**REGIME SEMIABERTO:  
LEGALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia de Pós-Graduação sob a orientação do Professor Marco Antonio Marques da Silva, como parte das atividades para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

São Paulo

2016

Tyles, Gabriel Huberman.

Regime semiaberto: legalidade e dignidade da pessoa humana - 2016.

Trabalho de Pós-Graduação (Pós-Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2016.

Bibliografia: f.

1. Lei 7210.84. 2. Falta de vagas no regime semiaberto. 3. Execução Penal.

I. Título.

GABRIEL HUBERMAN TYLES

**REGIME SEMIABERTO:  
LEGALIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Monografia de Pós-Graduação sob a orientação do Professor Marco Antonio Marques da Silva, como parte das atividades para obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Marco Antonio Marques da Silva – Orientador

---

---

Resultado:

Aos meus pais, irmão e avós pelo apoio infinito; à minha esposa pelo carinho e também à minha avó Rachel e ao meu avô Hélio que fazem muita falta, embora estejam muito presentes na minha memória. Com amor a todos estes.

## **AGRADECIMENTOS**

Durante este trabalho tive muitas dúvidas e inquietações. Algumas dúvidas surgiram durante o exercício da advocacia, outras em sala de aula do próprio curso de Pós-Graduação e outras durante a elaboração do trabalho. Algumas pessoas ajudaram a elaboração deste trabalho, mas podem não saber ou não se lembrar.

Assim, agradeço a todas aquelas pessoas que me responderam com sinceridade sobre o tema, durante a elaboração, dentre as quais o advogado Euro Bento Maciel Filho que me elucidou diversos aspectos práticos a serem abordados, o que foi de suma importância para elaboração do trabalho.

Principalmente, agradeço ao professor orientador Marco Antonio Marques da Silva, cuja orientação foi indispensável a elaboração deste trabalho. Ele me despertou interesse, sugeriu material e sanou todas as minhas dúvidas durante o processo de elaboração.

Nesse sentido, deixo aqui registrado os meus sinceros agradecimentos aos ensinamentos do Professor Marco Antonio Marques da Silva que também me orienta para o trabalho de Mestrado na PUC/SP.

## RESUMO

Introduz o tema esclarecendo quais são as etapas identificáveis no processo penal brasileiro. Ainda na introdução realiza ponderações acerca dos instrumentos utilizados em cada etapa do processo penal e enfatiza o motivo pelo qual a execução é o clímax (auge) do processo penal. Apresenta os principais princípios norteadores da execução penal. Procede à análise dos princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana. Explica os motivos pelos quais os preditos princípios vêm sendo constantemente violados pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro. Comenta julgados que, em tese, violam o princípio da legalidade e a dignidade da pessoa humana na execução penal. Engendra reflexões a respeito dos perigos que a superlotação do sistema penitenciário traz à sociedade, enfatizando sempre a falta de vagas no regime semiaberto. Conclui que a falta de vagas no regime semiaberto não pode prejudicar o próprio condenado e, por via de consequência a própria sociedade.

Palavras-chave: Execução Penal. Legalidade e Dignidade da Pessoa Humana.

## **ABSTRACT**

Introduces the subject by clarifying what are the steps identified in the Brazilian criminal proceedings. Even the introduction performs weighting on the instruments used in each stage of the criminal proceedings and emphasizes why the execution is the climax (peak) of the criminal proceedings. It presents the guiding principles of criminal enforcement. Analyzes the principles of legality and human dignity. Explains the reasons why the predicted principles are being constantly violated by the Brazilian Democratic State. Comments judged that, in theory, violate the principle of legality and human dignity in criminal enforcement. Engenders reflections about the dangers that overcrowding of the prison system brings to society, always emphasizing the lack of places in semi-open regime. It concludes that the lack of places in semi-open regime can not harm the convict himself, and in consequence the society itself.

Keywords: Criminal Enforcement. Legality and Human Dignity

## **Sumário**

1. INTRODUÇÃO
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À EXECUÇÃO PENAL
  - 2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
  - 2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
3. REGIMES DE EXECUÇÃO DE PENA PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA
4. O PROBLEMA DA FALTA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO
5. ANÁLISE DE JULGADOS
6. CONCLUSÃO
7. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

Introdutoriamente, convêm esclarecer que no processo penal brasileiro existem três fases distintas que podem ser facilmente identificadas.

Na primeira fase, o “*ius puniendi*” pode ser identificado quando diante de “um crime, nasce para o Estado o direito de punir contra o autor da infração penal<sup>1</sup>”.

Nesta primeira fase, o inquérito policial, em regra, é o instrumento utilizado para a realização das investigações, elucidando-se, assim, efetivamente, se houve o delito e, ainda, quem o teria cometido.

A segunda fase, denominada “*jus persecuendi in iudicio*” revela-se quando o Estado decide pela propositura da ação penal, isto é, no momento em que “instaura-se o processo regular, com respeito a certos princípios processuais e constitucionais, até que o Estado-Juiz imponha a sanção respectiva<sup>2</sup>”.

Nesta segunda fase, em regra, o instrumento utilizado para regular os direitos das partes é a ação penal, prevista no Código de Processo Penal, o qual abarca regras de procedimento, devendo ser respeitados todas as garantias e direitos do Acusado que, embora esteja sendo processado criminalmente por um delito, não pode ser considerado culpado.

Assim, a “*persecuendi in iudicio*” somente se encerra com o trânsito da sentença penal condenatória definitiva quando, então, o Acusado poderá, se o caso, ser considerado culpado.

Dessarte, quando o Juiz decide, por meio da sentença penal definitiva, é que nasce para o Estado o poder de, efetivamente, punir o cidadão.

---

<sup>1</sup> Silva, Marco Antonio Marques; Freitas Jayme Walmer, *in* Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 67.

<sup>2</sup> Ob. cit. p. 67

O processo penal, cercado de regras rígidas e de procedimentos formais somente alcançará o seu clímax quando tudo aquilo que foi perseguido e respeitado durante as duas primeiras fases puder ser alvo da terceira fase, isto é, da fase de execução penal.

É nesta fase, de execução da pena, que o Estado faz cumprir a pena aplicada ao condenado e, por isso, pode ser entendida como o auge do processo penal, afinal de contas, a pena é o fim do processo penal.

Neste sentido:

“ninguém contestará que no momento da pronúncia da sentença nós conquistamos o ponto culminante do processo repressivo. O juiz, depois de haver constatado a existência da infração e a identidade do autor, lhe inflige o castigo prescrito pela lei. Sim, neste momento a sociedade é virtualmente vingada, a ordem é restabelecida. A calma e o esquecimento tomam o lugar da inquietude, da irritação e do desejo de vingança causados nos cidadãos honestos pela perpetração do delito. A repressão é portanto, virtualmente perfeita com o pronunciamento da pena<sup>3</sup> (...) (apud, Brito, 2006. P. 23).

Não se está aqui a defender que o processo penal deve ter o seu término efetivamente com a condenação do cidadão, nem tão pouco que a vingança pela vingança (caráter retributivo da pena) seja o único ou correto fundamento para a execução da pena, muito pelo contrário, o que se espera é que o acusado possa ser absolvido.

Contudo, caso haja a condenação e, ainda, caso o processo penal consiga marchar até a fase de execução penal, deve-se ter em mente que, a depender do montante de pena aplicada por ocasião da sentença penal, o regime de cumprimento de pena também deverá ser diferente, por expressa disposição legal.

---

<sup>3</sup> Brito, Alexis Augusto de Couto, *in* Execução Penal. São Paulo. Quartier Latin. 2006. p. 23-26

Neste contexto, o parágrafo 2º do artigo 33, do Código Penal estabeleceu diretrizes claras e objetivas para o cumprimento das penas eventualmente aplicadas, quais sejam:

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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 semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Por outras palavras, se a pena aplicada for superior à 8 (oito) anos o regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado; para uma pena superior a 4 anos, mas que não ultrapasse os 8 (oito) anos o regime deve ser o semiaberto e, por fim, se a pena aplicada for igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o regime deverá ser o aberto.

Mas, ao cabo de contas, o que vem a ser regime de cumprimento de pena e qual a diferença entre eles?

Ora, *“o regime é o modo de ser da execução da pena<sup>4</sup>”*.

Assim, o próprio Código Penal no seu parágrafo 1º do artigo 33 estabelece em que consiste cada um dos regimes de cumprimento da pena:

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

---

<sup>4</sup> Idem. p. 227. Rene Ariel Dotti apud Britto. p. 227.

Além disso, para facilitar ainda mais o entendimento do que realmente consiste o significado de cada um dos regimes e a diferença entre eles, o Código Penal explica, detalhadamente, as regras a que estão submetidas o condenado nos tais regimes de cumprimento de pena.

Desta forma, de acordo com o regime fechado, *“o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno”*. (art. 34, §1º do Código Penal com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Todavia, *“o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena”*. (artigo 34, §2º do Código Penal com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Ainda com relação ao regime fechado é relevante mencionar que *“o trabalho externo é admissível, em serviços ou obras públicas”*. (artigo 34, §3º do Código Penal com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

No que se refere ao regime semiaberto *“o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar”*. (artigo 35, § 1 do Código Penal com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Neste regime, *“o trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”*. (artigo 35. §2º do Código Penal com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Com relação ao regime aberto, o Código Penal estabelece que este *“baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado”*. (artigo 36 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Assim, o condenado deverá, *“fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga”*. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Tais regimes de cumprimento de pena devem ser observados de “*forma progressiva*” (§2º do artigo 33 do Código Penal), ou seja, o condenado ao regime fechado deve passar obrigatoriamente ao semiaberto e deste, ao aberto, sendo vedada a progressão “*per saltum*”.

Contudo, também podem ocorrer hipóteses de transferências do condenado ao regime mais rigoroso, isto é, do aberto ao semiaberto e deste ao fechado.

Assim, todos os direitos e as garantias constitucionais penais devem ser observadas durante o desenrolar do processo e da execução penal, como, por exemplo, o devido processo legal, a paridade de armas, a presunção de inocência, a individualização da pena e etc.

Neste sentido, conforme Renato Marcão:

“Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável a existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e garantias constitucionais<sup>5</sup>”

Entretanto, segundo Alexis Couto de Brito, “a execução penal, hoje, no Brasil, funciona desta forma: ora com voltagem errada, ora com peças trocadas, e ora somente pela inércia, que chega a desafiar as leis da física diante de todo o atrito que não consegue fazê-la parar<sup>6</sup>”.

Por outras palavras, a corroborar o problemático funcionamento da Execução Penal no Brasil, em recente pesquisa divulgada<sup>7</sup>, revela-se que o sistema prisional brasileiro possui 607.731 presos enquanto, dispõe de apenas 376.669 vagas no sistema prisional, ou seja, há um déficit de 231.062 mil vagas.

---

<sup>5</sup> Marcão, Renato. Curso de Execução Penal. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 4

<sup>6</sup> Brito, Alexis Augusto de Couto, *in* Execução Penal. São Paulo. Quartier Latin. 2006. p. 25

<sup>7</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Junho de 2014, p. 11. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>

Assim, será mesmo que as preditas regras de cumprimento das penas, ou seja, os preditos regimes de cumprimento de penas estão sendo efetiva e eficazmente aplicados, respeitando-se os princípios penais constitucionais como a legalidade e a dignidade da pessoa humana?

Logicamente, a resposta é simples: não. Portanto, mais outra indagação é indispensável: De que adianta o respeito a primeira e segunda fase do processo penal (investigação e ação penal propriamente dita) se, ao aterrissarmos na fase de execução penal que é o clímax do processo penal, o Estado não consegue fazer cumprir as suas próprias leis, principalmente a Lei de Execução Penal?

Sendo assim, uma constatação inicial é importantíssima: todos os presos condenados ao regime fechado deverão, obrigatoriamente, passar pelo regime semiaberto, tendo em vista o predito “*sistema progressivo*”.

Entretanto, na última pesquisa realizada no Brasil<sup>8</sup>, constatou-se que há 249.701 pessoas privadas de liberdade para o total de 164.823 vagas no regime fechado, isto é, já há uma superlotação evidente no próprio regime fechado.

Por seu turno, o problema fica ainda mais evidente quando a pesquisa mostra que existem 89.639 pessoas privadas de liberdade no regime semiaberto para um total de 67.296 vagas.

Assim, basta uma simples leitura dos números acima constatados para se perceber com encantadora simplicidade que dificilmente a falta de vagas no regime semiaberto terá uma solução breve eis que dos 249.701 presos no regime fechado há somente 67.296 vagas no regime semiaberto e, frise-se, todos os presos do regime fechado deverão passar pelo regime semiaberto, tendo em vista o sistema progressivo, sendo certo que o sistema semiaberto já se encontra superlotado.

Assim, convêm ao presente trabalho reunir a problemática deste tipo de regime de cumprimento de pena (semiaberto) que, como se disse, obrigatoriamente, receberá os presos do regime fechado, para, ao final, tecer conclusões lógicas e críticas a

---

<sup>8</sup> Idem. p. 43

respeito do tema, sem o escopo de esgotá-lo, mas, com o objetivo de refletir e sugerir soluções.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS A EXECUÇÃO PENAL

O Estado Democrático de Direito legitima-se também por meio do Direito Penal e Processual Penal que tem por função reger as relações sociais que os outros ramos do direito não tiveram êxito em pacificar<sup>9</sup>.

Assim, afirma Marco Antônio Marques da Silva que, os princípios constitucionais penais são os limites impostos ao próprio Estado Democrático de Direito:

“Os princípios constitucionais do direito penal cumprem uma função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e intimidade das pessoas, através do poder de punir, estabelecendo os limites deste. No processo penal, os princípios constitucionais proporcionam as regras segundo as quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar consequências jurídicas<sup>10</sup>”

Com efeito, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, é possível o início da execução criminal propriamente dita, ou seja, em regra é o momento adequado para que o condenado possa iniciar o cumprimento da pena que lhe foi imposta pelo Estado-Juiz.

Tanto isso é verdade que o próprio artigo 1º da Lei de Execução Penal estabelece que a *“execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”*.

Dentro desse contexto, ainda que em sede de execução criminal, os princípios da legalidade, devido processo legal, individualização da pena e humanidade devem ser rigorosamente observados, além de tantos outros, como imparcialidade do juiz, verdade real, contraditório, ampla defesa e etc<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Erbella, Marcelo Augusto Custódio *in* Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Marco Antonio Marques da Silva. p. 941-956

<sup>10</sup> Silva, Marco Antonio Marques. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. p. 15.

<sup>11</sup> Marcão, Renato. 2009, p.4.

A observância aos preditos princípios processuais penais, ainda que em sede de execução penal se justifica porque é inconcebível, no Estado Democrático de Direito qualquer decisão que altere materialmente a situação do cidadão condenado, sem que sejam respeitados os princípios processuais penais.<sup>12</sup>

Os princípios processuais penais, em última análise, são as garantias de que o cidadão condenado dispõe acerca das “regras do jogo”, isto é, de que todas as movimentações e decisões do processo serão realizadas e elaboradas com a sua ciência e de seu defensor e, ainda, de que nenhuma regra será inoportunamente alterada, de modo a prejudicá-lo.

Neste sentido, segundo Aury Lopes Jr., a formalidade é, na verdade, uma garantia:

“Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal. Nessa linha, os princípios constitucionais devem efetivamente constituir o processo penal<sup>13</sup>”

A importância de se observar e respeitar os princípios processuais penais, nota-se, pois, de fato, durante a execução penal podem ocorrer decisões que modifiquem a situação do condenado.

Para o presente trabalho, estudar-se-á apenas dois princípios processuais penais, quais sejam, legalidade e dignidade da pessoa humana eis que, considerados predominantes para o debate do tema em questão.

E isto porque, tais princípios processuais penais vêm sendo predominantemente desrespeitados pelo Estado, que, comprovadamente não possui vagas para todos os presos, acabando por superlotar presídios.

---

<sup>12</sup> Idem. P.4

<sup>13</sup> Direito Processual Penal. 2014. p. 154.

Tanto isso é verdade que, não raro, o Judiciário brasileiro em virtude da falta de vagas no regime semiaberto, determina que o condenado ao regime semiaberto aguarde a sua vaga no regime fechado, violando-se, assim, predominantemente, o princípio da legalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, há uma burocracia exacerbada que desafia a própria lógica e viola o princípio da legalidade, pois, é certo, diante de uma execução penal que tem por objeto da sentença o regime semiaberto, por vezes, o condenado é recolhido ao sistema fechado para que seja possível aguardar uma vaga que, como cediço, de antemão já se sabe não existir.

Para elucidar a questão, eis então dois julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementados:

*“Habeas Corpus”. Progressão ao regime semiaberto. Vaga ainda inexistente. Pretendida impossibilidade de seu desconto em regime distinto, em face às circunstâncias do caso concreto e até que venha a vaga. Constrangimento ilegal inócidente. Ordem denegada”* (TJSP - Habeas Corpus nº 2042716-86.2015 – 4ª Câmara Criminal – Des. Relat. Luis Soares de Mello).

*“Habeas Corpus”. Pretensão de imediata remoção a estabelecimento próprio, para cumprimento de pena em regime semiaberto ou possibilidade de aguardar em prisão albergue domiciliar a abertura de vaga – Impossibilidade de apreciação diretamente por esta instância – Pedido que deve ser formulado perante o juízo de primeiro grau”* (TJSP - Habeas Corpus nº 0023667-93.2015.8.26.0000 – 3ª Câmara Criminal – Des. Relat. Cesar Mecchi Morales).

No primeiro caso, infere-se da leitura do inteiro teor do julgado, que o Paciente solicitava a transferência para estabelecimento compatível com o regime semiaberto, ao qual foi progredido, ou, ainda, que na ausência de vaga pudesse aguardar em prisão albergue domiciliar.

Contudo, a 4ª Câmara de Direito Criminal decidiu por bem não conceder a ordem de *habeas corpus* porquanto, em síntese, “o regime de cumprimento da pena será sempre o sentencial (aqui fechado), e o benefício é a exceção”.

Já no segundo caso, infere-se da leitura do julgado que, o Paciente impetrou em nome próprio o *habeas corpus* e, assim, pleiteava a sua imediata transferência para o regime semiaberto ou prisão albergue domiciliar, eis que, fora condenado à pena de 4 anos e, até o momento, encontrava-se no sistema fechado, por ausência de vagas no regime semiaberto.

Ou seja, neste segundo caso, o Paciente foi condenado ao regime semiaberto e, no entanto, foi recolhido ao regime fechado por ausência de vagas no regime semiaberto.

Assim, a 3ª Câmara de Direito Criminal julgou que o pedido não poderia ser apreciado pois, a transferência para estabelecimento apropriado depende de listagem cronológica da Secretaria de Administração Penitenciária e, ainda, que seria vedada a progressão “*per saltum*” com fundamento na Súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça.

Percebe-se, portanto, lamentavelmente, a incapacidade estrutural do Estado Democrático de Direito que, dada a superlotação dos presídios, acaba por violar, predominantemente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade na medida em que tolhe o direito do cidadão condenado de cumprir a pena nos limites da condenação violando, pois, o princípio da legalidade e dignidade da pessoa humana.

## 2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, segundo o qual, *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”* encontra-se expressamente previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, bem como no artigo 1º do Código Penal.

Tal princípio tem previsão também no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, segundo o qual, *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Objetivamente, o princípio da legalidade ou reserva legal *“é no Estado Democrático de Direito, consequência direta do fundamento da dignidade da pessoa humana pois remonta a ideia de proteção e desenvolvimento da pessoa, que o tem como referencial”*<sup>14</sup>

Trata-se de um princípio estrutural básico de todo o sistema penal, pois, segundo afirma Marco Antonio Marques da Silva:

“O princípio da legalidade ou reserva legal constitui um efetivo limite ao poder punitivo do Estado e, na medida em que impede a criação de tipos penais, a não ser através do processo legislativo regular, se caracteriza por ser, também, um limite ao poder normativo do Estado”<sup>15</sup>

Por outras palavras, a limitação do poder de punir do Estado se traduz no princípio da legalidade o qual impede a criação de tipos penais sem que sejam seguidos os meios legais previstos na lei.

---

<sup>14</sup> SILVA, Marco Antonio Marques. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p 7

<sup>15</sup> SILVA, Marco Antonio Marques. Ob. cit. p. 7

Ao comentar o alcance do princípio da legalidade, Guilherme de Souza Nucci afirma ainda que:

“a legalidade, no campo penal, não pode ser uma garantia meramente formal, sendo insuficiente apenas a existência de uma lei anterior à conduta. Torna-se indispensável que a elaboração do tipo penal – modelo legal de conduta proibida – seja específica, ou seja, claramente individualizadora do comportamento delituoso<sup>16</sup>”

Entende-se, pois, que o princípio da legalidade é uma garantia ao cidadão, posto que ele somente poderá ser processado e apenado se houver lei e pena legitimamente previstas antes da perpetração do fato considerado como crime e, ainda, que esta lei seja clara e taxativa.

Contudo, por outro enfoque, o princípio da legalidade também representa uma garantia na execução penal, pois, “garante que tanto o juiz como autoridade administrativa concorrerão para com as finalidades da pena, garantindo direitos e distribuindo deveres em conformidade com a lei<sup>17</sup>”.

Assim, o princípio da legalidade também deriva da garantia na execução, pois, “se expressa na impossibilidade de proceder-se a execução da pena de modo diverso ao determinado na lei, observando-se, também, a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal (*nulla poena sine executione*). <sup>18</sup>”

Além disso, uma das manifestações do princípio da legalidade como garantia da execução é a de ajustar a atividade penitenciária ao estabelecido na lei, regulamentos e sentenças judiciais<sup>19</sup>.

Neste sentido, de acordo com Mirabete:

---

<sup>16</sup> Código Penal Comentado, 2010. p. 54.

<sup>17</sup> Britto, 2006. p. 43

<sup>18</sup> SILVA, Marco Antonio Marques. Ob. cit. p. 8

<sup>19</sup> apud Mirabete Execução Penal. 2014. p. 12

“Proclama, aliás, a Constituição Federal que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; assim, se de um lado se podem impor ao condenado as sanções penais estabelecidas na legislação, observadas as limitações constitucionais, de outro não se admite seja ele submetido a restrições não contidas na lei<sup>20</sup>”

Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da legalidade é o que fundamenta a própria segurança jurídica.<sup>21</sup>

Além disso, dada a importância do princípio da legalidade, Mirabete explica que esse princípio, na realidade, foi expressamente consagrado pela execução penal, na medida em que o art. 2º, caput, da Lei de Execução Penal, dispõe que a jurisdição penal no processo de execução será exercida na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal:

“(…) O art. 2º, caput, da Lei de Execução Penal, ao dispor que a jurisdição penal no processo de execução será exercida “na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal”, consagra expressamente o princípio da legalidade na execução penal. Segundo consta da exposição de motivos, aliás, o princípio da legalidade “domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal. Como corolário do princípio proclamado no art. 2º, assegura a lei de execução ao condenado os direitos não atingidos pela sentença (art. 3º), dispõe sobre os deveres e os direitos do sentenciado (arts. 38 a 43), cuida da definição de faltas graves, remetendo à lei local a definição das leves e médias arts. 49 à 52), prevê as sanções e as recompensas, a forma de aplicação das sanções, bem como o procedimento disciplinar (art. 53 a 60), determina o procedimento judicial referente a situações nela previstas (art. 194) etc<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Ob. cit. 2014. p. 12.

<sup>21</sup> SILVA, Marco Antonio Marques. Ob. cit. p. 7

<sup>22</sup> Mirabete. Execução Penal. 2014. p. 12

Ou seja, o princípio da legalidade, expressamente, faz parte da Lei de Execução Penal de forma “*a impedir que o excesso ou desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal*”, conforme mencionado na citação acima.

Assim, especificamente, pode-se dizer que no campo da execução penal o princípio da legalidade abarca especial relevância pois, é certo, a sua função é, como já se disse anteriormente, “ajustar a atividade penitenciária ao estabelecido na lei, regulamentos e sentenças judiciais”, evitando-se desvios ou excessos de execução que possam comprometer o próprio princípio da legalidade e dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, evidente que, na medida em que o condenado ao regime semiaberto é encaminhado ao regime fechado por falta de vagas, há uma clara e cristalina violação ao princípio da legalidade, pois, a já mencionada garantia para com as finalidades da pena, que tanto o juiz, como autoridade administrativa deveriam garantir, não será respeitada.

É dizer, quando o condenado ao regime semiaberto é encaminhado ao regime fechado por falta de vagas, a determinação expressa na sentença penal é violada e, por via de consequência viola-se também o princípio da legalidade.

Neste sentido, Renato Marcão afirma que a legalidade da execução está principalmente na nitidez da garantia ao condenado de cumprir a pena nos estritos limites do alcance da sentença, assim:

“A execução das penas e medidas de segurança está cercada por um conjunto de garantias que interessam ao indivíduo e à sociedade. Segundo doutrina René Ariel Dotti, um dos princípios fundantes dessa direção radica na legalidade da execução. Consiste ela em se desmarcar com nitidez o alcance da sentença e a reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão<sup>23</sup>”

---

<sup>23</sup> René Ariel Dotti Apud Renato Marcão. Execução Penal. 2009. p. 289.

Conclui-se, pois, sem sombra de dúvidas que o princípio da legalidade penal “*é uma exigência básica de todo e qualquer Estado Democrático de Direito, já que por razões de segurança jurídica a lei penal deve ser, antes de tudo, uma garantia para o cidadão*”<sup>24</sup>.

Contudo, apesar de ser uma exigência básica de qualquer Estado Democrático de Direito, hodiernamente, o princípio da legalidade (ao menos no âmbito da execução penal) vem sendo constantemente violado de modo a constituir, lamentavelmente, um princípio meramente formal embora, como se explicou, seja ele que fundamenta a própria segurança jurídica no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>24</sup> Introdução ao Direito Penal. Fabretti, Humberto; Smanio, Gianpaolo Poggio. 2010. p. 139.

## 2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Basta uma simples leitura do inciso III do artigo 1º, da Constituição Federal para se constatar que, um dos fundamentos do Brasil que se constitui em Estado Democrático de Direito é a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, a respeito da dignidade humana, segundo afirma Alexandre de Moraes:

“a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos<sup>25</sup>”

Com efeito, apesar da complexidade do predito princípio, pois o seu alcance é indefinido, a palavra “dignidade”, segundo o dicionário Novo Aurélio da Língua Portuguesa é o “respeito a si mesmo; amor próprio, brio, pundonor” (1986 p.589).

Neste sentido de indefinição do princípio da dignidade da pessoa humana, afirma Marco Antonio Marques da Silva:

“A dignidade da pessoa humana, elemento inato aos homens, implica em liberdade, igualdade e justiça, constituindo o fundamento da organização social contemporânea.

Embora inexista definição específica para dignidade, compreende valor interno de cada indivíduo, superior a qualquer outro, impondo seu respeito, tanto entre as pessoas como pelo Estado, impedindo interferências indevidas na vida privada<sup>26</sup>”

---

<sup>25</sup> Constituição Brasileira Interpretada. 2006. p 129.

<sup>26</sup> Silva, Marco Antonio Marques; Miranda Jorge. Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. P. 234.

Interessante inferir das definições alhures que, o princípio da dignidade da pessoa humana traz em seu conteúdo um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, isto é, algo que deveria ser intangível, intransponível e respeitado por todos, sobretudo pelo próprio Estado.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser entendido por duas concepções. Por um lado, abarca um direito que protege o cidadão seja dos demais indivíduos seja do próprio Estado e, por outro, estabelece o dever de tratamento igualitário entre os cidadãos<sup>27</sup>.

Ou seja, é função do princípio da dignidade da pessoa humana proteger o cidadão do próprio Estado, mesmo que presa e condenada.

Neste sentido, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLIX, dispõe que “é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral”.

A própria Lei de Execução Penal assegura as condições mínimas ao preso, tendo o regime semiaberto como um dos requisitos básicos o respeito ao limite de capacidade máxima, assim:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

---

<sup>27</sup> (Alexandre de Moraes, Constituição Brasileira Interpretada. 2006. p 129).

- a) a seleção adequada dos presos;
- b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Com efeito, especificamente no âmbito da execução penal, o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe uma “execução humana e responsável”, dando a cada condenado somente àquilo que lhe foi imposto por ocasião da sentença, nada mais<sup>28</sup>.

Ou seja, bastaria ao Estado Democrático de Direito dar ao condenado a possibilidade de cumprir a pena conforme lhe foi imposta, nada a mais.

E, segundo afirma Alexis Couto de Britto, todos os órgãos envolvidos com a execução da pena devem seguir atentos a proibição de aplicação de penas que contrariem a dignidade humana pois toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com respeito:

“As penas não podem consistir em tratamentos contrários ao senso de humanidade, e devem tender à reeducação do condenado. Desta diretiva, não somente devem informar-se os órgãos envolvidos na administração da pena (Executivo e Judiciário), mas também as futuras normas legislativas.

Um exemplo da humanização globalizada é a Convenção Americana de Direitos Humanos, que restringe a pena de morte e aconselha sua abolição. O Brasil o fez, constitucionalmente, aos delitos comuns, mas manteve nos casos de guerra declarada (CF, artigo 84, XIX).

A mesma Convenção preceitua em seu artigo 5<sup>a</sup>, III, que ninguém deverá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. **Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.**

Neste sentido, a Constituição Federal veda qualquer pena de caráter cruel, perpétuo, de trabalhos forçados e de banimento (artigo 5<sup>o</sup>, XLVII), além de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Britto, 2006. P. 44

<sup>29</sup> Execução Penal. . Brito, Alexis Augusto Couto. p.44

Tal função, no entanto, não vem sendo devidamente cumprida pelo Estado pois, é certo, inexplicavelmente o condenado ao regime semiaberto vem constantemente sendo obrigado a cumprir sua pena em regime fechado, muito mais penoso, tendo em vista a insuficiência de vagas no sistema carcerário a revelar a falta de estrutura do sistema penitenciário.

É dizer, a dignidade da pessoa humana vem sendo constantemente violada pelo próprio Estado quando permite o cumprimento de penas em regimes mais gravosos do que àqueles constantes na sentença.

Todavia, por mais repugnante que tenha sido a ação delituosa, não há como justificar que o seu autor seja privado de tratamento digno<sup>30</sup>.

“(…) todo crime gera na sociedade um sentimento de repulsa, de vingança ao autor do fato delituoso, pelo sentimento natural de proteção dos bens jurídicos, ínsito ao ser humano. No entanto, como se observa condutas reputadas bárbaras e cruéis, contra bens jurídicos de incontestes valores, precisam ser combatidas e detidas, podem, sem que haja vingança<sup>31</sup>”

Indubitavelmente que ao proibir o cidadão de cumprir a sua pena nos limites impostos pela sentença há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois os limites impostos pelo próprio Estado são violados por este mesmo Estado, de modo a desrespeitar o caráter positivo da dignidade humana que seria o de fornecer ao preso condenado todas as condições dignas de vida que não lhe foram retiradas pela sentença, mantendo-lhe os direitos não atingidos pela decisão.

Contudo, lamentavelmente, a superlotação dos presídios brasileiros acaba por retirar condições de o preso manter a dignidade humana pois:

“é comum, em estabelecimentos penitenciários brasileiros, presos se revezarem para dormir, ou amarrarem seus corpos às grades já

---

<sup>30</sup> Tratado Luso Brasileiro da Dignidade Humana, 2009. p. 803.

<sup>31</sup> Prado, Luiz Regis; Hammersmidt, Denise; Maranhão, Douglas Bonaldi; Coimbra, Mário. Direito de Execução Penal. RT. 2012. P. 23

que o espaço interno da cela não permite que todos se deitem ao chão ao mesmo tempo. A superlotação é o mais grave – e crônico – problema que aflige o sistema prisional brasileiro<sup>32</sup>

Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII estabelece a proibição das seguintes penas, assim:

XLVII - não haverá penas:

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

Ou seja, por expressa disposição da Constituição Federal, o Brasil, Estado Democrático de Direito proíbe pena de morte (salvo no caso de guerra declarada), pena de caráter perpétuo, pena de trabalhos forçados, pena de banimento e penas cruéis.

Nos dizeres de Marcelo Augusto Custódio Erbella:

“o princípio da humanidade da pena apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, ou seja, além de seu conteúdo negativo, caracterizador de proibições, carrega também, e principalmente, um conteúdo positivo, de respeito à dignidade da pessoa humana, mesmo que presa e condenada<sup>33</sup>.

Assim “a ideia de proibição à aplicação de penas cruéis completa a previsão constitucional que proíbe a tortura e o tratamento desumano e degradante (CF, art. 5º, III) (...) ou seja, “o Estado não poderá prever em sua legislação ordinária a

---

<sup>32</sup> Princípios Constitucionais Penais. Affonso Celso Favoreto Apud Roberto Porto. RT. p. 43

<sup>33</sup> Marcelo Augusto Custódio Erbella *in* Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Marco Antonio Marques da Silva. p 950.

possibilidade de aplicação de penas que, por sua própria natureza, acarretem sofrimentos intensos (penas inumanas) ou que provoquem humilhação<sup>34</sup>

Entretanto, o que dizer da já mencionada situação do preso condenado ao regime semiaberto que é encaminhado ao regime fechado por falta de vagas? O que dizer da atual situação estrutural dos presídios brasileiros, notadamente os presídios do Estado de São Paulo?

Ora, segundo o último levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN de junho de 2014 -, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça, no Brasil há 231.062 (duzentos e trinta e um mil e sessenta e dois) déficit de vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. (cento e sessenta e um por cento). “Em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados”. (INFOPEN. p. 11).

Assim, a resposta para tal indagação é simples. A situação dos presídios brasileiros é tão dramática e a falta de vagas tão latente, que não só o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo constantemente violado, mas, também, é certo, os condenados estão sendo submetidos a tratamentos humilhantes e desumanos na medida em que, conforme constatado pelo próprio Estado, por meio do relatório INFOPEN “em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados”.

Forçoso reconhecer, portanto, seja pela comprovada condição estrutural dos presídios, seja pelo desrespeito dos limites impostos na sentença, o encaminhamento de presos condenados ao regime semiaberto para o fechado viola não só o princípio da dignidade da pessoa humana, como também, submete o condenado a um tratamento desumano, o que é expressamente proibido pela Constituição Federal.

---

<sup>34</sup> Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada. p.338

### 3. REGIMES DE EXECUÇÃO DE PENA PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com o artigo 5º, inciso XLVIII da Constituição Federal, “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Assim, é com base no predito artigo da Carta Magna, que se pode dizer que a Constituição Federal, entre inúmeros direitos do preso, assegurou-o também direito à dignidade humana, pois ao proteger a integridade física e moral, assegurou o bem maior do ser humano, qual seja, a vida, valor que, é certo, caminha conjuntamente com o fundamento constitucional da dignidade humana. *In verbis*:

“A Constituição Federal, ao proclamar o respeito à integridade física e moral dos presos, em que pese à natureza das relações jurídicas estabelecidas entre a Administração Penitenciária e os sentenciados a penas privativas de liberdade, consagra a conservação por parte dos presos de todos os direitos fundamentais reconhecidos à pessoa livre, com exceção, obviamente dos incompatíveis com a condição peculiar de preso, tais como liberdade de locomoção (CF, art. 5º, XV), livre exercício de qualquer profissão (CF, art. 5º, XII), inviolabilidade domiciliar em relação à cela (CF, art. XI), exercício dos direitos políticos (CF, art. 15, III). O preso, porém, continua a sustentar os demais direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, à integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X, LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º VI), ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII), entre inúmeros outros e, em especial, aos direitos à vida e à dignidade humana, pois, como muito bem lembrado pelo Ministro Cernicchiaro, “o conceito e o processo de execução, de modo algum, podem arranhar a dignidade do homem, garantida contra qualquer ofensa física ou moral. Lei que contrariasse esse estado, indiscutivelmente seria inconstitucional<sup>35</sup>”

---

<sup>35</sup> Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada. 2006. p. 340.

Como se vê, o fundamento constitucional da dignidade humana no âmbito da execução passa também pela forma de execução da pena, eis que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, tudo de modo a ressocializar o condenado e preservar o, repita-se, princípio da dignidade humana, bem como outros direitos não atingidos pela condição de condenado.

Com efeito, em complemento ao predito artigo constitucional, o artigo 33 do Código Penal Brasileiro estabelece que, “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”.

Claramente, a intenção do legislador com a criação desta variedade de regimes é individualizar ao máximo a pena a ser cumprida, de modo a tornar a execução compatível com cada condenado.

Ou seja, o Código Penal estabelece diretrizes para que o mandamento constitucional que fundamenta a execução penal seja obedecido. É dizer, o Código Penal traz em seu bojo os diferentes regimes de execução de pena e suas regras.

Basicamente, de acordo com o Código Penal, existem três regimes de execução penal, quais sejam, o regime fechado, o regime semiaberto e o regime aberto, assim:

Art. 33: a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Por meio de uma leitura do Código Penal, percebe-se que o legislador adotou a quantidade de pena aplicada como critério norteador do regime prisional. Assim estabelece o parágrafo segundo do predito artigo 33:

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 semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, **poderá**, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Ou seja, a partir da quantidade de pena aplicada ao caso concreto o condenado deverá iniciar a sua pena, no regime adequado.

Além disso, o regime de cumprimento de pena também deverá ser fundamentado com base nas condições judiciais.

Nota-se ainda, que o regime fechado é obrigatório ao condenado a pena superior a oito anos, pois, o verbo utilizado pelo Código de Processo Penal é “deverá<sup>36</sup>”.

Contudo, com relação aos regimes semiaberto e aberto, o juiz deverá fundamentar a aplicação dos regimes com base nas condições judiciais do artigo 59, por expressa disposição do artigo 33, parágrafo 3º do CPP.

Além disso, pelo teor da súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, pode-se impor regime mais gravoso para condenados a pena inferior a oito anos, se houver motivos plausíveis, desde que devidamente fundamentado, sendo certo que a gravidade abstrata do delito não pode justificar tal medida, conforme orientação da súmula 718 do predito Tribunal.

Pela literalidade do Código de Processo Penal, o legislador, ao utilizar o verbo “deverá” proibiu o regime mais brando – semiaberto ou aberto – para condenados superior a oito anos.

Ainda de acordo com o Código Penal Brasileiro, no regime fechado, que é executado em estabelecimento de segurança máxima ou média, “o condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno” (parágrafo 1º do art. 34 do CP).

---

<sup>36</sup> Britto, Alexis Couto de. Execução Penal. p. 228

Contudo, o trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena, sendo certo que o trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas (parágrafo 2º do art. 34 do CP).

No que se refere ao regime semiaberto, ele deverá ser cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e o condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (parágrafo 1º do artigo 35 do CP).

Entretanto, por se tratar de regime mais brando que o fechado, o trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (parágrafo 2º do artigo 35 do CP).

O que se busca no regime semiaberto é ultrapassar o isolamento total do regime fechado, para que, aos poucos o preso possa internalizar a perspectiva reintegradora do sistema progressivo.<sup>37</sup>

Com relação ao regime aberto, ele deve ser cumprido em casa de albergado ou estabelecimento adequado, sendo certo que ele se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (parágrafo 1º do artigo 36 do CP).

Assim, o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (parágrafo 1º do artigo 36 do CP).

Como se vê, no Brasil, três são os regimes de execução de pena, quais sejam, o fechado, o semiaberto e o aberto, cada qual funcionando com suas regras específicas.

Ainda com relação aos regimes de execução penal, é importante mencionar que as penas privativas de liberdade deverão ser cumpridas de forma progressiva, por expressa disposição do artigo 33, parágrafo segundo do Código de Processo Penal, ressalvada a hipótese de regressão.

---

<sup>37</sup> Prado. Luis Regis Direito de Execução Penal. p. 117

Assim, o sistema progressivo atende aos fins da própria execução penal, de forma a preparar o condenado para o convívio em sociedade.

Neste sentido, “a reinserção social do condenado constitui um dos objetivos fundamentais da execução penal, de forma que o Estado deve providenciar todos os aparatos para sua efetivação<sup>38</sup>”.

Dentro desse contexto, para ter direito a progressão de regime, o artigo 112 da Lei de Execução Penal estabelece o seguinte:

“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”.

Ou seja, o condenado, em regra<sup>39</sup>, para ter direito à progressão de regime deve cumprir ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento.

Assim, a decisão a respeito da progressão, isto é, se o condenado merece sair do regime mais rigoroso para o menos rigoroso será sempre decidido fundamentadamente pelo Juiz (§1º da Lei de Execução Penal).

A progressão por salto é expressamente proibida pela Lei de Execução Penal, ou seja, se o condenado está no regime fechado deverá obrigatoriamente passar pelo regime semiaberto para depois, em cumprindo os requisitos legais, poder progredir para o regime aberto.

O sistema progressivo inspira-se em um modelo em que o condenado atinge metas para conquistar maior aproximação com a liberdade. De acordo com Alexis:

---

<sup>38</sup> Prado, Luiz Regis. Direito de Execução Penal. p. 32

<sup>39</sup> Em regra pois a fração pode variar. A regra é 1/6. Contudo, para crimes hediondos 2/5, se primário e 3/5 se reincidente.

“o modelo progressivo (Mark system) pressupõe a conquista, pelo condenado, de estágios graduais de liberação. Por isso, os regimes teriam que ser conquistados de forma paulatina, passando-se do fechado ao semiaberto e deste, para o aberto<sup>40</sup>”.

De outro lado, além da progressão de regime há a hipótese de regressão que se traduz no fato de o condenado seguir ao regime mais severo. Neste sentido, conforme afirma Renato Marcão:

“Se por um lado o mérito do condenado, detectado no cumprimento da pena, autoriza a progressão até que alcance a liberdade definitiva, a ausência de mérito é causa determinante de sua regressão, que implicará a ordem inversa da progressão. Vale dizer: a regressão acarreta o retorno ao regime semiaberto, estando o condenado no aberto, ou ao fechado, se na ocasião se encontrar no regime intermediário ou semiaberto<sup>41</sup>”

As condutas que ensejam a regressão estão previstas no artigo 118 e parágrafo primeiro da Lei de Execução Penal e se resumem na prática de fato definido com crime ou falta grave; na condenação por crime anterior cuja pena somada ao restante da pena em execução impossibilite o regime ou, ainda, se o condenado frustrar os fins da execução penal ou não pagar a multa cumulativamente aplicada.

Aqui, por supinamente relevante mencionar que em havendo causa para regressão de regime de pena, há de se respeitar os princípios da legalidade e, em decorrência dele, os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois:

---

<sup>40</sup> Execução Penal. Alexis Couto de Brito. P. 238.

<sup>41</sup> Marcão, Renato. Curso de Execução Penal. 2009

“a regressão de regime prisional é medida judicial de intensa gravidade que afeta os destinos da execução e revela-se extremamente danosa aos interesses do condenado. De tal sorte, antes de sua efetivação é imperioso proceder à oitiva deste, permitindo-lhe o exercício pleno de sua mais ampla defesa, observada ainda, o contraditório constitucional. O desrespeito a tais princípios acarreta flagrante e odioso constrangimento ilegal<sup>42</sup>”

Em conclusão, no sistema brasileiro existem três tipos de regimes de cumprimento de pena, quais sejam, o aberto, o semiaberto e o fechado, sendo certo que a passagem de um para o outro deve atender ao próprio fim da execução penal que é o de ressocializar o condenado para que volte a viver em sociedade, daí podendo-se falar em sistema progressivo ou regressivo.

Neste contexto, deve ser assegurado ao condenado, alvo de eventual regressão, o direito a ampla defesa pois, “é inconcebível no Estado Democrático de Direito minimamente democrático, a atuação jurisdicional *ex officio*, sendo obrigatória a manifestação da defesa, antecedente a qualquer decisão que altere materialmente a situação do cidadão condenado<sup>43</sup>”

---

<sup>42</sup> Ob. cit. p. 155

<sup>43</sup> Ob. cit. 156 apud TJRGS, HC 70004809729, 5ª CCrim. Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho. 28.02.2008. Revista de Estudos Criminais nº 9, 2003. P. 139.

#### 4. O PROBLEMA DA FALTA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO

O problema da falta de vagas no regime semiaberto não é novidade em nosso Estado Democrático de Direito. Com tantas tecnologias, basta entrar no site do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN<sup>44</sup> para notar dos “*Relatórios Estatísticos – Analíticos do sistema prisional*” lá presentes, que a questão da inexistência de vagas para os presos no regime semiaberto é bem antiga.

Neste sentido, como exemplo, tem-se o relatório dos presídios de São Paulo de 2010, denominado “Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos”, que informa, dentre outros dados, um total de 20.793 presos no regime-semiaberto, para uma capacidade de apenas 13.865 vagas.

Ou seja, não é de hoje que a população carcerária do regime semiaberto está sem vagas.

Em pesquisa mais recente, o Departamento Penitenciário Nacional constatou que São Paulo é o estado com o maior número de presos, isto é, tem 219.053 pessoas privadas de liberdade, montante que corresponde a cerca de 36% da população prisional do país<sup>45</sup>.

E, de acordo com a predita pesquisa, para cada pessoa no regime semiaberto, há aproximadamente 3 no fechado<sup>46</sup>. Além disso, no sistema prisional, apenas 18% das vagas é destinada ao regime semiaberto<sup>47</sup>.

Dentro desse quadro, algumas posições doutrinárias surgiram a respeito da falta de vagas no regime semiaberto, isto é, caberia ao condenado aguardar a vaga no regime fechado ou, então, caberia ao preso aguardar a vaga no regime aberto?

---

<sup>44</sup><http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>, acessado em 21.08.2015

<sup>45</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN - Junho 2014. p. 17

<sup>46</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN - Junho 2014. p. 18

<sup>47</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN - Junho 2014. p. 25

Para Renato Marcão o condenado ao regime semiaberto que não dispõe de vaga deve aguardá-la no regime fechado pois:

“ (...) em sede de execução criminal, a ausência de vaga em regime adequado deve ser erigida à condição de motivo de força maior a justificar permanência na modalidade mais gravosa.

Ao determinar-se para o crime, o condenado assume o risco previsível de ficar trancafiado.

Não se deve reconhecer constrangimento ilegal a autorizar a concessão de benefícios não previstos em lei ante a momentânea ausência de vaga em estabelecimento adequado e a permanência em regime mais gravoso.

Nem mesmo em caráter cautelar se deve admitir tal decisão<sup>48</sup>”.

Ou seja, para o predito autor, diante da ausência de vagas no regime semiaberto, não há possibilidade de o condenado ao regime semiaberto aguardar a vaga em regime aberto pois, em síntese, “ao determinar-se para o crime, o condenado assume o risco previsível de ficar trancafiado”.

Em posição contrária, Guilherme de Souza Nucci afirma que o condenado ao regime semiaberto deve aguardar a vaga no regime aberto, pois:

“ (...) não há nenhum cabimento em se determinar aguarde o preso, em regime fechado, a vaga no semiaberto, ao qual tem legítimo direito por sentença condenatória.

Deve ser imediatamente transferido ao semiaberto, independentemente de “fila”; não cumprindo a decisão, além da responsabilidade funcional do integrante do Executivo, deve-se transferir o sentenciado ao aberto, para que ali aguarde a vaga no semiaberto, ou até mesmo nesse regime permaneça, conforme as condições do caso concreto<sup>49</sup>”

---

<sup>48</sup> Marcão, Renato. Curso de Execução Penal. p. 133. 2009.

<sup>49</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Forense. P. 348.

Para Alexis Couto de Britto, ante a ausência de vagas no regime semiaberto, o Estado deve tomar as providências necessárias, não sendo legítima transferir a ineficiência estatal ao preso:

“(...) a ineficiência do Estado não poderá ser transferida ao cidadão, ainda que este seja um condenado. A Administração Pública deverá empreender esforços para concretizar o determinado em lei, sob pena de esvaziar a função do poder legislativo, atuando somente no que entender melhor. Justificativas do tipo “alto custo do sistema carcerário” não podem tolher o direito do preso de progredir de regime, estando preenchidos os requisitos legais.

(...) Divergimos também de fundamentos metafísicos derivados da consciência do autor do crime, que ao enveredar pela prática criminosa deve assumir as consequências de seu ato, o que significaria sofrer o que fosse imposto pelo Estado. De fato, deve assumir as consequências legais, previstas para cada tipo penal em espécie, o que nada tem a ver com a não assunção por parte do Estado da consequência de seus atos, quando não realiza os investimentos necessário para atingir os seus fins”<sup>50</sup>.

Ainda com relação as posições que se formaram a respeito da falta de vagas, há o posicionamento de José Carlos Daumas Santos, segundo o qual o desrespeito ao regime inicial de cumprimento de pena configura desvio, além de o condenado não poder arcar com a desídia estatal:

“O desatendimento do regime inicial imposto na sentença por falta de vagas implica desvio de execução.

Parece-nos que a questão de vagas é crítica quando se fala em regime semi-aberto ou em regime aberto, porque, no regime fechado, tendo em vista a superlotação crônica dos presídios e das cadeias públicas, o problema não existe. Tanto o cumprimento de mandado de prisão como o cumprimento das ordens para regressão de regime acontecem sem que se verifique a existência ou não de vagas, isto é, os presos vão sendo amontoados em locais impróprios, inadequados, superlotados”.

(...) Entendemos, destarte, que o condenado a cumprir pena no regime semi-aberto não poderá arcar com a desídia do Estado, de modo que, não existindo vaga naquele regime, deverá aguardá-la no regime aberto, na modalidade domiciliar. Exigir que ele aguarde a vaga no regime fechado fere o princípio da legalidade.

---

<sup>50</sup> Brito. Alexis Augusto Couto. Execução Penal. p. 239-240.

(...) Todavia é compreensível e até aceitável a existência de lisa de espera para a obtenção da vaga, desde que isso não implique manter o preso no regime mais rigoroso<sup>51</sup>.

Como se percebe, a doutrina firmou posições em dois sentidos, quais sejam, uma contra a possibilidade de o condenado aguardar a vaga no regime fechado pois a sociedade não pode correr riscos por uma ineficiência estatal e, outra pela possibilidade de o condenado aguardar a vaga em regime aberto pois a ineficiência do Estado não pode ser atribuída ao indivíduo<sup>52</sup>.

Todavia, não só na doutrina firmaram-se posições diferentes, mas, também na jurisprudência, o que poder-se-á observar no próximo tópico em que analisar-se-á quatro julgados, dois que se posicionam contra a possibilidade do condenado aguardar a vaga no regime similar ao semiaberto e outros dois que admitem tal possibilidade, diante da falta de vagas no regime semiaberto.

---

<sup>51</sup> Princípio da Legalidade na Execução Penal. José Carlos Daumas Santos. p. 54-57

<sup>52</sup> Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Forense. p. 346.

## 5. ANÁLISE DE JULGADOS

O primeiro julgado a ser analisado é o acórdão registrado sob número 2015.00004836887 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Trata-se de habeas corpus nº 2049925-09.2015.8.26.0000, da Comarca de Marília, em que o paciente, por meio do Impetrante pugnava pela transferência do regime fechado ao regime semiaberto.

O Acórdão acabou ementado da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. ESPERA DE VAGA PARA REGIME SEMIABERTO NO FECHADO. TRANSFERÊNCIA DETERMINADA PELA AUTORIDADE COATORA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. (TJSP. Rel. Des. Otávio Henrique. 9ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 2049925-09.2015.8.26.0000. 02 de julho de 2015).

Ou seja, da leitura da ementa percebe-se que o habeas corpus foi denegado.

Contudo, convêm analisar os motivos pelos quais a decisão foi tomada pois, como pôde-se perceber alhures, duas posições se formaram a respeito da possibilidade de o preso aguardar a inexistente vaga do regime semiaberto em regime mais brando.

De acordo com o caso em questão, o Paciente alegava que *“está suportando constrangimento ilegal, visto que mantido em regime prisional fechado apesar de beneficiado com a progressão ao semiaberto, ante a falta de vaga em estabelecimento adequado, razão pela qual aguardava, liminarmente, a sua imediata transferência ou espera em prisão albergue domiciliar”*.

Ou seja, o Paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto e, tendo em vista a ausência de vagas no precitado regime, permanece no regime fechado.

De acordo com o acórdão em estudo, o Paciente foi beneficiado com a progressão do regime fechado ao semiaberto no dia 13.02.2015, e desde que a decisão de progressão foi tomada, determinou-se a expedição de ofício à Autoridade competente para remoção a estabelecimento adequado.

Contudo, como não havia vagas no estabelecimento semiaberto, o preso aguardava a vaga no regime fechado.

Segundo o acórdão analisado, *“não se pode falar na presença de constrangimento ilegal a ser reparado por intermédio desta ORDEM”*.

E isso porque, conforme o acórdão em questão:

“A remoção do PACIENTE depende de providências do Poder Executivo e a demora em sua efetivação não pode ser debitada ao Poder Judiciário”.

“O entendimento encontra eco em Julgado dos nossos Tribunais, no sentido de que “o réu condenado a cumprir pena no regime prisional semiaberto, que no entanto cumpre-a no fechado, não sofre constrangimento ilegal, quando a situação se deve a questão meramente administrativa (in RJTDTA., 26/241)”.

“Ademais, a inobservância rigorosa da ordem cronológica de remoções representaria ofensa ao direito de outros presos que também aguardam tal providencia e, por consequência, ao princípio da isonomia”.

“Incabível a transferência provisória do PACIENTE para regime menos rigoroso ao qual não tem direito segundo as determinações do título executivo penal e as determinações do Juízo das Execuções Criminais, cuja competência jurisdicional não pode ser desconsiderada”.

“Assim, denega-se a presente ORDEM DE HABEAS-CORPUS”.

De acordo com o julgado não seria correto transferir o preso do regime fechado ao semiaberto, pois, apesar de ter sido beneficiado com a progressão, a falta de vagas é uma questão administrativa que não pode ser debitada ao Poder Judiciário.

Além disso, a transferência ofenderia o princípio da isonomia na medida em que outros presos também aguardam tal providência, devendo-se seguir a ordem cronológica.

Assim, beneficiar um preso em detrimento de outro que aguarda a vaga na mesma situação ofenderia o princípio da isonomia.

Todavia, apesar da decisão emanada neste *habeas corpus*, no sentido de o preso não sofrer constrangimento ilegal quando aguarda a sua vaga (do regime semiaberto) no regime fechado, é certo que, não parece ser a decisão mais consentânea com os princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana.

E isso porque, tal decisão que determina que o preso aguarde a vaga do regime semiaberto, no regime fechado fere os princípios da dignidade da pessoa humana e legalidade estudados anteriormente.

É bem verdade que deve-se seguir uma ordem cronológica e também que a falta de vagas se deve a uma questão do Poder Executivo que deveria ter investido muito mais tempo e dinheiro na estrutura do sistema carcerário.

Assim, de um lado da referida decisão está o princípio da isonomia, mas, de outro, estão os princípios da legalidade e da dignidade humana.

Como já se disse anteriormente, o princípio da legalidade se deve ao fato de dar ao condenado somente aquilo que a lei determina (nada mais, nada menos). Já o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de sua complexidade definição, estabelece um mínimo intangível que deve ser respeitado.

Desta forma, entende-se que a decisão emanada neste *habeas corpus* não respeitou os princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana ao determinar que o condenado aguardasse a vaga em regime fechado, ou seja, regime mais rigoroso daquele que teria direito, haja vista que foi beneficiado com a progressão.

O segundo julgado a ser analisado é o acórdão registrado sob número 2015.0000485872 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Trata-se de habeas corpus nº 0032101-71.2015.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que o paciente, por meio de Impetrantes pugnavam pela transferência do regime fechado ao regime semiaberto.

O Acórdão acabou ementado da seguinte forma:

Habeas Corpus. EXECUÇÃO PENAL. Paciente progredido ao regime semiaberto. Ausência de vaga. Manutenção no fechado. Constrangimento ilegal configurado. Sentenciado aguardando vaga há mais de três meses. Lapso que ultrapassa a razoabilidade. Colocação provisória em prisão albergue domiciliar. Admissibilidade. Ordem concedida. (TJSP. Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo. 16ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 0032101-71.2015.8.26.0000. 07 de julho de 2015).

Da leitura da ementa do presente *habeas corpus* julgado, ora em análise, percebe-se que foi concedido.

Assim, necessário se faz analisar os motivos que levaram a concessão da ordem de *habeas corpus*, pois, a matéria de direito trata do mesmo assunto anteriormente analisado, qual seja, a transferência do regime fechado ao semiaberto quando inexistem vagas no regime fechado.

Em síntese, de acordo com o julgado “o paciente, embora promovido para o regime semiaberto em 01.04.2015, ainda se encontra sob o rigor do regime fechado por falta de vagas em estabelecimento adequado. Desse modo, configurado estaria o excesso da execução pela inércia do Estado, permanecendo em regime mais gravoso enquanto aguarda o surgimento de vaga”.

Neste acórdão verifica-se o seguinte trecho que explica a delicada situação da questão aqui estudada:

“a questão é tormentosa, principalmente por cuidar de conflito de interesses primários: de um lado, o direito do sentenciado de cumprir a pena nos estritos limites da condenação, observados os incidentes da execução e, de outro, o direito da sociedade à segurança e proteção do Estado”.

Ou seja, o próprio Estado - por meio do Poder Judiciário - reconhece a difícil situação da matéria de direito, pois, de um lado está o princípio da legalidade e, de outro, o direito da sociedade à segurança.

De acordo com a decisão aqui estudada:

“Verifica-se que, após decorridos mais de 3 (três) meses da decisão que progrediu o paciente ao regime intermediário, que Danilo ainda se encontra sob o rigor de regime mais gravoso. Não foi realizada a remoção determinada pelo MM. Juiz da Vara das Execuções, de modo que tal transcurso de tempo configura uma delonga excessiva atribuída unicamente à deficiência da Administração Pública em atender a demanda por vagas nos estabelecimentos penitenciários do Estado, o que não mais se pode tolerar”.

Frise-se, ademais, que não é apenas o direito individual do paciente que está sendo violado, mas também o conteúdo de uma ordem judicial, o que não se pode admitir.

Em tais hipóteses, a jurisprudência tem entendido que, ante a falta de vagas no regime semiaberto, deva ser o detento removido para o aberto, ou colocado em prisão albergue domiciliar, para evitar punição além do que foi estabelecido na decisão judicial.

(...) Por tais fundamentos, pelo meu voto, concedo a ordem a fim de que DANILO AUGUSTO DA SILVA seja imediatamente colocado em prisão albergue domiciliar, até que surja a vaga em estabelecimento adequado, qual seja, o semiaberto”.

Ou seja, por meio desta decisão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que o condenado aguardasse a vaga do regime semiaberto em prisão albergue domiciliar pois, submeter o preso a regime mais rigoroso do que aquele estabelecido pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais configura constrangimento ilegal.

Neste caso, também os princípios da legalidade e da dignidade humana pairam sobre a presente decisão.

Assim, por meio da referida decisão, respeitou-se, os princípios processuais penais da legalidade e dignidade da pessoa humana pois, a manutenção do condenado no

regime fechado estabeleceria uma punição mais rigorosa daquela que foi anteriormente determinada.

O terceiro julgado a ser analisado é o acórdão registrado sob número 2015.0000472354 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Trata-se de habeas corpus nº 2042716-86.2015.8.26.0000, da Comarca de Presidente Prudente, em que o paciente, por meio do Impetrante pugnava pela transferência do regime fechado ao regime semiaberto.

O Acórdão acabou ementado da seguinte forma:

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. VAGA AINDA INEXISTENTE. PRETENDIDA IMPOSSIBILIDADE DE SEU DESCONTO EM REGIME DISTINTO, EM FACE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E ATÉ QUE VENHA A VAGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA (TJSP. Rel. Des. Luis Soares de Mello. 4ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 2042716-86.2015.8.26.0000. 30 de junho de 2015).

Ou seja, da leitura da ementa percebe-se que o habeas corpus foi denegado.

Contudo, novamente, convêm analisar os motivos pelos quais a decisão foi tomada.

De acordo com a decisão em estudo:

“Foi condenado o paciente a descontar pena, inicialmente, em regime fechado, obtendo, posteriormente, progressão ao sistema intermediário”.

À falta momentânea de vagas, continua o desconto no fechado, até que venha aquela”.

Não há constrangimento ilegal até aqui, data vênua, como tem pensado a C. Câmara neste e em casos afins”

Afinal, o regime de cumprimento da pena será sempre o sentencial (aqui fechado), e o benefício é a exceção.

Assim e se faltam vagas, em tese, em sistema mais brando de progressão, o aguardo deverá se dar no sistema sentencial.

Do contrário, reprise-se, estar-se-á outorgando benefício não dado e praticamente colocando em liberdade muito antes do tempo, preso que a tanto e até aqui não faz jus a isto.

A vingar a posição eventualmente contrária, colocar-se-iam na progressão de regime fechado para o semiaberto, todos os presos diretamente ao regime aberto, o que não pode ser aceitável.

Afinal não é esta a progressão.

Repita-se: em tese, o regime sentencial é o de cumprimento da pena; a progressão, o benefício.

Impossível esta, por motivos quaisquer, continua-se no regime da sentença, até que o motivo impeditivo desapareça.

Como se vê, não há constrangimento ilegal, com a situação, a ser reparado via remédio heroico”.

Como se vê, neste caso, decidiu-se que não havia constrangimento ilegal, pois, em síntese, admitir que o preso passe para o regime de prisão albergue domiciliar na ausência de vagas do regime semiaberto, seria o mesmo que permitir uma progressão não prevista em lei e, assim, todos os presos nesta situação deveriam ser colocados em regime aberto.

Contudo, pode-se dizer, mais uma vez, que a decisão não parece ser a mais consentânea com os princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana, pois, permitir a permanência do condenado em regime mais rigoroso daquele que faz jus, não se coaduna com os preditos princípios processuais penais.

O quarto e último acórdão a ser analisado é o de número 2015.0000970999 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Trata-se de habeas corpus nº 2254690-39.2015.8.26.0000, da Comarca de Santo André, em que o paciente, por meio de Impetrantes pugnavam pela transferência do regime fechado ao regime semiaberto.

O Acórdão acabou ementado da seguinte forma:

Habeas Corpus Paciente beneficiado com a progressão ao regime semiaberto Ausência de vaga Culpa do Estado - Reconhecimento de constrangimento ilegal Concessão da ordem, para determinar a imediata transferência do paciente para estabelecimento onde possa cumprir a pena em prisão albergue domiciliar até o surgimento da vaga esperada em estabelecimento adequado ao regime prisional que lhe foi concedido, qual seja, o semiaberto. (TJSP. Rel. Des. Borges Pereira. 16ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 2254690-39.2015.8.26.0000. 15 de dezembro de 2015).

Da leitura da ementa do presente *habeas corpus* julgado, ora em análise, percebe-se que foi concedido.

Assim, necessário se faz analisar os motivos que levaram a concessão da ordem de *habeas corpus*, pois, a matéria de direito trata, novamente, do mesmo assunto anteriormente analisado, qual seja, a transferência do regime fechado ao semiaberto quando inexistem vagas no regime fechado.

De acordo com a decisão ora analisada:

Consta dos autos que, o ora paciente, em cumprimento de pena no Centro de Detenção Provisória de Santo André, foi beneficiado com a progressão ao regime semiaberto por decisão datada de 22 de setembro de 2015 (fls.13).

No entanto, alega a D. impetrante, que o paciente permanece custodiado em regime fechado, o que configura constrangimento ilegal, passível de reparação pelo presente remédio heroico.

A ordem deve ser concedida, para que o paciente seja imediatamente transferido para estabelecimento onde possa cumprir a pena em prisão albergue domiciliar, até que surja a vaga esperada em estabelecimento adequado ao que lhe foi concedido, qual seja, o semiaberto.

Em que pese tenha o diligente Magistrado adotado providências para remoção do paciente ao regime pertinente, como a execução da pena já foi iniciada, não deve ser mais tolerado seu recolhimento em regime diverso do qual faz jus, por conta das notórias e insuperáveis dificuldades do Estado em administrar seus presídios, até porque não contribuiu para situação de falência do sistema prisional.

Está se tornando hábito a falta de vagas no regime semiaberto e interrogativa a época em que será nele colocado o paciente, cuja situação não pode ser agravada por óbices administrativos.

Ressalte-se que, aqui, não é só o direito individual do paciente que está sendo violado, mas também o conteúdo de um ordenamento judicial, o que não se pode admitir.

Para hipóteses como esta, a Jurisprudência tem entendido que cabe a determinação de transferência imediata do reeducando a regime menos gravoso, ainda que mais leve do que o que lhe fora concedido, sob pena de caracterização de constrangimento ilegal.

Nesse sentido o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça como se observa nos seguintes julgados:

**EXECUÇÃO PENAL. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. PROGRESSÃO DE REGIME. CONCESSÃO. SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA. RECONHECIMENTO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CUMPRIMENTO NO REGIME ABERTO OU PRISÃO DOMICILIAR.**

*A inexistência de vaga no estabelecimento pena adequado ao cumprimento da pena permite ao condenado a possibilidade de ser encaminhado a outro regime mais brando, até que solvida a pendência. Se, por culpa do Estado, o condenado não vem cumprindo a pena no regime fixado na decisão judicial (semiaberto), está caracterizado o constrangimento ilegal. REsp 574511/SP; RECURSO ESPECIAL 2003/0139712-5 Relator(a) Ministro PAULO MEDINA (1121) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 23/08/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 10.10.2005 p. 451.*

**HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA. CUMPRIMENTO ABERTO, EM DOMICÍLIO. TEMPO A SER SOPESADO NA PROGRESSÃO. RECOLHIMENTO. CONSTRANGIMENTO.** Segundo orientação firme desta Corte, a inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao cumprimento da pena permite ao réu a possibilidade de ser encaminhado a outro mais brando, até que solvida a pendência. Neste caso, é mais do que natural que o tempo transcorrido no regime anormal seja computado para efeito do benefício da progressão, causando constrangimento a decisão em contrário. Ordem concedida para que o Paciente continue no regime aberto até que resolvidas as questões pendentes acerca de vaga no estabelecimento do regime da sentença e da possibilidade da progressão.

*Recurso especial DESPROVIDO. HC 35237/SP; HABEAS CORPUS 2004/0062178-9. Relator(a) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (1106) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 26/10/2004. Data da Publicação/Fonte DJ 29.11.2004 p. 359.*

Ante o acima exposto, CONCEDE-SE A ORDEM de *habeas corpus* para determinar seja o paciente GABRIEL THOMAZ DE ARAÚJO, imediatamente transferido para estabelecimento onde possa cumprir a pena em prisão albergue domiciliar, até que surja a vaga esperada em unidade prisional adequada ao regime correspondente ao que lhe foi concedido, qual seja, o semiaberto.

Após a leitura do acórdão acima, pode-se perceber que a decisão afirma que não deve ser mais tolerado o recolhimento do condenado em regime diverso do qual faz jus, por conta de dificuldades do Estado. Aliás, a referida decisão afirma também que a situação atual é de falência do sistema prisional.

Neste sentido, segundo a decisão em análise tornou-se comum que, diante da falta de vagas no regime semiaberto o condenado seja colocado em regime fechado, o que não poderia ocorrer, pois, de acordo com a própria decisão “não é só o direito individual do paciente que está sendo violado, mas também o conteúdo de um ordenamento judicial, o que não se pode admitir”.

Diante da análise desses quatro acórdãos acima analisados pode-se perceber duas posições diametralmente opostas.

Em síntese, dois dos acórdãos analisados, quais sejam, o de número 2015.000047354 e 2015.0000483687, ambos do Tribunal de Justiça de São Paulo adotam o entendimento e decidem que, no caso de falta de vagas no regime semiaberto, o preso deve aguardá-la no regime fechado, seja porque não seria possível transferi-lo ao regime mais brando por falta de previsão legal, seja porque a inobservância da ordem cronológica ofende o princípio da isonomia.

Os outros dois acórdãos analisados, quais sejam, os de número 2015.0000485872 e 2015.0000970999 adotam a posição e decidem que, diante da falta de vagas no regime semiaberto, o preso deve ser imediatamente transferido ao regime adequado, qual seja, o mais brando, seja porque não se pode admitir a situação mais gravosa por óbices administrativas, seja porque não seria apenas o direito individual do preso que estaria ferido, mas, a ordem judicial que determinou a progressão ao regime semiaberto.

Assim, diante de tais decisões, pode-se perceber que a questão aqui estudada passa necessariamente pela análise dos precitados princípios (legalidade e dignidade da pessoa humana), embora não comentados expressamente pelas referidas decisões.

Isso porque, quando se decide que, diante da falta de vagas do regime semiaberto, possa o condenado de aguardar a vaga em regime aberto ou prisão albergue

domiciliar, entende-se que os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana foram respeitados.

Por outro lado, quando por falta de vagas no regime semiaberto, a decisão determina a permanência do preso em regime fechado entende-se que os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana não foram devidamente observados<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> É importante anotar, a respeito do tema aqui estudado e das posições e decisões citadas, há também o Recurso Extraordinário número 641320/RS, em que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral do tema, mas, que ainda está pendente de julgamento. Tal Recurso Extraordinário discute a questão aqui estudada e, certamente, após o seu julgamento, a questão poderá sedimentar alguma das posições mencionadas.

## 6. CONCLUSÃO

No processo penal brasileiro podem ser identificadas a fase de inquérito policial, a fase da ação penal e a fase da execução penal.

O auge do processo penal se dá na fase da execução penal quando a pena poderá efetivamente ser imposta ao condenado.

Somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é que nasce para o Estado o direito de executar a pena, isto é, de efetivamente punir o cidadão condenado.

Dentre outros fatores, como por exemplo, as circunstâncias judiciais, o regime de cumprimento de pena depende do montante de pena aplicada, podendo ser fechado, semiaberto ou aberto.

Por expressa disposição legal do artigo 33 do Código Penal, o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado, 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 e, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

O regime fechado deve ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média; o regime semiaberto em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e o aberto em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

A passagem de um regime para o outro deve atender ao próprio fim da execução penal que é o de ressocializar o condenado para que volte a viver em sociedade, daí podendo-se falar em sistema progressivo ou regressivo.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal e Processual Penal tem por função reger as relações sociais que os outros ramos do direito não tiveram êxito em pacificar.

Assim, dentro do processo penal e, ainda que na fase da execução penal, os princípios da legalidade, devido processo legal, individualização da pena e humanidade devem ser rigorosamente observados, além de tantos outros.

A observância aos preditos princípios processuais penais, ainda que em sede de execução penal se justifica porque é inconcebível, no Estado Democrático de Direito qualquer decisão que altere materialmente a situação do cidadão condenado, sem que sejam respeitados os princípios processuais penais que são, na realidade, garantias do cidadão contra o Estado.

O princípio da legalidade representa uma garantia na execução penal e traz segurança jurídica, pois, tem por escopo garantir que tanto o juiz como autoridade administrativa cumpram com as finalidades da pena, garantindo direitos e distribuindo deveres em conformidade com a sentença penal condenatória e com a própria lei.

Assim, o princípio da legalidade como garantia da execução também deve ajustar a atividade penitenciária ao estabelecido na lei, regulamentos e sentenças judiciais.

O princípio da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal), apesar de sua complexidade e alcance indefinido, pode ser entendido como um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, isto é, algo que deveria ser intangível, intransponível e respeitado por todos, sobretudo pelo próprio Estado.

Ou seja, a dignidade humana pressupõe uma execução humana e responsável, dando a cada condenado somente aquilo que lhe foi imposto pela sentença penal condenatória.

Todavia, o condenado ao regime semiaberto ou aquele condenado que foi beneficiado com a progressão de regime para o semiaberto vem sendo obrigado a cumprir pena em regime fechado, muito mais penoso, tendo em vista a insuficiência de vagas no sistema semiaberto.

Assim, os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana vêm sendo constantemente violados pelo próprio Estado que permite o cumprimento de penas em regimes mais gravosos do que àqueles constantes na sentença.

Além disso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII estabelece a proibição das penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis.

Entretanto, a situação dos presídios brasileiros é tão dramática e a falta de vagas tão latente, que não só os princípios da dignidade da pessoa humana e legalidade vem sendo constantemente violados, mas, também, os condenados estão sendo submetidos a tratamentos humilhantes e desumanos na medida em que, conforme constatado pelo próprio Estado, por meio do relatório INFOPEN, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados.

O sistema prisional brasileiro possui 607.731 presos, enquanto dispõe de apenas 376.669 vagas no sistema prisional, ou seja, há um déficit de 231.062 mil vagas.

No que se refere ao regime semiaberto, existem 89.639 pessoas privadas de liberdade no predito regime de cumprimento de pena para um total de apenas 67.296 vagas.

Diante do quadro de inexistência de vagas no regime semiaberto, formaram-se duas posições na doutrina. Uma pela possibilidade de o condenado aguardar a vaga no regime fechado, pois a sociedade não pode correr riscos por uma ineficiência estatal e, outra pela possibilidade de o condenado aguardar a vaga em regime aberto, pois, a ineficiência do Estado não pode ser atribuída ao indivíduo.

A jurisprudência também consolidou suas decisões em dois sentidos. Para alguns julgados seria possível o condenado aguardar a vaga em regime mais brando e para outros julgados não seria possível.

Os julgados que não permitem que o condenado aguarde a vaga do regime semiaberto em regime mais brando decidem que não seria possível transferi-lo ao

regime mais brando por falta de previsão legal e, ainda que a inobservância da ordem cronológica ofende o princípio da isonomia.

Aqueles que decidem que diante da falta de vagas no regime semiaberto, o preso deva ser imediatamente transferido ao regime mais brando, entendem que não se pode admitir a situação mais gravosa por óbices administrativas e, ainda, que não seria apenas o direito individual do preso que estaria ferido, mas, a ordem judicial que determinou a progressão ao regime semiaberto.

Dificilmente a falta de vagas do regime semiaberto terá uma solução breve eis que dos 249.701 presos no regime fechado há somente 67.296 vagas no regime semiaberto e, é certo, todos os presos do regime fechado deverão passar pelo regime semiaberto, tendo em vista o sistema progressivo, sendo certo que o sistema semiaberto já se encontra superlotado.

Por ora, não há solução imediata de modo a corrigir a inexistência de vagas no regime semiaberto. Mas, submeter os condenados a regimes de cumprimento de pena, mais penosos do que aqueles que fazem jus (seja pela sentença judicial, seja pelos benefícios que receberam durante a fase de execução penal) fere os princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana.

Em conclusão, seja pela comprovada condição estrutural dos presídios, seja pelo desrespeito dos limites impostos na sentença, o encaminhamento de condenados ou daqueles que receberam o benefício da progressão ao regime semiaberto, para o regime fechado viola os princípios da legalidade e dignidade da pessoa humana.

## 7. REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. 4ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus nº 2042716-86.2015, 4ª Câmara Criminal. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>. Acessado em 15 de julho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 0023667-93.2015.8.26.0000 – 3ª Câmara Criminal. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>. Acessado em 15 de julho de 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 2049925-09.2015.8.26.0000 – 3ª Câmara Criminal. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>. Acessado em 05 de janeiro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 0032101-71.2015.8.26.0000 – 16ª Câmara Criminal. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>. Acessado em 05 de janeiro de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Habeas Corpus 2254690-39.2015.8.26.0000 – 16ª Câmara Criminal. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br>. Acessado em 05 de janeiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 641320/RS. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acessado em 07 de janeiro de 2016.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN - Junho 2014. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acessado em 17 julho. 2015.

SILVA, Marco Antonio Marques. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques; COSTA José de Faria. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso Brasileira. – São Paulo: Quartier Latin, 2006

\_\_\_\_\_. *Tratado Luso Brasileiro da Dignidade da Pessoa Humana*. Quartier Latin 2ª edição – atualizada e ampliada. 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques; FREITAS, Jayme Walmer. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- BRITO, Alexis Augusto de Couto. *Execução Penal*. São Paulo. Quartier Latin, 2006.
- MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada 2ª edição. Revista, atualizada e ampliada . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. *Execução Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas. 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Forense. 2015.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. Revista dos Tribunais. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2007.
- SANTOS, José Carlos Daumas. Princípio da Legalidade na Execução Penal. Manole. 2005.
- JÚNIOR, Antônio de Padova Marchi; PINTO, Felipe Martins, Execução Penal. Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias. Curitiba: Juruá, 2008.
- FAVORETTO, Princípios Constitucionais Penais. Revista dos Tribunais. 2012.