

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE - SP**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ANÁLISE CRÍTICA DA PROGRESSÃO DE REGIME NO SISTEMA PENAL
BRASILEIRO**

Carlos Henrique Bissoli de Almeida

Presidente Prudente/SP

2020

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE - SP**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**ANÁLISE CRÍTICA DA PROGRESSÃO DE REGIME NO SISTEMA PENAL
BRASILEIRO**

Carlos Henrique Bissoli de Almeida

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*” para obtenção do Título da Especialização em Direito do Penal e Direito Processual Penal sob a orientação do Prof. Me. Florestan Rodrigo Prado

Presidente Prudente/SP

2020

ANÁLISE CRÍTICA DA PROGRESSÃO DE REGIME NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Título de
Especialista em Direito Penal e
Direito Processual Penal.

Prof. Me. Florestan Rodrigo do Prado
Orientador

Prof. Me. Mario Coimbra
Examinador

Rodolfo Ignácio Aliceda
Examinador

Presidente Prudente, 18 de agosto de 2020

“Seja bom com os outros. A distância que você caminha na vida vai depender da sua ternura com os jovens, da sua compaixão com os idosos, sua compreensão com aqueles que lutam, da sua tolerância com os fracos e os fortes. Porque algum dia na vida você poderá ser um deles”.

George Washington Carver

Dedico este trabalho a todos aqueles que contribuem para o desenvolvimento e melhoria da Execução Penal.

AGRADECIMENTOS

Agradecer sempre a Deus pelo dom da vida.

Em especial, agradeço meus pais por todo apoio durante minha trajetória pessoal e acadêmica. Os agradecimentos se estendem a minha irmã e também para minha namorada.

Agradeço, igualmente, aos meus amigos e colegas de estágio na Defensoria Pública, instituição que nos proporciona um pensamento crítico em âmbito penal e executivo penal.

Gratidão a todos meus amigos de faculdade, de pós-graduação e de vida.

Agradeço ao Professor e orientador Florestan Rodrigo do Prado por ter aceito este trabalho e dedicado horas de seu tempo para me auxiliar na realização e conclusão deste trabalho.

Por fim, agradeço ao Professor Mario Coimbra e ao Doutor Rodolfo Ignácio Aliceda, por aceitaram o convite em compor minha banca examinadora.

RESUMO

Com a recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, apelidada como “pacote anticrime”, percebe-se o endurecimento, em alguns pontos, no que tange a progressão de regime no sistema penal brasileiro. O motivo deste trabalho se dá pela busca da relação, caso haja, entre o endurecimento da progressão de regime com o que propõe a Lei de Execução Penal e todo o sistema jurídico brasileiro. Em outras palavras, busca o presente trabalho analisar a viabilidade da progressão de regime em nosso sistema carcerário, isto é, se ele é realmente efetivo e necessário para o fim que se destina a aplicação da sanção penal e o modo como ele atualmente é enfrentado. Com o endurecimento da progressão de regime, o sistema carcerário, que já é considerado como um estado de coisas inconstitucional, tende de convulsionar. Desta forma, o que se busca com a presente dissertação é analisar se o atual sistema progressivo cumpre com a sua função e se há meios de torná-lo mais humano e eficiente. Nesse sentido, diante do aumento da população carcerária e do endurecimento das medidas de progressão de regime, discute-se novas formas e modalidades de progressão de regime no sistema carcerário brasileiro, dando ênfase as medidas alternativas à prisão. Diante desses casos, o trabalho aborda a atual legislação brasileira, buscando analisar a possibilidade ou não, da supressão do atual modelo de progressão de regime no sistema carcerário brasileiro.

Palavras-chave: Sistema carcerário. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Pacote anticrime. Medidas alternativas.

ABSTRACT

Due to a recent legislative change promoted by Law nº 13.964 of December 24th, 2019, its nickname is “anti-crime package”, there has been a hardening, in some points, regarding the progression regime in the Brazilian penal system. This work’s purpose is to search if there is any relationship between the hardening of the progression regime with what the Penal Execution Law proposes and the entire Brazilian legal system. In other words, the present work seeks to analyze the feasibility of the progression regime in our prison system, that is, if it is really effective and necessary for the purpose of applying the criminal sanction and the way it is currently faced. With the hardening of the progression regime, the prison system, which is already considered to be an unconstitutional state of affairs, tends to convulse. Thus, the goal of this dissertation is to analyze if the current progressive system fulfills its function and if there are ways to make it more human and efficient. In this sense, because of the increase in the prison population and the hardening of the progression regime measures, new forms and modalities of the progression regime in the Brazilian prison system are discussed, emphasizing alternative measures to imprisonment. Faced with these cases, this work addresses the current Brazilian legislation, seeking to analyze the possibility or not of the suppression of the current model of progression regime in the Brazilian prison system.

Keywords: Prison system. Custodial sentence. Progression regime. Anti-crime package. Alternative measures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA EXECUÇÃO PENAL.....	10
2.1 Antecedentes da Execução Penal no Brasil.....	10
2.2 Início do Processo de Execução Penal	12
2.3 Princípios da Execução Penal.....	14
2.3.1 Princípio da humanidade.....	15
2.3.2 Princípio da legalidade	18
2.3.3 Princípio da individualização da pena	20
2.3.4 Princípio da proporcionalidade	22
2.3.5 Princípio do <i>numerus clausus</i> (número fechado)	23
2.3.6 Princípio da personalidade	24
3 A PROGRESSÃO DE REGIME NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	26
3.1 Regimes de Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade.....	26
3.1.1 Regime fechado	26
3.1.2 Regime semiaberto	30
3.1.3 Regime aberto.....	33
3.2 Sistema Progressivo	35
3.3 Progressão de Regime e seus Requisitos.....	37
3.3.1 Requisito objetivo	37
3.3.1.1 Progressão nos crimes comuns antes da lei nº 13.964/19.....	37
3.3.1.2 Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados antes da Lei nº 11.464/07	38
3.3.1.3 Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados antes da Lei nº 13.964/19	41
3.3.2 Requisito subjetivo	42

4 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”)	45
4.1 Introdução	45
4.2 Alterações à Lei de Execução Penal – Progressão de Regime	47
4.2.1 Requisito objetivo	48
4.2.2 Requisito subjetivo	53
4.2.3 Vedação de Progressão	53
4.3 O Endurecimento da Progressão de Regime e suas Consequências	54
5 NOVAS ALTERNATIVAS À PROGRESSÃO DE REGIME	59
5.1 A Problemática de Vagas no Sistema Penal Brasileiro	59
5.2 Falência do Atual Modelo Progressivo	61
5.3 Monitoramento Eletrônico: a solução?	64
6 CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Com as recentes alterações promovidas à Lei de Execução Penal, novamente vem à tona a discussão sobre os impactos proporcionados ao sistema carcerário em decorrência do endurecimento das penas e dos requisitos para a obtenção da progressão de regime. Como podemos perceber, muito em decorrência do clamor público, o país está passando por um movimento cada vez mais forte de aprisionamento, o que tende a ser agravado com as mudanças promovidas pela Lei nº 13.964/19, denominada de “Pacote anticrime”. Contudo, a discussão sobre políticas públicas predispostas a amenizar ou a controlar a superlotação carcerária é quase que insignificante, seja pelos legisladores ou até mesmo pelos cientistas jurídicos.

O presente trabalho tem como principal objetivo avaliar as consequências que advirão do enrijecimento das penas e com a crescente dificuldade em se obter o benefício da progressão de regime, analisando a necessidade de ser respeitado o sistema progressivo de cumprimento de penas, que no momento, em razão da falta de vagas no sistema carcerário (um Estado de Coisas Inconstitucional), encontra-se violado. Em decorrência da tentativa de se encontrar medidas aptas a impedir ainda mais a violação daqueles que estão com sua liberdade segregada, o trabalho abordou novas possibilidades de cumprimento de pena privativa de liberdade, trazendo ainda, outras formas progressão de regime, sempre com o intuito de amenizar a superlotação carcerária, que é estrutural e sistêmica. Além disso, o trabalho abordou o desrespeito aos princípios e as finalidades da Execução Penal e como o “Pacote “anticrime” permite que essas violações permaneçam.

Durante o desenvolvimento do presente trabalho, o estudo passou a analisar em seu terceiro capítulo, os regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, bem como o nosso atual sistema progressivo de cumprimento de pena, que se encontra transgredido, dando enfoque à progressão de regime em nosso ordenamento jurídico antes das alterações proporcionadas pela Lei nº 13.964/19.

No quarto capítulo, após analisar os requisitos para a progressão de regime antes de suas alterações, o estudo trouxe, de forma detalhada, as modificações promovidas pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 na Lei de Execução Penal, no que se refere a progressão de regime, elaborando um comparativo entre a antiga e atual legislação, com enfoque nas críticas relacionadas

ao endurecimento (e, em alguns casos, da vedação) dos requisitos para viabilizar a progressão de regime.

Nesse diapasão, o trabalho se preocupou em analisar a problemática relacionada a falta de vagas no sistema carcerário, com o objetivo de demonstrar que o sistema progressivo de cumprimento de penas necessita ser respeitado para que a finalidade da pena seja efetivada. Por fim, o estudo buscou novas alternativas ao cumprimento de pena privativa de liberdade, bem como à progressão de regime, analisando o atual modelo e trazendo outras formas com o objetivo de diminuir a população carcerária, o custo do encarceramento e possibilitar o respeito à dignidade da pessoa presa.

Nesta pesquisa foi utilizado o método dialético, histórico, dedutivo e comparativo, elaborando um contraponto entre a Lei de Execução Penal, o Direito Penal, o sistema carcerário, abordando as alterações proporcionadas pelo “Pacote Anticrime”. O estudo teve embasamento em doutrinas, livros, códigos, jurisprudências, pareceres técnicos, artigos, opiniões de profissionais do direito, além do uso de materiais disponibilizados em plataformas acadêmicas digitais.

2 DA EXECUÇÃO PENAL

Para iniciarmos o estudo, serão abordados neste capítulo os antecedentes, o início do processo executivo, com exposição dos principais princípios e com a apresentação sobre a finalidade da Execução Penal.

2.1 Antecedentes da Execução Penal no Brasil

Após o estabelecimento dos objetivos e dos limites que diferenciavam o Direito Penal e o Direito das Execuções Penais, diversos países passaram a criar normas que regulamentavam as penitenciárias e o Brasil se viu de frente com a primeira tratativa em 1933, com o chamado “Projeto de Código Penitenciário”.

É o que dispõe Barbosa (1982, p.300):

No ano de 1930, a 14ª Subcomissão Legislativa do Regime Penitenciário, constituída por Cândido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Britto e Heitor Pereira Carrilho, tomou a si a ingente tarefa de elaborar um Anteprojeto de Código Penitenciário, trabalho apresentado a 26 de maio de 1933.

Contudo, este projeto não teve seguimento, uma vez que em 10 de novembro de 1937, em razão da Constituição estado-novista, autorizado por Getúlio Vargas, tanto o Parlamento Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais foram dissolvidas, inviabilizando a votação do projeto.

Assim relata Oliveira (2018, s.p):

Em 1933 o jurista Cândido Mendes de Almeida presidiu uma comissão que visava elaborar o primeiro código de execuções criminais da República, que já tinha como princípio a individualização e distinção do tratamento penal, como no caso dos toxicômanos e dos psicopatas. No entanto, o projeto não chegou nem mesmo a ser discutido, em virtude da instalação do regime do Estado Novo, em 1937, que acabou por suprimir as atividades parlamentares.

Em meados de 1956, com a democracia restituída, alguns juristas foram escolhidos com o propósito de elaborar outro Anteprojeto de Código Penitenciário, entre eles, estavam Aníbal Bruno e Roberto Lyra.

A partir de 1961, com a repentina promoção de Jânio Quadros, fora determinado que seu Ministro da Justiça organizasse uma reforma no sistema penal,

principalmente no Código Penal, que vigorava (e ainda vigora) desde o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Além da participação na elaboração do Código Penal, Nelson Hungria novamente foi lembrado para reformar as matérias em âmbito penal, conforme descreve Licínio Barbosa (1982, p.301):

Veio, contudo, a mudança de governo. Com a ascensão de Jânio Quadros, este determinaria a seu Ministro da Justiça que promovesse a reforma de todo o sistema penal, a começar pelo Código Penal. Nelson Hungria seria convocado para elaborar o primeiro Anteprojeto da reforma penal.

Entretanto, com a renúncia de Jânio Quadros, em 1963, no governo de João Goulart, o jurista Roberto Lyra iria apresentar o chamado Anteprojeto de Código de Execuções Penais, contudo, em 1964 sobreveio a Ditadura Militar.

Relata o ocorrido, Alexis Couto de Brito (2020, p.85):

Poucos anos mais tarde, em 1963, Roberto Lyra, que havia recusado o convite em 1956, foi convidado para elaborar outro anteprojeto para o regime da matéria, por ele batizado de Código das Execuções Penais. Os profundos conhecimentos criminológicos do autor proporcionaram a elaboração de um texto coeso e renovador que, em caso de aprovação, humanizaria o tratamento prisional à altura das legislações mais modernas

No período da Ditadura Militar, sob o comando de Ernesto Geisel, promoveu-se várias alterações na legislação penal, no que se referia ao cumprimento das penas privativas de liberdade, de modo que a Lei nº 6.416/1977 alterou o Código Penal, Processual Penal e a Lei de Contravenções Penais. Ressalta-se ainda, que em 1969 houve a tentativa de criação de um novo Código Penal, contudo, sua vigência foi adiada várias vezes e a Lei nº 6.578 de 11 de outubro de 1978 revogou sua vigência.

Ocorre que, somente com a chegada do então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel ao Ministério da Justiça é que o governo de João Figueiredo, após os flertes com a democracia, viabilizou a esperada reforma penal.

É o relato de Licínio Barbosa (1982, p.302):

No ano de 1980, com a autoridade de Relator da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a Violência no País, de que dá notícia o Diário do Congresso Nacional, de 4 de junho de 1976, Suplemento ao nº 61, o Ministro Abi-Ackel desencadearia o processo pela reformulação do sistema penal brasileiro. Coordenada pelo Prof. Francisco de Assis Toledo, aparecia, em fevereiro

deste ano, o Anteprojeto da Parte Geral do Código Penal. Exumar-se-ia o Anteprojeto de Código de Processo Penal, retirado do Congresso Nacional pelo Governo Geisel, e mandou-se publicá-lo, remodelado, pela Portaria nº 320, de 26 de maio último, com apresentação do próximo Ministro da Justiça. E logo mais, pela Portaria ministerial nº 429, de 22 de julho, se autorizaria a publicação do Anteprojeto de Lei de Execução Penal.

Após prevalecer a vontade de cada administrador penitenciário e passados mais de meio século na tentativa de criação de uma lei executiva penal, em 1983 é aprovado o projeto de Lei do Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, o qual instituiu a atual e vigente Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984).

Descreve o ocorrido, Claudia Rafaela Oliveira (2018, s.p):

Concluído no ano de 1982, o Projeto de Lei n. 1.657 foi encaminhado ao Congresso Nacional em 29 de junho de 1983, e publicado no Diário do Congresso Nacional em 1o de julho do mesmo ano. Na Câmara dos Deputados, o Projeto sofreu algumas emendas, transformando-se na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, em vigor a partir de janeiro de 1985, seis meses após sua publicação.

Deste modo, conforme relatado, a atual Lei de Execução Penal sofreu diversos empecilhos para se chegar a uma conclusão. Além do mais, com o passar dos anos ela vem sofrendo com a ingerência de várias normas, o que atualmente não é diferente, como pode-se observar pela recente modificação proporcionada pelo “Pacote anticrime” (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019).

2.2 Início do Processo de Execução Penal

Para se chegar até o momento de se executar a pena imposta pelo Estado, um longo procedimento é percorrido.

A depender do procedimento adotado, a engrenagem penal é iniciada com o cometimento de um fato típico, antijurídico e culpável (teoria do crime – teoria mais aceita pela doutrina nacional), sendo apurado por um inquérito policial ou termo circunstanciado, passando pelo oferecimento da ação penal pelo seu titular. Muitos autores afirmam que o início do Processo Penal em si, se dá com recebimento pelo Juiz, seja da denúncia, oferecida pelo membro do Ministério Público ou pela queixa-crime, oferecida pelo querelante.

A partir do recebimento da denúncia ou da queixa-crime, o denunciado passa para a condição de réu, uma vez que é citado para responder ao processo judicial.

Após a citação do réu, logo de imediato é apresentada a resposta à acusação, em que poderá haver a absolvição sumária ou o prosseguimento do processo. Com o prosseguimento, o réu passa pela audiência de instrução, debates e julgamento e em seguida, caso o processo esteja em condições necessárias, o Juiz proferirá a sentença penal.

Com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, inicia-se a fase executiva, com a expedição da guia de recolhimento, conforme dispõe a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984), em seu o artigo 105, que descreve: “transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.

Contudo, existe discussão na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de se iniciar a execução de forma provisória.

Com o intuito de viabilizar os benefícios na seara executiva penal, a jurisprudência adotou a possibilidade de se iniciar de forma provisória a execução da pena, isto é, executar a pena mediante uma condenação ainda pendente de recurso. Essa possibilidade não encontra respaldo na legislação penal, mas sim na Resolução nº 113 de 20/04/2010 do Conselho Nacional de Justiça em seus artigos 8º a 11, que dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências.

Senão vejamos o capítulo referente a expedição da guia de recolhimento provisória:

Art. 8º Tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis.

Art. 9º A guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs, acompanhada, no que couber, das peças e informações previstas no artigo 1º.

§ 1º A expedição da guia de recolhimento provisória será certificada nos autos do processo criminal.

§ 2º Estando o processo em grau de recurso, sem expedição da guia de recolhimento provisória, às Secretarias desses órgãos caberão expedi-la e remetê-la ao juízo competente.

Art. 10. Sobrevindo decisão absolutória, o respectivo órgão prolator comunicará imediatamente o fato ao juízo competente para a execução, para anotação do cancelamento da guia.

Art. 11. Sobrevindo condenação transitada em julgado, o juízo de conhecimento encaminhará as peças complementares, nos termos do artigo 1º, ao juízo competente para a execução, que se incumbirá das providências cabíveis, também informando as alterações verificadas à autoridade administrativa.

Como é sabido, o sistema judiciário carece de celeridade, e não seria razoável que a pessoa do condenado, após a prolação de uma sentença penal condenatória pendente de recurso as instâncias superiores e desde que preenchidos os requisitos, não pudesse progredir de regime, por exemplo.

É o que diz Guilherme de Souza Nucci (2020, pg. 9):

A lentidão da Justiça transformou-se, então, em obstáculo ao exercício do direito de recorrer, pois, se tal se desse, a progressão seria postergada indefinitivamente. Diante disso, os juízos de execução penal, apoiados pelos tribunais, adotaram medida extremamente justa. Passaram a conceder ao condenado, ainda que pendente de recurso seu contra decisão condenatória, a progressão de regime fechado para o semiaberto, se preenchidos os requisitos legais.

Outra questão polêmica surgiu. Caso o órgão acusador interpusesse apelação, não poderia dar início a execução de forma provisória, mas somente quando a defesa apelasse exclusivamente, pois, em tese, a condenação poderia ser alterada. Esse entendimento também foi superado, uma vez que dava margem a apelação do Ministério Público somente para não dar início a execução da pena de forma provisória, prejudicando ainda mais o sentenciado.

Dessa forma, com a Resolução nº 113/2010 do Conselho Nacional de Justiça, possibilita ao Juiz determinar a expedição da guia de recolhimento provisória, permitindo ao condenado e desde que preenchimentos os requisitos previstos em lei, a progressão de regime e entre outros benefícios na seara executiva penal.

2.3 Princípios da Execução Penal

A Execução Penal, assim como o Código Penal e o Código de Processo Penal são orientados por princípios previstos, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto em Tratados e Convenções Internacionais em matéria penal e de direitos humanos.

Quando a Lei de Execução Penal traz em seu bojo princípios, doutrinadores acreditam que estes possuem natureza de norma e como tal, não podem ser violados e nem utilizados para restringir direitos.

Nesse sentido, Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, pg. 31):

Em uma visão penal-constitucional moderna, tais princípios não mais atuam como elementos meramente informadores ou programáticos, possuindo sim força normativa capaz de concretamente tutelar direitos fundamentais das pessoas condenadas.

Ademais, o intuito da previsão de princípios em sede executiva penal, tem o objetivo de limitar do poder estatal em relação a pessoa presa. A partir dessa afirmação, pode-se retirar premissas fundamentais, como bem menciona Roig (2017, pg.31):

A primeira delas é de que jamais um princípio da execução penal pode ser evocado como fundamento para restringir direitos ou justificar maior rigor punitivo sobre as pessoas presas.

[...]

Desta premissa decorre a constatação de que a interpretação dos princípios (e demais normas jurídicas) em matéria de execução penal deve ser *pro homine*, ou seja, sempre deve ser aplicável, no caso concreto, a solução que mais amplia o gozo e o exercício de um direito, liberdade ou garantia.

Assim sendo, após essa breve introdução sobre a importância de utilizar princípios em sede de execução, passaremos a apresentar alguns dos principais, contudo, jamais poderemos nos esquivar da importância de outros princípios norteadores que não serão tratados no presente trabalho, tais como: o devido processo legal, duplo grau de jurisdição, contraditório e ampla defesa, que já estão subentendidos na fase da execução penal.

2.3.1 Princípio da humanidade

O princípio da humanidade pode ser encontrado em múltiplos diplomas internacionais. Podemos encontrá-lo na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 5^o), nas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regra 43²) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (art. 10, item 1³).

Em âmbito nacional, podemos encontrá-lo como sendo corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, com previsão expressa na Constituição Federal de 1988 (art. 1^o, III).

Na Lei de Execução Penal, o princípio pode ser compreendido quando estabelece que as sanções disciplinares não poderão macular a integridade física e moral do condenado (art. 45, §1^o) e quando menciona que na aplicação das sanções disciplinares deverão ser vedadas as celas escuras (art. 45, §2^o).

O mencionado princípio pode ser percebido como uma forma limitadora do poder estatal sobre a pessoa reclusa, sendo considerado como um princípio que engloba todos os outros princípios da Execução Penal.

Dispõe nesse sentido Roig (2017, pg.33):

A busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal fonte ética e argumentativa no princípio da humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito. O princípio da humanidade é pano de fundo de todos os demais princípios penais, e se afirma como obstáculo maior do recorrente anseio de redução dos presos à categoria de não pessoas, na linha das teses defensivas do direito penal do inimigo.

Logo, podemos conceituar o princípio da humanidade como sendo aquele que visa coibir os danos causados pelo poder punitivo, bem como reduzir o

1 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): Artigo 5^o. Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

2 Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (2016): Regra 43 1. Em nenhuma hipótese devem as restrições ou sanções disciplinares implicar em tortura ou outra forma de tratamento ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes. As seguintes práticas, em particular, devem ser proibidas: (a) Confinamento solitário indefinido; (b) Confinamento solitário prolongado; (c) Encarceramento em cela escura ou constantemente iluminada; (d) Castigos corporais ou redução da dieta ou água potável do preso; (e) Castigos coletivos

3 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU (1966): Artigo 10, item 1. Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana.

retrocesso na aplicação do Direito Penal predispostos a prejudicar a humanidade das penas.

Contudo, apesar de vermos normas dispendo sobre o mencionado princípio, verifica-se que na seara executiva ele é mitigado e em alguns casos, desrespeitado.

Dispõe sobre o que ocorre na prática, Guilherme de Souza Nucci (2020, pg. 2):

O princípio da humanidade (art. 5º, XLVII, CF) veda as penas cruéis e a execução penal precisa seguir exatamente essa linha. Infelizmente, na prática, não se observa esse seguimento pelos operadores do Direito. Há celas, em vários presídios, superlotadas, o que, por si só, constitui uma pena cruel. Deve-se separar os criminosos primários dos reincidentes, mas não se registra isso na prática.

Entre os exemplos de inobservância do princípio, podemos citar a obrigatoriedade de uso de uniformes com cores chamativas, pois, com a obrigação, ocorre além da violação do mencionado princípio, o da intimidade e o da dignidade dos condenados.

É o que diz Roig (2017, pg.35):

A obrigação de usar uniforme com cores chamativas (ex.: verde limão, rosa) também importa clara transgressão ao princípio da humanidade, porquanto afeta a própria intimidade e dignidade das pessoas condenadas, à revelia da inviolabilidade constitucional da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X).

Outro exemplo a ser citado de transgressão ao princípio da humanidade, costumeiro na esfera da execução penal, é obrigação imposta aos presos de manterem um padrão no corte de cabelo, barba ou bigode, sob o pretexto de manutenção a segurança e higiene dos estabelecimentos penais.

Essa conduta mais uma vez é criticada pela doutrina, conforme explicita Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, pg.36):

Ocultados sob o manto higienista e securitário, o corte ou modificação cogentes na verdade se revelam instrumentos de anulação de individualidades, institucionalização, diferenciação estigmatizante e desrespeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas presas. Na essência, constituem atentado à própria integridade física, psíquica e

moral das pessoas presas, pois conduzem à mudança forçada de suas imagens.

Outro exemplo de violação ao princípio ora estudado, são as condições precárias de locomoção das pessoas presas, sejam pelo fato de não possuir ventilação adequada nos veículos ou inadequado condicionamento térmico, vedação ao acesso a sanitários – em alguns casos, os sentenciados urinam e defecam em suas próprias vestimentas –, falta de alimentação e água e a superlotação.

Mais uma vez, tais práticas são criticadas pelo doutrinador Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, pg.37):

Utilização de veículos com compartimento de proporções reduzidas, deficiente ventilação, ausência de luminosidade, inadequado condicionamento térmico, falta de alimentação e água, exposição pública, vedação ao acesso a sanitários, superlotação e espancamento são mazelas cotidianamente vivenciadas pelas pessoas transportadas. Em muitos casos, o extenso período de permanência nos veículos é fator de intenso sofrimento físico e moral, além do que veículos de transporte são utilizados como verdadeiras instalações de custódia.

Outrossim, podemos citar como práticas atentatórias ao princípio da humanidade no cotidiano dos estabelecimentos penais, as revistas íntimas aos visitantes, racionamento irresponsável de água, violação ao sigilo de correspondências, restrição ao voto, dentre outros.

Isto posto, o princípio da humanidade é um forte aliado na limitação do poder estatal sobre a pessoa reclusa, garantindo o cumprimento da pena conforme determina os preceitos constitucionais, entretanto, de acordo com alguns exemplos mencionados, o princípio muitas vezes é mitigado.

2.3.2 Princípio da legalidade

Dentre os princípios abordados, outro de suma importância para o Direito Penal em si e principalmente para a Execução Penal, é o princípio da legalidade, o qual possui caráter constitucional, conforme prevê o artigo 5º, XXXIX, CF/88:

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

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

[...]

O princípio pode ser entendido como uma limitação ao poder punitivo do Estado, uma vez que tal poder não é ilimitado, devendo ser previamente estabelecido as formas e os limites de atuação estatal.

Aduz, nesse sentido, Pedro Câmara Barbosa (2019, s.p):

Quando relacionado ao poder punitivo do Estado, o princípio da legalidade estabelece que tal poder não é ilimitado em relação ao indivíduo, eis que, enquanto exercício de soberania, está subordinado ao Direito e, portanto, juridicamente disciplinado, deve se ater aos limites que lhe foram previamente estabelecidos, sob pena de tornar-se ilegítimo e referendar uma violência contra o cidadão.

Ademais, é expressa a previsão do princípio na Lei de Execução Penal, quando em seu artigo 3º menciona que: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, bem como em seu artigo 45, quando diz que: “não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar”.

A garantia trazida pelo princípio da legalidade faz com que todos os direitos previstos em lei sejam respeitados. Não obstante, quando houver restrições a direitos, o magistrado deverá sempre se valer de medidas previamente estabelecidas na legislação vigente, não podendo, em hipótese alguma, se valer de sua discricionariedade, sob pena de violar o corolário da legalidade.

Argumenta Alexis Couto de Brito (2020, p. 64):

É importante deixar claro que, quando se afirma que a legalidade deve ser obedecida na execução, um dos aspectos mais importantes diz respeito à restrição de direitos. Os direitos e benefícios da execução da pena que enumeram os requisitos para concessão somente poderão possuir algum tipo de restrição quando previstos em lei.

Contudo, são inúmeras as atividades judiciárias que não obedecem ao mencionado princípio. Ressalta-se que, quando benéfico ao sentenciado, não há que se falar em violação ao princípio, como nos casos em que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre aguardar vaga em regime mais brando, uma vez que não há

previsão legal de se aguardar o surgimento de uma vaga no regime mais gravoso que se encontra.

Agora, mesmo que corroborado pelo STF, viola o princípio da legalidade a submissão do sentenciado a realização de exame criminológico como critério para aferir o requisito subjetivo de eventuais benefícios, tendo em vista que além de não possuir previsão legal, se torna prejudicial ao sentenciado.

Verifica-se os exemplos trazidos por Alexis Couto de Brito para afirmar a atuação do Supremo Tribunal Federal (2020, p. 64):

Como exemplo dessas situações citamos dois pesos e duas medidas. Por um lado, o STF vem decidindo que, não havendo vaga no regime adequado, o preso deverá aguardar sua vaga em regime mais benéfico, em uma interpretação pró-finalidade da execução penal, já que não há previsão legal de se aguardar no regime em que se encontra. Por outro lado, o mesmo STF entendeu que a exigência de exame criminológico, mesmo na ausência de previsão legal, é legítima, e assim o magistrado poderá exigir tal exame, mesmo que isso na prática fatalmente acarrete o aguardo em regime mais grave do que o merecido e determinado pelas condições legais.

Desta forma, é evidente que a observância do princípio da legalidade proporciona àqueles que estão em cumprimento de pena uma execução penal justa, mas sempre em benefício dos que estão segregados.

2.3.3 Princípio da individualização da pena

Outro princípio de extrema importância para a garantia de uma execução penal justa e fiel a Lei, é o da individualização da pena, que possui expressa previsão na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, XLVI) e que se estende em individualização executória.

Sobre a individualização da pena na esfera executiva penal, menciona Nucci (2020, pg. 19):

A individualização da pena é preceito constitucional (art. 5º, XLVI, CF) e vale tanto para o momento em que o magistrado condena o réu, aplicando a pena concreta, quanto para a fase da execução da sanção. Por isso, conforme antecedentes e a personalidade de cada sentenciado, orienta-se a maneira ideal de cumprimento da pena, desde escolha de estabelecimento penal até o mais indicado pavilhão ou bloco de um presídio para que seja inserido.

O referido princípio também é encontrado na legislação extravagante, quando a própria Lei de Execução Penal traz em seu bojo o artigo 5º, em que dispõe o seguinte: “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”.

Quando a lei menciona “classificação”, podemos entender no sentido de separar os presos de acordo com sua periculosidade, se é primário ou reincidente, provisório ou definitivo. Contudo, a “classificação” em muitos presídios não é respeitada, haja vista a superlotação carcerária que inviabiliza a separação dos presos, o que evidencia o descumprimento da individualização da pena.

Em uma visão moderna, o princípio deve ser visto não somente para classificar o sentenciado para fins de tratamento penitenciário, mas também para tratar o preso como verdadeiro indivíduo e como tal, respeitando suas necessidades.

Ensina Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, pg. 64):

Na verdade, individualização da pena deve significar, em primeiro lugar, que as autoridades responsáveis pela execução penal possuem a obrigação de enxergar o preso como verdadeiro indivíduo, na acepção jurídica do termo, considerando suas reais necessidades como sujeito de direitos.

A individualização da pena, ou melhor, a individualização da execução penal, busca garantir a pessoa do condenado que suas peculiaridades sejam garantidas ou ao menos respeitadas na medida do possível e ela somente se mostra eficaz quando atua como redutora de danos.

Justifica, mais uma vez, Roig (2017, pg. 64):

Além disso, partindo das premissas de que o princípio da individualizador possui assento constitucional e que a Constituição de 1988 instituiu o dever jurídico-constitucional de minimização de danos, faz-se necessário concluir que a individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como por exemplo, a flexibilização das regras de regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto de lei, mas em virtude da necessidade de individualização).

Ademais, em virtude da expressa previsão constitucional, a individualização não pode ser utilizada para prejudicar o condenado, como ocorre em muitos casos na solicitação de exame criminológico para viabilizar a progressão de regime, por exemplo.

2.3.4 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, o qual possui relevância para o Direito Penal e o Direito Processual Penal, também deve importar os benefícios de sua aplicação ao Direito de Execução Penal.

Do princípio muito debatido pela doutrina, podemos extrair que a sanção aplicada ao sentenciado, seja no momento da imposição da pena ou até mesmo na aplicação de uma falta grave, por exemplo, deve guardar relação com o fato cometido, isto é, a sanção aplicada deve ser proporcional o mal injusto causado.

Podemos trazer a explanação de Eugenio Raul Zaffaroni (2002, pg. 130):

Puesto que es imposible demostrar la racionalidad de la pena, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidade com el grado de la lesión que haya provocado.⁴

Como ocorre com os princípios mencionados no presente trabalho, constata-se que muitos comportamentos na esfera executiva está em discordância do que prevê o princípio da proporcionalidade.

Podemos elencar vários aspectos violadores da proporcionalidade, e dentre eles, chama-se a atenção a impossibilidade de aplicação do benefício de livramento condicional àqueles que tenham uma pena inferior a 02 (dois) anos.

É o que diz Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, pg. 87):

A vedação ao livramento condicional a penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a dois anos (a partir da interpretação literal art. 83 do CP) fere frontalmente os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena, tendo em vista que impõe tratamento severo àqueles sancionados com penas inferiores, ao mesmo tempo em que dispensa tratamento mais benéfico a condenados a pena maiores.

Diante desta flagrante falta de proporcionalidade, podemos ter o bizarro caso de uma pessoa condenado por um crime hediondo se beneficiar com o instituto do livramento condicional, depois de cumprir 2/3 de sua pena, todavia, uma pessoa

4 Como é impossível demonstrar a racionalidade da pena, os órgãos jurídicos devem constatar, ao menos, que o custo de direitos pela suspensão do conflito mantenha um mínimo de proporcionalidade com o grau de lesão que causou **(tradução nossa)**

condenada por um crime menos grave, com pena inferior a 02 (dois) anos não alcançar a benesse.

Ademais, podemos citar como norma violadora do princípio da proporcionalidade a própria Lei de Execução Penal, ao prever no parágrafo único do artigo 49 a punição de tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Desta forma, repetidamente, verifica-se a violação dos princípios em sede executiva penal.

2.3.5 Princípio do *numerus clausus* (número fechado)

Outro importante princípio da Execução Penal, mas pouco utilizado no âmbito das penitenciárias brasileiras, é o chamado princípio do *numerus clausus*, que tem a finalidade de controlar e reduzir a população carcerária.

Em apertada síntese, podemos defini-lo como sendo um controlador de vagas, ou seja, quando houver a entrada de um novo preso no sistema carcerário, necessariamente, deverá haver a saída de outro sentenciado.

É que Afirma Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, pg. 98):

Podemos definir *numerus clausus* (número fechado ou capacidade prisional taxativa) como o princípio ou sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução.

Poderíamos aplicar o *numerus clausus* na seguinte proporção: para adentrar ao regime fechado, necessariamente um sentenciado deveria, caso preenchesse os requisitos, progredir para o regime semiaberto e outro para o regime aberto.

Além do mais, o mencionado princípio, caso aplicado na prática, teria o condão de impedir a transferência de presos para outras unidades somente para cumprir com decisões judiciais, deslocando a problemática da superlotação carcerária para o outro presídio.

Como bem explica Roig (2017, pg. 101):

Outra premissa, essencial ao sucesso do sistema do *numerus clausus*, consiste na vedação de que a Administração Penitenciária se valha do poder

de transferência entre estabelecimentos para, cumprindo momentaneamente uma decisão judicial, deslocar o problema da superlotação para outra unidade. Tal conduta significaria na verdade o mascaramento da realidade, uma burla ao sistema do *numerus clausus*.

O princípio, caso aplicado na prática, poderia levar a normalização das penitenciárias nacionais, fazendo com que se cumprisse o que está previsto, tanto na Constituição Federal (1988), – promoção do bem de todos (art. 3º, IV), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), não submissão a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), tutela da integridade física e moral das pessoas presas (art. 5º, XLIX) e a consideração a intimidade e privacidade da pessoa presa (art. 5º, XLIX) – quanto na própria Lei de Execução Penal, isto é, art. 85, caput, LEP (lotação compatível com a estrutura do estabelecimento penal), art. 185, LEP (desvio de execução) e o art. 66, VI, LEP (poder-dever do Juiz de zelar pelo correto cumprimento da pena).

Contudo, é de se observar que a aplicação do referido princípio está longe de ser implementando no âmbito das penitenciárias brasileiras, mas, é dever do legislador e dos juristas em si, encontrar meios que reduzam os danos causados pelo encarceramento.

2.3.6 Princípio da personalidade

Por fim, o presente trabalho irá abordar o princípio da personalidade, que possui expressa previsão na Constituição Federal de 1988.

Dispõe o artigo 5º, inciso XLV, senão vejamos:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Conforme prevê a Constituição Federal, o princípio da personalidade garante que nenhuma pena passe da pessoa do condenado, isto é, as penas são aplicadas individualmente na medida da culpabilidade da pessoa condenada.

Em sede executiva penal, o princípio está estampado no artigo 45, ao dispor em seu parágrafo 3º que “são vedadas as sanções coletivas”.

Contudo, mais uma vez, não é o que se observa na administração carcerária, uma vez que é comum a aplicação de faltas coletivas, diante da impossibilidade de individualização das condutas praticadas pelos sentenciados.

Nesse sentido, de Brito (2020, p. 70):

Outro importante aspecto da intranscendência e personalidade da pena diz respeito às punições administrativas que pode sofrer o condenado. Não raras vezes a administração carcerária aplica punições coletivas ou não devidamente identificadas. Também aqui se deve respeitar a personalidade da sanção e, somente após a completa e competente apuração do fato, aplicar-se a sanção ao autor da infração. A jurisprudência do STJ tem garantido o respeito ao princípio.

Isto posto, são comuns as condutas praticadas nas penitenciárias brasileiras que confrontam os princípios acima abordados, sendo competência do Juiz da Execução verificar que as ilegalidades, além de prejudicar a pessoa do condenado, em nada agrega para cumprir com as finalidades da Execução Penal.

3 A PROGRESSÃO DE REGIME NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A legislação penal/executiva penal permite que a pessoa condenada em um regime mais gravoso possa, a depender de critérios previstos em lei, cumprir o restante de sua pena em um regime mais brando. Contudo, para entendermos melhor o sistema de progressão de regime no sistema penal brasileiro, o trabalho abordará os regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade, além do sistema progressivo e por fim, detalhará os critérios para a progressão de regime antes das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19.

3.1 Regimes de Cumprimento de Pena Privativa de Liberdade

A pena privativa de liberdade vem definida no tipo penal, no chamado preceito secundário do tipo penal incriminador. No crime de furto, por exemplo, o preceito primário é “subtrair para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, ao passo que o preceito secundário é a pena de reclusão.

De acordo com o Código Penal, temos três espécies de penas privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples. A pena de reclusão poder ser cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto e aberto. Já a de detenção poderá ser em regime semiaberto ou aberto e a prisão simples deve ser cumprida sem rigor penitenciário. É o que reza o artigo 33 do Código Penal (1940), “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”.

Contudo, a aplicação do regime no qual o sentenciado irá iniciar o cumprimento de sua pena deve ser estabelecido pelo Juiz na sentença, observados os critérios estabelecidos pelo artigo 59 do Código Penal, concomitantes com o artigo 33, caput e seus parágrafos.

Posto isto, cumpre trazermos ao presente trabalho os regimes prisionais de forma detalhada.

3.1.1 Regime fechado

Para iniciar o cumprimento da reprimenda no regime fechado, à pessoa condenada dever-se-á lhe sido imposta uma pena de reclusão superior a oito anos, conforme previsão do parágrafo 2º, “a”, do artigo 33 do Código Penal. De acordo com a legislação, àqueles condenado a pena de detenção não poderão iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, salvo no caso de regressão.

O regime fechado é aquele em que o cumprimento da pena se dá em uma penitenciária, no qual se busca prover maior segurança ao estabelecimento penal, dispondo de muralhas ou grades de proteção, devendo ainda, ser construídas em locais distantes dos centros urbanos (art. 90, LEP).

Nas palavras de Nucci, a explicação do local de cumprimento de pena no regime fechado (2020, p. 138):

A penitenciária é o estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime fechado, quando se tratar de reclusão (art. 87, LEP). Busca-se segurança máxima, com muralhas ou grades de proteção, bem como a atuação de policiais ou agentes penitenciários em constante vigilância

Como se percebe, o cumprimento da pena para os crimes considerados mais graves, merecem um maior rigor do estabelecimento penal, uma vez que, em tese, esses condenados possuem uma pena mais longa a cumprir.

Mesmo com maior rigor, a legislação penal executiva prevê que no cumprimento da pena será observado alguns parâmetros.

É o que diz o artigo 88 da Lei de Execução Penal:

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 6,00m² (seis metros quadrados).

Ocorre que, mais uma vez, na prática, a legislação não é respeitada. São diversos fatores que obsta a aplicação correta da lei, seja em razão da superlotação carcerária, seja pelo movimento aprisionador ou pelas próprias condições físicas dos estabelecimentos penais.

Outro fator importante para a inaplicabilidade da legislação executiva penal, se dá pelo fato de não haver investimento, e, conseqüentemente, vagas, em outros regimes como o semiaberto ou aberto, apesar de o número de crimes com penas superiores a oito anos serem poucos expressivos tanto no Código Penal como em outras leis extravagantes.

Nessa esteira, argumenta Alexis Couto de Brito, trazendo o exemplo do Estado de São Paulo que não possui investimento em outros regimes penais (2020, p. 320):

Mais uma vez ressaltamos que o cenário nacional aponta uma incoerência completa. É certo que o número de delitos cuja pena ultrapassa os oito anos e, portanto, demanda o estabelecimento fechado, não ultrapassa 10% dos crimes previstos no Código Penal, o que não aumentaria em demasia se consideradas as leis extravagantes. No entanto, o número de estabelecimentos fechados ultrapassa absurdamente o de abertos ou semiabertos. À guisa de exemplo, em São Paulo existem mais de setenta penitenciárias para regime fechado, sendo duas de Regime Disciplinar Diferenciado. São vinte e um Centros de Ressocialização de caráter misto (fechado, semiaberto), sete Centros de Progressão Penitenciária de regime semiaberto, nenhuma colônia penal agrícola e nenhuma Casa de Albergado, segundo dados da Secretaria de Administração Penitenciária. É preciso conscientização do poder público para uma reversão do quadro e o investimento em estabelecimentos semiabertos e abertos, para possibilitar a progressão de regime e cumprimento das finalidades da pena

No que tange as penitenciárias femininas, além das condições previstas no artigo 88 da Lei de Execução Penal, devem-se ainda obedecer ao disposto no artigo 89, senão vejamos:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

É de se ressaltar que em alguns aspectos a legislação é respeitada, como por exemplo, nos casos dos presídios federais em que estão reclusos os presos

considerados mais perigosos. Pelo fato de serem considerados mais perigosos, são destinados justamente aos presídios federais para o cumprimento da pena em celas individuais, no intuito de torná-los inócuos.

Confere-se o disposto no artigo 6º do Decreto Federal nº 6.0489/2007:

Art. 6º O estabelecimento penal federal tem as seguintes características:

I - destinação a presos provisórios e condenados em regime fechado;

II - capacidade para até duzentos e oito presos;

III - segurança externa e guaritas de responsabilidade dos Agentes Penitenciários Federais;

IV - segurança interna que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina;

V - acomodação do preso em cela individual; e

VI - existência de locais de trabalho, de atividades socioeducativas e culturais, de esporte, de prática religiosa e de visitas, dentro das possibilidades do estabelecimento penal.

Importante ressaltar, que a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) tem previsão expressa em seu artigo 2º, parágrafo 1º, determinando o início do cumprimento de penas no regime fechado, entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em controle incidental de inconstitucionalidade, concluiu que tal dispositivo violava o princípio da individualização da pena, bem como contrariava as normas do Código Penal, nas quais preveem as regras de início de cumprimento de pena.

Nesse sentido, afirma André Estefam (2018, p. 393):

Veja, porém, que o STF considerou inconstitucional essa regra, pelo mesmo fundamento que julgara inválida a norma anterior existente na Lei n. 8.072/90 (do regime integralmente fechado), ou seja, por considerá-la incompatível com o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI) (HC 111.840, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27-6-2012); trata-se de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, a qual, portanto, não produz efeitos erga omnes.

Além dessas circunstâncias, o condenado no regime fechado será submetido a exame criminológico de classificação, com a intenção de individualizar sua execução. Em relação ao trabalho, poderá desempenhar suas tarefas no período diurno, como isolamento e repouso noturno, com a possibilidade de laborar externamente em obras ou serviços públicos.

Dispõe o artigo 34 do Código Penal (1940):

Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Observa-se, portanto, a garantia legal de um cumprimento de pena no regime fechado com dignidade, com o intuito de ressocializar o indivíduo que teve sua liberdade segregada, contudo, na prática, a pena é cumprida ao arrepio da legislação vigente.

3.1.2 Regime semiaberto

O regime de cumprimento de pena privativa de liberdade em regime semiaberto é aquele em que o condenado deve cumprir sua pena em uma colônia penal (colônia agrícola, industrial ou similar).

Para iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, a condenação oriunda de reclusão deve ser superior a quatro anos, mas não pode ultrapassar o patamar máximo de oito anos, desde que não seja reincidente ou no caso de detenção.

Diz a alínea “b”, parágrafo 2º do artigo 33 do Código Penal:

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

[...]

§ 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)

[...]

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

[...]

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

[...]

A não reincidência está prevista como requisito para a fixação do regime semiaberto, contudo, o mencionado dispositivo legal deve ser interpretado concomitante ao parágrafo 3º do mesmo artigo, no qual determina que a definição do regime inicial de cumprimento de pena deverá observar o disposto no artigo 59 do Código Penal.

Como mencionado por Rafael de Souza Miranda (2020, p. 149), a reincidência, por si só, não é motivo idôneo para a imposição do regime fechado:

Assim, a melhor exegese é aquela que reconhece a possibilidade de o sentenciado condenado à pena inferior a 8 (oito) anos iniciar o cumprimento da desta em regime semiaberto, desde que seja reincidente e as circunstâncias judiciais assim o indiquem. Logo, a reincidência, por si só, não é fundamento automático para a adoção do regime mais severo.

Poderá ainda cumprir pena em regime semiaberto, o sentenciado condenado no regime fechado que venha a cumprir os requisitos previstos no artigo 112 da Lei de Execução Penal e obtenha a progressão de regime, conforme será abordado posteriormente, ou aquele que estava em regime aberto, mas por algum motivo regrediu de regime.

Como dito, o cumprimento da pena em regime semiaberto se dá em colônia penal (colônia agrícola, industrial ou similar (artigo 33, §1º, b, CP)), de modo que este estabelecimento não dispõe da mesma segurança de uma penitenciária, com muralhas ou grades de proteção, uma vez que a intenção deste regime de pena é possibilitar ao condenado um maior senso de responsabilidade, pois, em tese, a possibilidade de fuga é mais facilitada.

Nas palavras de Alexis Couto de Brito (2020, p. 327):

Mais uma vez socorremo-nos das palavras de Armida Bergamini Miotto para a descrição da colônia: “de configuração arquitetônica mais simples, uma vez que aquelas precauções, artifícios e acessórios recém-mencionados são em grande parte, às vezes, quase inteiramente eliminados. Já se conta, aqui, com a capacidade de senso de responsabilidade dos condenados, que se estimula e valoriza. Conforme esse senso de responsabilidade, os condenados aqui recolhidos hão de consciente e voluntariamente cumprir os deveres e exercer os direitos próprios do seu status de condenados.

O cumprimento da pena na colônia penal, como mencionado, diferencia-se da penitenciária em alguns aspectos e dentre eles está o alojamento. Ao invés do cumprimento da pena em celas “individuais”, o regime semiaberto permite ao preso cumprir sua pena em compartimentos coletivos, cujos requisitos estão dispostos no artigo 92 da Lei de Execução Penal:

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:

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

As regras pertinentes ao trabalho no regime fechado se aplicam aos presos em cumprimento de pena no regime semiaberto, com a oportunidade de realizar atividades laborais no período diurno, com possibilidade de trabalho externo e a realização de cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau, bem como de nível superior.

Assim estabelece o artigo 35 do Código Penal (1940):

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Um tema de bastante relevância e divergência doutrinária, no que se refere ao cumprimento da pena em regime semiaberto, é a falta de vagas. Como será debatido posteriormente, a falta de vagas no regime semiaberto impõe ao Juiz da Execução determinar que o sentenciado aguarde a abertura de uma vaga em regime adequado e este regime seria o aberto, contudo, percebe-se na prática a manutenção desses presos em regime mais gravoso.

Nesse sentido, Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, p. 322):

Há pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inexistência de vaga na Colônia Agrícola, Industrial ou Similar enseja a transferência do preso, até que surja vaga, para estabelecimento de regime aberto e na sua ausência, para a prisão domiciliar (STJ, HC 31446/MG, 6ª T., j. 18-3-2004).

Como será debatido, o regime semiaberto é de suma importância para a ressocialização do condenado, tendo em vista ser um regime intermediário de cumprimento de pena, embora, na prática, sua finalidade está sendo desviado, ainda mais quando se impõe medidas mais restritivas de progressão, como ocorre com o “pacote anticrime”.

3.1.3 Regime aberto

O regime mais brando de cumprimento de pena também pode ser denominado de casa de albergado. O regime aberto, desafia ainda mais o senso de responsabilidade do sentenciado, haja vista não haver nenhum tipo de fiscalização, muros, grades ou guardas suplementares.

Esse regime é de extrema importância para o cumprimento da pena, conforme esclarece Alexis Couto de Brito (2020, p. 328):

O regime da prisão aberta ou Casa de Albergado é fundado na autodisciplina e responsabilidade do condenado para com a comunidade com que convive. O Estado suprime a fiscalização pela confiança de que o condenado cumprirá com seus deveres e manterá um comportamento social adequado a reintegrá-lo ao mundo livre. A fuga é evitada apenas pela palavra do condenado que, como diz Teodolindo Castiglione, é um impedimento moral emanado de uma consciência capaz de cumpri-lo (Estabelecimentos penais abertos e outros trabalhos, p. 53).

Inicia-se o cumprimento da pena no regime aberto, a pessoa condenado a uma pena de reclusão ou detenção, que seja igual ou inferior a quatro anos, desde que não reincidentes.

É o que origina o artigo 33 do Código Penal (1940):

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo

necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

[...]

§ 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)

[...]

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

Quanto a reincidência, a mesma observação feita ao regime semiaberto deve ser utilizada, isto é, a reincidência por si só não é motivo idôneo para justificar a imposição de regime mais grave.

Todavia, por expressa previsão legislativa, o regime aberto ou casa de albergado se destina ao cumprimento da pena restritiva de direitos, consistente na limitação do fim de semana. É o previsto no artigo 93 da Lei de Execução Penal: “a Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana”.

No Brasil, a Casa de Albergado, como o nome já diz, tem ou teria a função de servir como última etapa da execução penal, servindo como uma espécie de alojamento sem natureza institucionalizadora das penitenciárias ou colônias, porém, esse estabelecimento penal é pouco implantado em âmbito nacional.

Elucida a questão Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 142):

Cuida-se, no entanto, de ilustre desconhecida da maioria das Comarcas, como por exemplo, da cidade de São Paulo, onde há um número elevado de presos inseridos no regime aberto, cuida-se do estabelecimento adequado ao cumprimento da pena no mencionado regime aberto. Além disso, serve também a abrigar aqueles que devem cumprir pena de limitação de fim de semana (restritiva de direitos). A sua inexistência levou a gravíssimos fatores ligados à impunidade e ao descrito do Direito Penal. Há décadas, muitos governantes simplesmente ignoram a sua necessidade. Por isso, o Judiciário foi obrigado a promover a inadequada analogia, porém inafastável, com o art. 117 da Lei de Execução.

Conforme acima mencionado, na prática, não existem estabelecimentos para o cumprimento da pena em regime aberto, de modo que, utiliza-se o artigo 117

da Lei de Execução Penal⁵ para fundamentar e proporcionar ao condenado o regime aberto. É a chamada prisão albergue domiciliar.

Alguns autores criticam essa possibilidade, dada a ausência de estabelecimentos penais. Nesse sentido, Renato Marcão (2018, p. 133):

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

Apesar das críticas, considera-se que o rol do artigo 117 da Lei de Execução Penal não seja taxativo, dando a possibilidade de abranger outras hipóteses, como por exemplo, a concessão da prisão domiciliar ao condenado em regime semiaberto que venha a cumprir os requisitos previstos em lei e progredir de regime para o aberto, ante a inexistência de Casa de Albergado.

3.2 Sistema Progressivo

Antes de adentrarmos nos requisitos previstos em lei para viabilizar a progressão de regime, se faz necessário analisarmos brevemente o sistema progressivo de cumprimento de pena.

A legislação penal brasileira adotou o sistema progressivo de cumprimento de pena, o que possibilita ao condenado ter diminuída a intensidade de sua sanção penal a partir do cumprimento de parcela dela.

É o que dispõe o artigo 33, §2º do Código Penal (1940):

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo

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

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

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

IV - condenada gestante.

necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

§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)

O sistema progressivo adotado pela legislação pátria, faz com que o condenado tenha flexionada sua pena a partir do cumprimento de certos requisitos previstos em lei.

Sobre o sistema progressivo, dispõe Cláudio Brandão (2010, p. 330):

A ideia central do sistema progressivo radica na diminuição da intensidade da pena, que se dá em face da conduta e do comportamento do recluso. É por este suporte que o Código Penal brasileiro dispõe que a progressão se dará “segundo o mérito do condenado” (art. 33, § 2º, do Código Penal). O apenado irá, assim, do regime mais rigoroso ao regime menos rigoroso até culminar com o livramento condicional, com vistas a possibilidade, gradativamente, restabelecer o contato com a vida em sociedade, tolhido com a segregação oriunda do cárcere.

O princípio da individualização da pena fundamenta o sistema progressivo, uma vez que possibilita a análise dos requisitos legais de forma particular, ou seja, para que seja viável a progressão de regime, é necessário que o Juiz da execução penal fundamente sua decisão de acordo com cada sentenciado que busca a benesse.

Segundo Nucci (2020, p. 156):

O sistema de cumprimento de pena é baseado na individualização executória, devendo ser apurado o critério objetivo do tempo no regime anterior, associado ao merecimento do sentenciado, verificado pelo seu bom comportamento carcerário e, conforme o caso, para autores de crimes violentos contra a pessoa, também se determina a realização do exame criminológico.

Como pode-se perceber, o sistema adotado pela legislação brasileira, além de permitir a individualização do cumprimento da pena, busca com a progressão de regime introduzir o sentenciado novamente na sociedade de forma gradual. Todavia, para que isso seja possível, é necessário o cumprimento de determinados

requisitos previstos em lei, que foram alterados recentemente pela Lei 19.964/2019. É o que veremos a seguir.

3.3 Progressão de Regime e seus Requisitos

Para que a pessoa condenada obtenha a progressão de regime, necessita-se cumprir dois requisitos: um de natureza objetiva e outro de natureza subjetiva.

O requisito de natureza objetiva é o lapso temporal – cumprimento de parte da pena – que vem disposto na legislação. Conforme será abordado, houveram várias alterações legislativas com a intenção de dificultar a obtenção do lapso e a consequente progressão de regime.

Já o requisito de natureza subjetiva, é a análise de histórico prisional do sentenciado, comprovado pelo bom comportamento carcerário ou em muitos casos, complementado pelo exame criminológico.

3.3.1 Requisito objetivo

O requisito objetivo, como já mencionado, é o cumprimento de uma parcela da pena imposta na sentença. Leva-se em consideração para a obtenção do lapso temporal o total da pena imposta e não o limite, que agora é de 40 anos

Como forma de organização do presente trabalho, o requisito objetivo será detalhado levando em consideração as alterações legislativas ocorridas ao longo do tempo e aquelas alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, serão abordadas em tópicos próprios.

3.3.1.1 Progressão nos crimes comuns antes da lei nº 13.964/19

Antes da alteração promovida pelo chamado “pacote anticrime”, a Lei de Execução Penal previa uma única fração para viabilizar a progressão de regime nos crimes considerados comuns, que são aqueles não descritos na Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos).

Predizia o artigo 112, LEP, em sua redação original (1984):

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

A escolha do lapso temporal de 1/6 (um sexto), tem como objetivo dinamizar o cumprimento da pena, possibilitando a rápida interação do condenado com a sociedade, pois, o objetivo do sistema progressivo é ressocializar o executado.

Como mostra a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal (1983):

29. Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado é o critério que comanda a execução progressiva, mas o Projeto também exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo da pena do regime inicial ou anterior. Com esta ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas da liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evolui-se de regime mais rigoroso para outro mais brando (do regime fechado para o semi-aberto; do semi-aberto para o aberto).

Sem maiores questionamentos, a legislação não previa prazo diferenciado para os crimes comuns, bastando apenas o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para possibilitar a progressão do regime mais gravoso para o mais brando.

Assim afirma Miranda (2020, p. 157):

Quanto ao requisito objetivo, dispensa-se maiores digressões, haja vista que a lei é clara ao exigir o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena. Note que a lei fala em “ao menos um sexto”, de modo que não se pode interpretar como “mais de um sexto”. Não se trata de uma simples questiúncula jurídica, pois, no dia em que o sentenciado atinge o cumprimento de 1/6 (um sexto), já está apto a pleitear a progressão.

Portanto, uma pessoa condenada a seis anos de reclusão, em um crime considerado comum, isto é, não hediondo, poderia progredir para o regime semiaberto ao cumprir um ano no regime fechado.

3.3.1.2 Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados antes da Lei nº 11.464/07

Os crimes hediondos e equiparados são aqueles em que legislador impõe uma maior censura estatal. A partir do seu critério legal de classificação, fica a cargo da legislação definir quais são os ilícitos considerados hediondos e estes foram definidos taxativamente na Lei nº 8.072/90.

Inicialmente, a Lei dos Crimes Hediondos, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, dispunha que os condenados atingidos pela hediondez das suas condutas, deveriam cumprir a pena “integralmente” em regime fechado, ou seja, pela disposição originária da lei, não era cabível o benefício da progressão de regime.

Assim previa o mencionado artigo:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

[...]

Ocorre que, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 82.959/SP, em 23.02.2006, entendeu que a norma prevista na legislação extravagante confrontava a Constituição Federal, por afronta ao princípio da individualização da pena.

Segue a ementa do HC nº 82.959/SP (2006, p. 510):

A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Contudo, apesar de o julgamento ser proferido pelo pleno do STF, muitos juízes entendiam que a decisão não possuía efeito erga omnes, uma vez que se tratava da análise de um caso individual. Desta forma, os juízes continuaram a aplicar o regime integralmente fechado para aqueles condenados pela prática de crime hediondo e equiparado, alegando que a decisão não vinculava todos os tribunais.

De tal modo, não restando outra alternativa para pacificar o entendimento, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 26, que dispõe:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Devido a declaração da inconstitucionalidade prevista no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, e pela sua não aplicação, todos os condenados, sejam eles por crimes considerados comuns ou hediondos, atingiriam o direito a progredir de regime com o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

Entretanto, com a finalidade de dar uma resposta para a sociedade, que se via injustiçada, o legislador editou em 28 de março de 2007 a Lei nº 11.464/07, que endureceu as regras pertinentes a progressão de regime para os crimes considerados hediondos, alterando a Lei nº 8.072/90.

Dessa forma, o artigo 2º, §§1º e 2º da Lei nº 8.072/90 passaram a ter as seguintes redações:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º- A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)

Em razão da alteração legislativa, o parágrafo 1º excluiu o termo “integralmente”, sendo substituído por “inicialmente”, possibilitando, dessa forma, a progressão de regime aos crimes hediondos. Entretanto, a parcela da pena a ser cumprida para viabilizar a progressão fora modificada, passando a ser de 2/5 (dois quintos) no caso de condenado primário e de 3/5 (três quintos) para o reincidente.

Apesar disso, em razão da regra da irretroatividade da lei penal, a alteração legislativa não pode retroagir e o endurecimento das regras relativas a progressão de regime somente pôde ser aplicada aos crimes praticados a partir de 29 de março de 2007.

Para fortalecer o entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº 471:

Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.

Observa-se que a legislação endurece as regras pertinentes a progressão de regime de tempos em tempos, entretanto, na prática, não se percebe nenhum resultado benéfico que advenha destas alterações ou ao menos a diminuição da criminalidade.

3.3.1.3 Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados antes da Lei nº 13.964/19

Para dificultar a progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados e atendendo ao clamor público, o legislador editou a Lei nº 11.464/07, e como mencionado anteriormente, só havia aplicabilidade aos delitos cometidos após 29 de março de 2007 (data da vigência da Lei).

Desta forma, antes da publicação do chamado “pacote anticrime” – Lei nº 13.964/19, a legislação aplicável determinava que para progredir de regime, o sentenciado deveria cumprir $2/5$ (dois quintos) da pena, desde que primário e a parcela de $3/5$ (três quintos) da pena caso considerado reincidente (não especificava se a reincidência era específica em crime hediondo ou não).

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

[...]

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de $2/5$ (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de $3/5$ (três quintos), se reincidente, observado o

disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

Nada obstante, mais uma vez o legislador buscou enrijecer a progressão de regime aos crimes hediondos e equiparados, editando a Lei nº 13.964/19, que prevê como prazo de cumprimento de pena – que será abordado com mais detalhe adiante – o prazo de 40% (quarenta por cento) e 60% (sessenta por cento), respectivamente, para os condenados primários e reincidentes.

3.3.2 Requisito subjetivo

O outro requisito previsto em Lei para possibilitar ao condenado a progressão de regime, é o requisito subjetivo. Este requisito consiste na análise do comportamento carcerário que o sentenciado deteve durante o cumprimento da pena. Não há parâmetros definidos em Lei, ficando a cargo do Juiz, muitas vezes, a interpretação desse requisito e isto implica em algumas críticas.

Ilustra Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, p. 364):

[...] em um sistema que prime pela absoluta segurança jurídica, que rechace a flexibilidade (negativa) da pena e que não se curve perante os discursos disciplinar (faltas) e criminológico (exames criminológicos), a avaliação judicial dos direitos deveria se basear em elementos estritamente objetivos (fração de cumprimento de pena), restando a análise dos requisitos subjetivos apenas para efeito dos direitos domésticos do apenado.

Para viabilizar a progressão de regime, a Lei de Execução Penal previa em sua redação originária, que o “mérito” do apenado deveria indicar a progressão. Ademais, o Juiz poderia confirmar o “mérito” através do exame criminológico.

Era o que dispunha o artigo 112 da Lei de Execução Penal:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão.

Parágrafo único. A decisão será motivada e precedida de parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico, quando necessário.

Conforme mencionava a redação, além do “mérito” a ser cumprindo, havia a Comissão de Classificação que opinava pela viabilidade ou não da progressão e da realização do exame criminológico, quando necessário.

No entanto, a Lei nº 10.792/2003 alterou a redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, retirando a necessidade da análise de uma comissão para que o sentenciado pudesse ou não progredir de regime.

Esclarece Nucci sobre a retirada do parecer da Comissão de Classificação (2020, p. 159):

Argumentou-se que o parecer da Comissão Técnica de Classificação era um obstáculo burocrático, pois demorado e nem sempre com parecer bem feito, à progressão de regimes dos sentenciados. Em verdade, o que estava por trás disso era a intenção dos Governos Estaduais de não mais ter que investir em número de funcionários para compor diversas Comissões que seriam necessárias para um volume imenso de presos.

Com a alteração, o critério subjetivo para viabilizar a progressão de regime passou a considerar o “bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”. Porém, mesmo não possuindo expressa previsão legal, juízes admitiam a realização do exame criminológico como complemento do requisito subjetivo.

Apesar não possuir previsão legal, a jurisprudência era unânime no sentido de permitir o exame, conforme explica Miranda (2020, p. 158):

A redação original, o artigo 112 da Lei de Execução Penal previa a possibilidade de o juiz exigir prévio parecer da Comissão Técnica de Classificação e do exame criminológico no sentenciado que pleiteava a progressão de regime. Com a edição da Lei nº 10.792/03, essa exigência foi suprimida. A partir disso, iniciou uma disputa jurisprudencial para definir se o exame criminológico ainda era juridicamente sustentável.

A questão foi pacificada pelas cortes superiores no sentido de que o exame criminológico, embora suprimido da redação legal, não deixou de existir, porém, sua realização deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Ressalta-se que a fundamentação na análise do requisito subjetivo, exigido pela jurisprudência e confirmada pela Súmula 439, STJ (“admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”), deve ser concreta e não abstrata.

Apesar de não haver previsão legal, mas permitido pela jurisprudência, o exame criminológico é usado mais vezes indiscriminadamente de forma genérica e abstrata, como mecanismo de fundamentação da decisão sobre a progressão de regime, ou seja, se o exame for favorável, na maioria dos casos o juiz concede a benesse, se desfavorável, é negado.

Oportuno colacionarmos a crítica feita por Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, p. 369):

No que tange à existência dos exames criminológicos, uma última observação merece ser feita: se continuarmos com a idolatria irrefletida no tocante à (suposta) eficácia dos exames criminológicos, em breve chegaremos à execução penal atuarial (ou securitária), baseada em pragmáticos prognósticos de risco (atuariais) e periculosidade sociais, com a profusão de guias metódicos que quantificam minuciosamente os dados pessoais e sociais do condenado, construindo a possibilidade de liberdade a partir de tais elementos.

Por conseguinte, o bom comportamento carcerário pode ser comprovado mediante elaboração de boletim informativo, no qual consta todo o histórico prisional do sentenciado, bem como o atestado de conduta carcerária.

Como não há esclarecimento legal, fica a cargo da doutrina o teor do “bom comportamento carcerário”. Nesse sentido, Renato Marcão (2018, p.161):

Seja como for, bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada aos regramentos de disciplina do estabelecimento prisional; bem por isso não há cogitar, no momento da elaboração do “atestado”, sobre eventual propensão à reincidência, consciência e arrependimento quanto ao delito pelo qual foi recolhido preso.

Percebe-se, portanto, que a utilização do requisito subjetivo deixa margem para o Juiz analisar o mérito daquele que busca a progressão e muitas vezes se utilizando de elementos extralegais, em conflito com o princípio da legalidade que rege a execução penal. Entretanto, reconhece-se que, com a alteração estabelecida pela Lei nº 13.964/19 as diretrizes da análise do requisito subjetivo ficaram um pouco mais definidas.

4 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.964/2019 (“PACOTE ANTICRIME”)

No presente capítulo, o trabalho passará a abordar as alterações proporcionadas pela Lei nº 13.964/2019, no que se refere a Execução Penal, uma vez que a mencionada Lei alterou diversos diplomas legais. Como fora mencionado anteriormente, neste capítulo será abordado os motivos que levaram a propositura desta Lei, elaborando uma comparação com os aspectos relacionados a Execução antes da alteração e tecendo no final, algumas análises ao endurecimento da progressão de regime e o impacto causado no cumprimento da pena.

4.1 Introdução

Mais uma vez, com o intuito de endurecer o cumprimento das penas e tentar coibir a prática de delitos considerados mais graves, o legislador brasileiro – para dar uma resposta a sociedade –, editou a Lei nº 13.964/2019. Porém, até a sua entrada em vigor, um longo e debatido caminho foi percorrido.

Em meados de 2017, foi criado pelo atual Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, uma comissão de juristas que discutiam medidas aptas a combater o tráfico de drogas e armas nos países. O grupo foi presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Alexandre de Moraes e contou com outras autoridades.

Nas palavras do Deputado Federal Rodrigo Maia, o motivo da comissão (2017, s.p):

De acordo com Rodrigo Maia, o combate à criminalidade organizada é prioridade absoluta. “São necessárias alterações legislativas que garantam o intercâmbio de policiais e o uso compartilhado de informações e equipamentos de inteligência, bem como a cooperação entre as equipes de perícias e apoio tecnológico em laboratório forense, especialmente em lavagem de dinheiro e financiamento de atividades ilícitas”, explicou o presidente.

Em 08 de maio de 2018, foi entregue à Câmara dos Deputados Federais, pelo Ministro Alexandre de Moraes, um combinado de propostas que visava o endurecimento da legislação criminal. Além de medidas aptas ao combate do tráfico

de drogas e de armas, as propostas alterariam o Código de Processo Penal e o Código Penal.

Para o Ministro Alexandre de Moraes (2018, s.p):

“São questões, que uma vez aprovadas pela Câmara e pelo Senado, rapidamente a sociedade brasileira vai perceber que é possível dar uma maior celeridade às investigações, no processo, principalmente na punição da criminalidade organizada no tráfico de drogas, no tráfico de armas, nas milícias – que são os três pontos principais”, explicou Moraes.

No mês seguinte a entrega do texto do anteprojeto, alguns Deputados Federais apresentaram à Câmara o projeto de Lei nº 10.372/2018, com o objetivo de fortalecer o combate à criminalidade violenta, reduzir e desafogar as demandas nas Varas de Execuções Criminais, dando um tratamento mais célere aos crimes considerados menos graves.

Aponta a ementa do Projeto de Lei nº 10.372/18 (2018, s.p):

Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal.

Em 19 de fevereiro de 2019, foi apresentado à Câmara dos Deputados, pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, outro projeto de Lei, mas exposto para a imprensa como “Pacote anticrime”. O PL nº 882/2019 tramitou em conjunto com o anteriormente apresentado (PL nº 10.372/18), uma vez que foi reproduzido vários destes dispositivos.

Após ser formando um grupo de trabalho com o intuito de padronizar as propostas apresentadas, foi apresentado o resultado final pelo Deputado Lafayett de Andrada, logo depois de ser exibido um texto substitutivo, no qual algumas emendas foram introduzidas. No Senado Federal, não houve qualquer objeção ao projeto de Lei, que posteriormente fora convertido na Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Contudo, a Lei entrou em vigor somente após 30 dias, em decorrência da *vacatio legis*, isto é, em 23 de janeiro de 2020.

É o que expõe Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2020, p. 7):

Como resultado final do trabalho foi apresentado um substitutivo pelo Deputado Lafayette de Andrada (Republicanos/MG) para a matéria, seguindo o texto do relator do grupo de trabalho, Deputado Capitão Augusto (PL/SP), e incorporando inúmeras emendas propostas pelos deputados. Votado, foi enviado ao Senado, onde não sofreu qualquer modificação e finalmente foi convertido na Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, com vacatio legis de 30 dias, entrando em vigor, portanto, em 23 de janeiro de 2020.

Apesar de sancionada, a Lei nº 13.964/19 foi objeto de vários questionamentos, dentre elas, algumas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIS 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305).

O objeto das ADIS suspendera a eficácia dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F do Código de Processo Penal, que implementava o chamado “juízo de garantias” e seus consectários. A decisão liminar da suspensão dos mencionados artigos do Código de Processo Penal foi dada pelo Ministro Luiz Fux, em 22 de janeiro de 2020.

Descreve as ações interpostas, Assumpção (2020, p. 15):

Antes da sua entrada em vigor, o “Pacote Anticrime” foi questionado perante o STF por meio de nada menos que quatro ações diretas de inconstitucionalidade. Foram elas: a ADI 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE); a ADI 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA; a ADI 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL); e a ADI 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. As três primeiras ações foram distribuídas por sorteio ao Min. Luiz Fux; a quarta ação (ADI 6.305), como foi proposta em momento posterior, foi distribuída por prevenção ao ministro.

Deste modo, apesar do longo percurso percorrido até sua aprovação e do longo debate acerca do endurecimento das penas, o chamado “Pacote anticrime” trouxe algumas deficiências no bojo de seu texto, dentre elas, as alterações acarretadas à Lei de Execução Penal, que será debatida a seguir.

4.2 Alterações à Lei de Execução Penal – Progressão de Regime

Dentre as principais modificações proporcionadas pela Lei nº 13.964/19, chama-se atenção as alterações à Lei de Execução Penal, especialmente no que tange a progressão de regime.

4.2.1 Requisito objetivo

Conforme anteriormente relatado, o art. 112 da Lei de Execução Penal previa que para atingir o lapso necessário para progressão de regime, bastava que o condenado cumprisse 1/6 (um sexto) de sua pena, caso o crime fosse considerado “comum”. Já em relação ao crime hediondo e equiparado, a última alteração ocorrida na Lei nº 8.072/90 exigia o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena para o primário e 3/5 (três quintos) para o condenado considerado reincidente.

Com a alteração proporcionada pelo “pacote anticrime”, o caput do art.112, da Lei de Execução Penal passou a prever os seguintes incisos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional

[...]

Percebe-se que, com a alteração, para que o condenado cumpra o requisito objetivo para a progressão de regime, deve-se agora cumprir porcentagens e não mais frações e no momento, a Lei prevê regras diferenciadas para os crimes cometidos com violência e grave ameaça.

Para Nucci, a alteração é de grande valia e evidencia a aplicação do princípio da individualização da pena (2020, p. 157):

[...] Note-se nas pontas o equilíbrio do novo sistema: progredir do fechado ao semiaberto e deste ao aberto, com 16% da pena cumprida, o condenado primário, que tiver cometido crime sem violência ou grave ameaça à pessoa. Do outro lado, deverá cumprir 70% da pena – vedado o livramento condicional para o reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte (latrocida reincidente em latrocínio, por exemplo).

De forma muito detalhada, o legislador implantou um sistema coerente e de individualização executória da pena, que, em nosso entendimento, está correto.

Basicamente, a Lei prevê prazos diferenciados aos primários, reincidentes, àqueles que cometeram crimes com ou sem violência e aos hediondos e equiparados, com ou sem resultado morte.

Nesse sentido, alguns pontos da alteração merecem destaque.

Em relação ao inciso I do art. 112, a legislação menciona que, para o condenado primário, em crime cometido sem violência ou grave ameaça, a porcentagem de cumprimento de pena é de 16%. Trata-se de nova lei mais benéfica, uma vez que 1/6, como previa a redação anterior, era equivalente a 16,6% da pena. Portanto, a nova lei deve retroagir e beneficiar os condenados que tenham praticado o fato delituoso antes da entrada em vigência da Lei.

Descreve Gustavo Junqueira (2020, p. 49):

Sobre o primário condenado por crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, é interessante notar que houve nova lei benéfica, ainda que a diferença seja, em regra, irrisória. É que o antigo marco exigido para os crimes comuns, 1/6, equivale a 16,6% da pena, e o novo lapso exigido será de 16%. Por se tratar de nova lei benéfica, deve ser imediatamente aplicada mesmo aos crimes anteriores à sua vigência.

Outro ponto que merece destaque e que possivelmente trará polêmica é o inciso II. O mencionado inciso dispõe que para o condenado reincidente, necessita-se cumprir 20% da pena, caso o crime seja cometido sem violência ou grave ameaça. A polêmica está no termo “reincidente em crime cometido sem violência...”, ou seja, qual a porcentagem a ser aplicada caso o sentenciado já apresente uma condenação por crime praticado com violência ou grave ameaça, e, posteriormente, seja condenado por crime sem violência ou grave ameaça?

Aplicando o princípio da legalidade, não poderia o prazo ser maior que de 20%, haja vista não haver previsão específica nesse sentido. Ademais, esse entendimento será aplicado aos incisos IV, VII e VIII.

É o que apresenta Miranda (2020, p. 165):

Importante registrar que, quando os incisos II, IV, VII e VIII mencionaram reincidência, foram claros se referindo à reincidência específica. A peculiaridade dessa observação reside no fato de que, se o sentenciado ostentar reincidência simples, o prazo será o mais benéfico, segundo pensamos.

Já o inciso III e IV só devem ser aplicados aos crimes cometidos após a vigência da lei, tendo em vista se tratar de lei mais gravosa. Respectivamente, exige a legislação o lapso de 25% da pena para o primário em crime cometido com violência ou grave ameaça e 30% para o reincidente em crime desta natureza. Como se trata de reincidência específica, o mesmo entendimento exposto anteriormente se aplica aqui.

Com relação ao inciso IV não houve significativa alteração, pois, 40% de cumprimento de pena para os crimes hediondos e equiparados, desde que o sentenciado seja primário, equivale aos mesmos 2/5 (dois quintos) anteriormente previstos. Nesse mesmo sentido, o inciso VII, que prevê o cumprimento de 60% da pena para o reincidente em crime hediondo ou equiparado, corresponde a iguais 3/5 (três quintos) da pena.

Todavia, diferentemente da previsão anterior, a Lei de Crimes Hediondos e Equiparado dispunha no §2º do art. 2º a seguinte redação: “ ([...]e de 3/5 (três quintos), se reincidente [...])”. Isto é, pela interpretação literal, a parcela de pena mais gravosa se aplicava a qualquer reincidência, não sendo necessária a chamada reincidência específica (hediondo mais hediondo). Agora, com a nova redação, é exigido a reincidência específica, como se percebe pela escrita do inciso VII, parte final: “o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado”.

Desta forma, se o sentenciado tiver sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado e seja reincidente, mas pela prática de um crime comum, por exemplo, a porcentagem a ser aplicada será de 40%.

Nessa linha de raciocínio, Lima Netto e Tavares (2020 apud Ministério Público Estadual do Paraná, 2020, s.p):

Antes do PAC, o tratamento mais gravoso ao condenado reincidente que cometeu crime hediondo ou equiparado não exigia a reincidência específica. Percebam que a nova legislação exige, para o tratamento mais gravoso, a reincidência na prática de crime hediondo ou equiparado (com ou sem resultado morte, a depender do caso, incisos VII e VIII), isto é, é preciso que a reincidência seja específica.

Em continuidade, a lei traz na alínea “a” do inciso VI uma nova porcentagem. Para o primário, condenado por crime hediondo ou equiparado e que tenha resultado morte, o lapso temporal a ser cumprido é de 50% da pena. Como se trata de uma norma penal mais gravosa, se aplica somente aos fatos praticados posteriormente a vigência da lei.

Em seguida, prevê a legislação que o condenado que exercer comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado, deverá cumprir também os 50% da pena, de acordo com a alínea “b” do inciso VI.

Outro ponto polêmico poderá advir desta alínea, pois, de acordo com a própria Lei nº 13.964/19, o crime de organização criminosa passou a ser considerado hediondo, tendo em vista a alteração da Lei nº 8.072/90 (art. 1º, parágrafo único, V). E como mencionado, os crimes hediondos e equiparado se sujeitam aos marcos de 40% e 60% do cumprimento de pena para progressão, caso o condenado seja primário ou reincidente. Contudo, o legislador ao tratar do condenado pela prática de organização criminosa, em razão do comando individual ou coletivo, prevê o lapso de 50% de cumprimento de pena, não especificando se o apenado é primário ou reincidente. Caso o sentenciado seja reincidente, qual regra aplicar?

Ora, há um conflito aparente de normas e pela regra da especialidade, deve prevalecer a alínea “b”, conforme argumenta Junqueira (2020, p. 52):

Há um conflito aparente de normas, e a solução, pela especialidade, é a prevalência do art. 112, VI, b, com a imposição de requisito temporal de 50% para o condenado por associação criminosa para a prática de crime hediondo se exercer comando, individual ou coletivo, não importando se primário ou reincidente. A especialidade, aqui, prejudica o condenado primário pelo referido crime de organização criminosa pela prática de crime hediondo, quando exercer comando, que em regra teria que cumprir 40% da pena, mas pela previsão especial terá que cumprir mais, ou seja, 50%. No entanto, favorece de forma só explicável pela inabilidade do legislador o reincidente específico em crime hediondo ora condenado por exercer o comando de organização criminosa para a prática de crime hediondo, que pela regra de progressão em crimes hediondos teria que cumprir 60%, mas pela redação

do inciso VI, b, que é especial, terá que cumprir apenas metade (50%) da pena.

O limite de 50% da pena também se aplica ao condenado pelo crime de constituição de milícia privada (inciso VI, alínea “c”).

Por fim, prevê o inciso VIII que deverá cumprir o lapso temporal de 70% da pena, o condenado reincidente em crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, sendo, contudo, vedado o benefício do livramento condicional. Como se trata de uma lei mais gravosa, sua aplicabilidade se dá somente após a vigência da lei.

Ademais, foram mantidas as regras da chamada “progressão especial” para a mulher gestante, mãe ou responsável por pessoa com deficiência, cumprindo o lapso temporal de 1/8 (um oitavo), nos termos do parágrafo 3º.

Outro ponto de destaque no que refere ao cumprimento do requisito objetivo, é a expressa previsão no parágrafo 5º, de que o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06) não mantém os malefícios da hediondez, isto é, a porcentagem a ser necessária para que o condenado possa progredir de regime é o mesmo que de um crime considerado comum (16% ou 20%). Mesmo com a jurisprudência dominante nesse sentido, a previsão legal faz com que a insegurança jurídica seja diminuída e vincula a decisão dos magistrados atuantes nas Varas de Execuções Penais.

A respeito do tema, Nucci (2020, p. 158):

Criou-se o §5º apenas para incluir na lei – tornando o seu cumprimento obrigatório – jurisprudência dominante no STF e no STJ: “não se considera hediondo ou equiparado, para fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previstos no §4º do art. 33 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006”. É a hipótese do tráfico com causa de diminuição da pena de 1/6 a 2/3, tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem tome parte de organização criminosa.

Outra importante previsão legal fundamentada em jurisprudências dominantes dos Tribunais Superiores, é o que vem disposto no parágrafo 6º. Descreve que o cometimento de falta grave interrompe o prazo para obtenção da progressão de regime, de modo que a contagem do lapso será reiniciada com base na pena não cumprida.

Vejamos, in verbis: “o cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no

regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente”.

Destaca-se que as regras acima mencionadas valem tanto para a progressão do regime fechado para o semiaberto e do semiaberto para aberto, em razão do sistema progressivo.

4.2.2 Requisito subjetivo

Com relação ao requisito subjetivo, não houveram alterações significativas.

Como era previsto, o art. 112 da Lei de Execução Penal, exige boa conduta carcerária do sentenciado, comprovada pela direção da unidade prisional, sendo essa disposição realocada para o parágrafo 1º. Verifica-se: “em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. ”

No que tange a necessidade do exame criminológico, só será exigido nos termos da súmula nº 439 do STJ, ou seja, quando as circunstâncias do caso concreto motivar a decisão.

4.2.3 Vedação de Progressão

Importante trazer ao presente trabalho a “inovação” proporcionada pela Lei nº 13.964/19, no que se refere a vedação da progressão de regime para os crimes definidos na Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas).

É o que determina o parágrafo 9º, do artigo 2º, da Lei 12.850/13, senão vejamos:

Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

[...]

§ 9º O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento

condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.

Mais uma vez o legislador se viu diante da possibilidade de vedar a progressão de regime, só que agora, para o condenado que em sentença, teve a expressa menção de fazer parte de organização criminosa e que durante o cumprimento da pena mantenha o vínculo associativo.

Não obstante ao decidido no HC nº 83959/RJ, em que ficou constatado a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime, o legislador mais uma vez se vê diante de um possível fracasso em sua redação.

Nesse sentido, decorre a crítica de Junqueira (2020, p. 59):

Sob o prisma prático, a aplicação do dispositivo é inviável, pois é notório o domínio das facções criminosas nos presídios brasileiros, dadas as oportunidades fornecidas pela ausência de organização e estrutura dos estabelecimentos prisionais. Negar progressão e livramento condicional a todos os estabelecimentos dominados por facções criminosas resultaria na negativa de tais medidas para a grande maioria dos presos no Brasil, o que levaria ao colapso em poucos meses. O problema é que, diante da inviabilidade de cumprimento do dispositivo, é provável que a escolha daqueles que serão classificados como membros das facções criminosas seja aleatória, e sujeita a critérios (corrupção, mandonismo...) que podem incrementar a violência.

Como se trata de lei penal gravosa, a vedação da progressão somente será aplicada aos crimes praticados após a vigência da Lei nº 19.964/19.

Não obstante, a partir do endurecimento da pena e até mesmo de leis que buscar vedar a progressão de regime, o tópico seguinte abordará os malefícios dessas legislações, que em si, nada contribuem para o caráter ressocializador da pena e para a diminuição da criminalidade.

4.3 O Endurecimento da Progressão de Regime e suas Consequências

É inegável que a propositura legislativa que endurece o cumprimento de penas, estabelece novas formas progressão e veda alguns institutos ligados ao âmbito executivo penal, tem o objetivo de dar uma resposta a sociedade, que muitas vezes, instigadas pela mídia, querem que o Direito Penal modifique a vida em sociedade. Essas alterações garantem uma falsa percepção de “tranquilidade social”. Ou melhor,

endurecer regimes ou coibir institutos, diz mais sobre quem as propõe do que aqueles que serão atingidos.

Nesse seguimento, Soraia da Rosa Mendes Mendes e Ana Maria Martínez (2020, p. XIV):

Mesmo que seja considerado por alguns como “morto teoricamente”, subsistem fortemente entre nós movimentos inspirados por teorias identificadas com ideias de defesa social (notadamente o “direito penal do inimigo” e, como acima referi, a law and order), os quais podem ser reunidos, como lembra Salo de Carvalho (2010, p. 35-36) sob o nome comum de punitivismo. Concepções político-criminais estas que encontram espaço no senso comum (CARVALHO, 2011, p. 37) muito especialmente através da mediação. Por mais que existam resistências, a permeabilidade da política criminal ao punitivismo acaba fazendo com que vivamos um movimento pendular (CHRISTIE, 1988, p. 71) que, por ora, tem demonstrado inclinação clara à tendência político-criminal repressivista em todo o mundo

Primeiramente, cumpre analisar os motivos que levam o legislador a enrijecer as penas ou a dificultar os meios de progressão de regime, que possuem papel fundamental para atingir a finalidade pela qual a pena e a execução penal se destinam.

Inegável ressaltar, ao longo dos anos, seja no Brasil ou no mundo, a tendência de tornar a pena corporal mais grave vem aumentando. E muito desse agravamento da legislação é abrupto, isto é, vêm de situações emergenciais, que na percepção do legislador merece uma rápida resposta para atender ao clamor público.

E com essa situação de emergência, o Direito Penal do Inimigo vem se tornando cada vez mais evidente. Nas palavras de Zaffaroni (2007, p.13):

Nas últimas décadas produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da chamada política criminal ou, mais precisamente, da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nele, o tema inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão.

Contudo, o endurecimento e a busca pelo “inimigo da sociedade” no Brasil se torna ainda mais agravado, principalmente por motivos relacionados a estrutura carcerária que possuímos, a qual foi definida como um “Estado de Coisas Inconstitucional”. O cárcere, ao invés de ressocializar e cumprir a finalidade a qual é, em tese, destinada, faz com que as pessoas que ali estão sejam submetidas a

tratamento cruéis, desumanos e degradantes. E essa tendência é alimentada por medidas que enrijecem, por exemplo, a progressão de regime.

A tendência de agravar o cumprimento da pena ou dificultar as regras de progressão de regime, podem ser justificadas para tentar encontrar o “inimigo” no direito penal, e o “pacote anticrime”, com suas alterações deixa essa percepção, conforme explica Assumpção (2020, p. 150):

Por outro lado, a forma de corrigir essa eventual distorção não nos pareceu minimamente razoável, adequada ou proporcional, ao menos em algumas das situações. Os incisos do art. 112 preveem percentuais que, na prática, inviabilizam o sistema progressivo, como, por exemplo, 60% da pena em caso de reincidência de crime hediondo ou equiparado. A bem da verdade, é mais um ponto do “Pacote Anticrime” em que o espírito de agravamento das sanções jurídico-penais se expressa, consolidando a perspectiva de “combate ao inimigo” e renovando a seletividade do sistema penal.

A percepção pela busca do “Direito Penal do Inimigo”, que pode ser definido como regras diferenciadas impostas aos “inimigos da sociedade”, tendentes a diminuir ou atenuar direitos e garantias que são conferidas a todos os outros, encontra-se guarida, tanto na Lei nº 13.964/19 como em outras normas em vigência no Brasil.

E de acordo com Jakobs (2008, p. 17), o inimigo é aquele:

Quem não oferece segurança de que se comportará como pessoa não pode esperar ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.

E com o intuito de dar “segurança” à sociedade brasileira, o “pacote anticrime” se viu como uma ferramenta apta a combater o “inimigo da sociedade”, pois a sua criação tem o objetivo de combater aqueles que já estão segregados, marginalizados e em condições cada vez mais precárias.

É nítido que o endurecimento das condições de progressão de regime irá cada vez mais atingir os apresentados “inimigos da sociedade”. A realidade carcerária faz com que essa afirmação ganhe sentido.

É a opinião de Assumpção (2020, p. 148):

A realidade do sistema penitenciário no Brasil (declarado inconstitucional pelo STF nos autos da ADPF 347) não nos permite outra conclusão senão a de que o cárcere tem finalidades distintas daquelas tradicionalmente mencionadas. As funções declaradas da pena são incompatíveis com o que se assiste na prática. O cárcere é verdadeiro espaço de gestão de corpos de pessoas majoritariamente negras, com baixa instrução escolar, pobres e jovens, que cumprem pena por crimes específicos e não necessariamente vinculados aos danos causados à coletividade.

Conforme mencionado por Assumpção, o sistema carcerário que foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal como um “Estado de Coisas Inconstitucionais”, com o endurecimento dos requisitos de progressão e até mesmo, em alguns casos, sendo vedado a benesse, pela lógica, tende a piorar cada vez mais.

Ademais, não há ou não possuímos nenhum estudo relacionado ao endurecimento da pena ou vedação/enrijecimento da progressão e a consequente diminuição da criminalidade, que parecer ser o objetivo da Lei nº 13.964/19.

A crítica pela vedação da progressão e dos institutos correlatos é mencionada por Junqueira (2020, p. 58):

O legislador não resistiu à tentação de voltar a proibir a progressão de regime de cumprimento de pena, medida já fracassada do ponto de vista político criminal e jurídico na redação original da Lei de Crimes Hediondos. O fracasso do ponto de vista político criminal advém da inexistência de estudo que indique a diminuição da violência relacionada aos crimes hediondos nos 16 anos de vigência do dispositivo que proibia a progressão.

Contudo, para alguns doutrinadores, a tendência do Direito Penal e seus ramos, no futuro é ficar cada vez menos rigoroso. Em razão dessa afirmativa, podemos mencionar que esse raciocínio vem ao encontro do anteriormente mencionado. Em tempos em que a população carcerária vem aumentando significativamente, em que as estruturas dos estabelecimentos penais não suportam o aprisionamento massivo, chegará um momento em que será necessário discutir novas formas de progressão ou até mesmo de cumprimento de pena.

Sobre o espírito das penas no futuro próximo serem suavizadas, argumenta Claus Roxin (2008, p. 17):

Apesar do previsto aumento da criminalidade, as penas não de tornar-se mais suaves. À primeira vista, isso parece paradoxal, pois corresponde ao raciocínio do leigo reagir a uma criminalidade crescente com penas mais duras.

[...] Fenômenos como a criminalidade organizada, ainda não suficientemente investigada nem jurídica, nem criminologicamente, o que faz, portanto causadora de muita insegurança, e também o medo da criminalidade entre cidadãos, aumentado pelas reportagens da mídia, tornam a exigência de penas mais duras um meio cômodo para que muitos políticos consigam votos.

Portanto, a principal crítica às reformas proporcionadas à Lei de Execução Penal é a busca pelo movimento de aprisionar, sobretudo para aqueles tidos como “inimigos da sociedade”. O aumento dos prazos da progressão, bem como sua vedação em alguns casos, aumentará ainda mais a já superlotada sociedade carcerária, e o que se denota é a falta de planejamento dos governos para evitar violações mais exasperadas a dignidade da pessoa humana. Contudo, diante da falta de planejamento governamental, discute-se novas formas de progressão de regime e até mesmo de cumprimento de penas. É o que será debatido no próximo capítulo.

5 NOVAS ALTERNATIVAS À PROGRESSÃO DE REGIME

Em um futuro próximo, como citado por Roxin, o Direito Penal será suavizado, dado a necessidade de diminuir o movimento incriminador, que hoje é tendência, pois, chegará um momento em que o Estado não conseguirá arcar com o alto custo das prisões. Enquanto isso não ocorre, o capítulo final do trabalho abordará a problemática da falta de vagas no sistema penal brasileiro, mostrando a dificuldade enfrentada pelo atual sistema progressivo e finalizará com a tentativa de encontrar uma nova possibilidade de progressão de regime, com o intuito de minimizar os efeitos causados pelo movimento de encarceramento em massa em que atravessa o país.

5.1 A Problemática de Vagas no Sistema Penal Brasileiro

O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em 09 de setembro de 2015 acolheu parcialmente o pedido feito por alguns partidos políticos e considerou o nosso sistema carcerário um “Estado de Coisas Inconstitucional”. Nesse contexto, entendeu o STF que o sistema carcerário nacional viola os direitos fundamentais dos presos, tendo em vista a falta de políticas públicas voltadas ao encarcerados, bem como as falhas estruturais dos presídios nacionais.

É o que foi proferido no respectivo Acórdão (2020, p. 4):

Em 9 de setembro de 2015, o Pleno acolheu parcialmente pedido de medida de urgência, oportunidade na qual afirmado cenário de violação, massiva e persistente, de direitos fundamentais dos presos, consideradas falhas estruturais e a falência de políticas públicas – circunstância a reclamar a adoção, pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, de medidas abrangentes, de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Nesse contexto, é nítido a falta de políticas públicas que buscam a diminuição do encarceramento, contudo, não faltam leis que permitem o endurecimento da pena, bem como de benefícios ligados a execução penal, e, em

consequência, agravam ainda mais a situação caótica vivenciada nos presídios nacionais.

De acordo com os dados do INFOPEN (Departamento Penitenciário Nacional), atualmente, possuímos cerca de 773 mil pessoas encarceradas. Destes, sua grande maioria cumprido pena no regime fechado, o que representa aproximadamente 348.371 mil presos. Em regime semiaberto, cerca de 126.146 mil presos. Entretanto, de acordo com os dados, os déficits de vagas somam o total de 312.125 mil nas unidades prisionais brasileiras e as vagas disponíveis giram em torno de 461.026 mil, isto é, o modelo incriminador brasileiro não consegue suportar o movimento de aprisionamento em que estamos vivenciando.

Os números são trazidos pela reportagem de Luciano Nascimento (2020, s.p):

O Brasil tem mais de 773 mil presos em unidades prisionais e nas carceragens das delegacias. Os números, relativos a junho de 2019, foram divulgados, hoje (14), pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. O número de presos nas unidades carcerárias soma 758.676, a maioria, 348.371, no regime fechado, quase a metade do total de aprisionados, 45,92%. Os dados mostram um crescimento dessa população de 3,89% em relação ao apurado em 2018.

Os presos provisoriamente - que ainda não foram condenados - constituem o segundo maior contingente, com 253.963, representando 33,47% do total. Os presos no semiaberto, 16,63%, somam 126.146, e os no regime aberto são 27.069, representando 3,57% do total. Já os que estão em medida de segurança ou em tratamento ambulatorial somam 3.127 pessoas.

Os números mostram ainda que faltam 312.125 vagas nas unidades carcerárias do país e que as vagas disponíveis são 461.026.

De acordo com os dados apresentados, a falta de vagas gera uma falsa percepção da realidade carcerária. Pela lógica, para combater a falta de vagas nos presídios, bastaria que os governantes dispusessem de novos presídios e com isso, abririam novas vagas. Entretanto, essa realidade é pouco diferente, uma vez que a superlotação carcerária é considerada estrutural e sistêmica.

Nas palavras de Roig (2017, p. 582):

Pautando-se por estes dois conceitos e verificando-se as notórias condições de encarceramento no Brasil, não há alternativa senão a de reconhecer que o quadro de superlotação em nosso país também possui natureza estrutural e sistêmica. Estrutural porque a superlotação se tornou, ao menos nas últimas décadas, a tônica de nosso sistema, evidenciando seu mau

funcionamento crônico. Ao mesmo tempo, os poderes regularmente constituídos não oferecem medidas eficazes para o refreamento da superlotação, garantido a melhoria das condições materiais de encarceramento. Sistêmica porque a superlotação no Brasil jamais foi pontual ou local, mas sim espalhada por todos os Estados da Federação.

Ocorre ainda, que além de não termos políticas públicas voltadas para combater a superlotação carcerária, leis que dificultam a progressão de regime ou em alguns casos, a vedam, mantém a natureza estrutural e sistêmica da superlotação.

Como não há medidas por parte do poder público efetivas para combater o encarceramento em massa e o déficit de vagas, fica a cargo da jurisprudência proceder nessa tentativa, contudo, na prática, os juízes atuantes na execução penal também contribuem para essa situação.

5.2 Falência do Atual Modelo Progressivo

Diante da falta de vagas nos presídios nacionais, seja no regime fechado, semiaberto ou aberto, o sistema carcerário tem contribuído para a falência do nosso modelo progressivo de cumprimento de pena.

Como já mencionado em capítulos anteriores, vigora na Lei de Execução Penal o sistema progressivo de cumprimento de pena, isto é, a partir do cumprimento de certos requisitos, o sentenciado passa do regime mais gravoso para o mais brando. Ocorre que, pelo déficit de vagas, o sistema progressivo encontra-se violado, pois, na prática, diante da falta de vagas no regime semiaberto, juízes da execução penal, após o deferimento da progressão, mantêm o sentenciado em regime fechado até que surja uma nova vaga.

A afirmação é trazida por de Brito (2020, p. 375):

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. O que acontece, frequentemente, é a insuficiência de espaço em estabelecimentos semiabertos, o que leva os juízes a negarem a progressão, mantendo o condenado em regime fechado.

Ante a clara ofensa ao sistema progressivo, é nítido que não se pode imputar ao condenado uma falha gravíssima e estrutural do Estado. Nesse sentido, é

incabível que a pessoa presa, após o preenchimento dos requisitos legais, tenha direito à progressão para o regime mais brando, e por falha do Estado não possa gozar da benesse conquistada.

E como a falta de vagas é causada pela superlotação, que é sistêmica e estrutural, coube a jurisprudência dos Tribunais elaborar formas de minimizar essa grave falha estatal.

De acordo com a súmula vinculante nº 26, “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”, isto é, viola o princípio da individualização da pena, a manutenção do sentenciado em regime mais gravoso.

Contudo, mesmo com a vinculação de um precedente, juízes da execução penal não cumprem com a determinação, sendo necessário em muitos casos, a impetração de Habeas Corpus para sanar a ilegalidade da manutenção do sentenciado em regime mais gravoso.

E para Luiz Flávio Gomes, essa manutenção gera um “Estado Marginal” (2011, s.p):

Manter o condenado em regime fechado quando tem direito ao regime semiaberto significa desvio na execução, ou seja, estar fora-da-lei. Muitos juízes aceitam essa anomalia, sem perceber que isso significa dar vida ao que chamamos de Estado Marginal (estado às margens da lei). A forma mais eficiente para se desacreditar na Justiça acontece quando a Justiça se posiciona fora do Estado de Direito (fora-da-lei).

Na legislação vigente, não existe um prazo estabelecido para ocorrer a transferência do sentenciado para o regime mais brando. Ocorre que, no Estado de São Paulo, por exemplo, como não há prazo estabelecido para a transferência do sentenciado ao regime menos gravoso, é comum, na prática, a impetração de Habeas Corpus para os tribunais superiores analisarem a ilegalidade da não transferência para o regime adequado. Como não há prazo definido, as penitenciárias seguem uma lista em ordem cronológica para proceder na transferência do sentenciado, o que pode levar dias ou até meses para concretizar a mudança de regime.

Diante dessa ilegalidade, esclarece Coelho (2019, s.p):

O Juízo do Departamento Estadual de Execução Criminal de São José dos Campos deferiu a progressão no último dia 29 de janeiro. Dois dias depois, o diretor técnico da Penitenciária de Potim informou a defesa que existe uma lista única estadual para transferência ao regime semiaberto.

"A posição do réu era de 4.335, e respeita uma ordem cronológica, usando como data base o deferimento do benefício, sendo assim, não se sabe quando, e para onde o réu será transferido, e o controle desta lista não é de responsabilidade da Unidade Prisional, e sim da Secretaria", afirmou trecho do e-mail.

No caso analisado, o homem cumpriu a fração da pena no regime fechado e poderia progredir para o semiaberto, mas o presídio alegou haver 1,9 presos na frente dele e manteve o homem no regime fechado. Após a decisão do STF, o juízo apenas emitiu outro ofício, mesmo ciente da ausência de vaga, ordenando que a Secretaria da Administração Penitenciária "providencie a remoção do apenado para presídio adequado ao cumprimento da pena no regime semiaberto no prazo de 48 horas"

Logo, a decisão que defere ou não a progressão de regime não pode ser vinculada apenas à existência de vagas, mas sim, ao preenchimento ou não dos requisitos previstos em Lei para viabilizar a progressão. E caso não haja vagas no regime mais brando, caberia ao magistrado aplicar a compensação penal.

Nas palavras de Roig, a compensação penal é entendida da seguinte forma (2017, p. 590):

A compensação penal decorre fundamentalmente do excesso de punição que a privação de outros direitos, além da liberdade ambulatorial, proporciona na prática da execução penal. Assim, procedendo, o Poder Judiciário conseguiria ajustar a dimensão aritmética da pena às condições qualitativas de aprisionamento.

A compensação penal, mencionada por Roig poderia advir, por exemplo, da aplicação de um regime ainda mais brando enquanto se aguarda uma vaga, como ocorre nos casos em que, havendo déficit de vagas no regime semiaberto, aguardaria o sentenciado em regime aberto até o surgimento desta.

Nesse sentido, explica Nucci (2020, p. 162):

Deve-se observar, rigorosamente, o disposto no Código Penal e na Lei de Execução Penal para promover a execução da pena, sem a criação de subterfúgios contornando a finalidade da lei, que é a da reintegração gradativa do condenado, especialmente daquele que se encontra em regime fechado, à sociedade. Assim, é incabível, como regra, a execução da pena "por saltos", ou seja, a passagem do regime fechado para o aberto diretamente, sem o necessário estágio no regime intermediário (semiaberto). Porém, é preciso considerar que, por vezes, deferindo o juiz a progressão do sentenciado do regime fechado ao regime semiaberto, não havendo vaga

neste último, tem-se permitindo que se aguarde a referida vaga no regime aberto.

Dessa forma, a melhor maneira de impedir a violação do princípio da individualização da pena, bem como de não imputar ao condenado a desídia estatal, seria em antecipar o regime ainda mais brando, isto é, conceder o regime aberto ao invés do regime semiaberto.

Nas palavras de Alexis Couto de Brito (2020, p. 376):

O magistrado, procedendo com prudência, comprovando a inexistência de vaga no estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto, poderá promover o condenado ao regime aberto, inclusive na modalidade de prisão domiciliar, pois, como bem assevera Carlos Biasotti, “não ofende o zelo da Justiça, antes é o que a Jurisprudência preconiza” (Do excesso ou desvio de execução. In: Iagras Neto; Nalini; DiP (coords.). Execução penal – visão do TACrim-SP, p. 109).

Conforme se verifica, o sistema progressivo de cumprimento de pena é violado e relativizado a cada progressão de regime que não se concretiza diante da falta de vagas no regime mais brando e, diante de legislações que endurecem o cumprimento dos requisitos para a progressão de regime, a tendência é a falência desse sistema, uma vez que, com a crescente falta de vagas e o pouco investimento em regimes como o semiaberto e aberto, a dificuldade de efetivamente progredir será cada vez mais evidente.

5. 3 Monitoramento Eletrônico: a solução?

É inegável que diante da falência do sistema progressivo de cumprimento de penas, novas medidas deverão ou serão necessárias para combater a superlotação carcerária e a consequente violação dos direitos daqueles que estão com sua liberdade tolhida.

Diante das modificações proporcionadas pelo “pacote anticrime”, novamente estamos discutindo normas que contribuem para o encarceramento, contudo, não há discussão sobre formas de alterar o sistema como um todo, isto é, há normas de endurecimento das penas, mas não se verifica normas ou políticas públicas tendentes a melhorar o sistema carcerário, com respeito ao sistema

progressivo, e, conseqüentemente, em respeito ao cumprimento da finalidade pela qual a pena se destina.

Uma das alternativas seria a imposição do monitoramento eletrônico aos presos em cumprimento de pena em regime semiaberto. Atualmente, a legislação executiva prevê em seu artigo 146-B e seguintes, as regras pertinentes ao monitoramento, senão vejamos:

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV - determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - a regressão do regime; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - a revogação da autorização de saída temporária; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VI - a revogação da prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

VII - advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - quando se tornar desnecessária ou inadequada; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

De acordo com a legislação supracitada, as hipóteses de cabimento da monitoração eletrônico são taxativas, uma vez que somente é permitido nos casos em que se autoriza a saída temporária ou quando determinada a prisão domiciliar. Observa-se, contudo, que foi vetado o inciso I do art. 146-B, no qual previa a possibilidade de aplicação do monitoramento ao condenado em regime aberto ou semiaberto ou em caso de progressão: “I - aplicar pena restritiva de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes.”

Como mencionado, umas das hipóteses de previsão de uso do monitoramento eletrônico é durante o benefício da saída temporária, também conhecida como saidinhas. A saída temporária é um benefício em sede executiva, que permite ao condenado que esteja em cumprimento de pena no regime semiaberto, possa, a partir do cumprimento dos requisitos legais, sair do estabelecimento penal, sem vigilância direta para poder visitar à família, frequentar curso profissionalizante ou participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

É o que prevê os artigos 122 e seguintes da Lei de Execução Penal:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

~~Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)~~

§ 1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

~~Parágrafo único. Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de 2º grau ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.~~

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II - recolhimento à residência visitada, no período noturno; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.258, de 2010)

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Art. 125. O benefício será automaticamente revogado quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.

De acordo com a legislação, o sentenciado em gozo da saída temporária recebe a confiança estatal de que irá retornar à penitenciária em um prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano, ou seja, são ao todo 5 (cinco) saídas por ano.

Algumas exigências são impostas ao sentenciado em gozo de saída temporária, como por exemplo, o fornecimento de endereço de residência familiar ou

local onde poderá ser encontrado, recolhimento no período noturno na residência visitada e não frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. Sendo que, será automaticamente revogada à saída temporária quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido com falta grave, não obedecer às condições impostas na autorização ou não obter um aproveitamento satisfatório do curso que frequenta.

Atento aos requisitos, para Nucci, a saída temporária aperfeiçoa ainda mais o senso de responsabilidade do sentenciado, sendo um importante fator de reinserção social (2020, p. 169):

Cuida-se de benefício de execução penal destinado aos presos que cumprem pena em regime semiaberto, como forma de viabilizar, cada vez mais, a reeducação, desenvolvendo –lhes o senso de responsabilidade, para, no futuro, ingressar no regime aberto, bem como para dar início ao processo de ressocialização.

Nesse sentido, verifica-se que uma das hipóteses de admissibilidade do uso de monitoramento eletrônico contribui para a finalidade principal da pena, qual seja, ressocializar o indivíduo, motivo pelo qual, acredita-se na viabilidade deste instituto.

Não obstante, o surgimento do monitoramento eletrônico teve início no Estado Unidos da América, em 1971, e, posteriormente, foi difundido por outros países.

Segue o relatado do início do monitoramento por Roig (2017, p. 464):

A ideia de utilização de um mecanismo eletrônico de monitoramento de presos começou a ser concebida pelos irmãos americanos Robert Schwitzgebel e Ralf Schwitzgebel, por volta dos anos 60, mas sua concretização deve-se ao magistrado Jack Love, após ler em 1977 um trecho dos quadrinhos do “Homem Aranha”, em que este conseguiu ser localizado por seu inimigo graças a um dispositivo colocado em seu punho. Com isso, solicitou a um engenheiro eletrônico de nome Michael Goss a construção do dispositivo empregado a partir de 1983.

A ideia então se difundiu não só nos Estado Unidos, mas por toda a Europa, atingindo Reino Unido (1991), Suécia (1994), Holanda (1995) e França (2003). Na América Latina, Argentina e Colômbia foram precursores da medida, mais adiante encampada por nosso país.

No Brasil, não há um consenso acerca do início da modalidade, de modo que há relatos que se deu em 2007 por parte de algumas legislações estaduais. Em

âmbito nacional, foi instituída a Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010, que alterou a Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, Marcão explica o surgimento do instituto em âmbito nacional (2018, p. 244):

Embora timidamente, a Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010, instituiu o monitoramento eletrônico no âmbito da execução penal (por ela denominado monitoração), alterando dispositivos da Lei de Execução Penal (arts. 122 e 124) e incluindo outros (arts. 146-B a 146-D), constituindo, ainda assim, e de alguma maneira, considerável avanço, porquanto indispensável o enfrentamento da questão no âmbito executacional.

O Projeto que deu origem à Lei n. 12.258/2010 tinha contornos mais amplos e buscava permitir o monitoramento eletrônico também em relação aos executados submetidos a regime aberto; penas restritivas de direito; livramento condicional e suspensão condicional da pena, mas, em razão dos vetos sofridos, a lei que dele resultou passou a permitir o monitoramento apenas em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto (arts. 122 a 125 c/c o art. 146-B, II, todos da LEP) e aos que se encontrarem em prisão domiciliar (art. 117 c/c o art. 146-B, IV, ambos da LEP).

O monitoramento utilizado pelo sistema penitenciário brasileiro é o Sistema de Posicionamento Global (GPS), isto é, há um satélite que orbita a Terra, além de estações de controle desses satélites, que transmite sinal para um aparelho fixado no corpo da pessoa presa, que pode ser uma pulseira, uma tornozeleira, cintos ou dispositivos integrados à linha telefônica. No Brasil, é comum o uso de tornozeleiras.

Sobre os sistemas de monitoramento eletrônico, menciona de Brito (2020, p. 530):

Existem ainda os sistemas de localização global, formados por satélites e estações em terra, combinados com um aparelho fixado ao corpo do vigiado. Fornece uma localização exata do vigiado e permite a emissão de um alarme caso ele entre em locais não permitidos ou se afaste de locais determinados. Os mais avançados permitem a conjunção de outras supervisões como a leitura da taxa de alcoolemia, oxigenação, sudorese, batimento cardíaco etc., ou ainda a instalação de micro câmeras que observam a atividade do portador.

Outrossim, a possibilidade de introdução do monitoramento eletrônico em âmbito penal sempre foi um tema bastante discutido na doutrina, de modo que há vários posicionamentos a favor e contra a sua implantação, não havendo um consenso sobre a legalidade do uso.

A favor da implantação, doutrinadores alegam que a medida poderia proporcionar a redução da superlotação carcerária, medida mais urgente a ser discutida, poderia ainda, instigar a reinserção na sociedade da pessoa presa, além de possuir um custo menor, sendo um meio individualizador no combate a prevenção de delitos.

Um dos que pensam de forma positiva, é o doutrinador Roig, senão vejamos (2017, p. 467):

A primeira delas aponta no sentido de que a vigilância eletrônica constitui meio econômico, individualizador e eficaz para o controle penal sobre criminosos e a prevenção de delitos.

[...]

Por fim, há entendimento que vislumbra no monitoramento um instrumento importante inclusive para a diminuição da população carcerária, desde que não ocasione aumento do rigor penal, nem gere desnecessárias intervenções sobre os indivíduos.

No mesmo sentido, de Brito (2020, p. 531):

Encontramos ao menos três formas de justificar a adoção do monitoramento eletrônico:

- autonomamente, como sanção restritiva de liberdade ou restritiva de direitos (pena de vigilância);
- para diminuir a população carcerária, como alternativa ao encarceramento, em casos de regime fechado ou semiaberto aumentando as hipóteses de saída, ou de prisão preventiva;
- por razões administrativas, de aumento de controle e vigilância.

[...]

Como vantagem em relação ao cárcere, evita seus efeitos de dessocialização e facilita a manutenção dos laços familiares e da atividade profissional, permitindo que o condenado continue a prover sua família. Essa é a opinião de Edmundo Oliveira (Direito penal do futuro, p. 10), acompanhado por Faustino Gudín Rodríguez-Magariños (Op. cit., p. 14 e 84 e s., com farta bibliografia).

Contudo, alguns doutrinadores entendem que a vigilância eletrônica limita a esfera privada do indivíduo, de modo que a pessoa condenada teria sua privacidade e seu direito à intimidade violados.

Constitui o pensamento de Roxin (2008, p. 7):

Acima de tudo, a limitação à esfera privada e íntima que um sistema de vigilância traz consigo não é de modo algum ilimitadamente permitida num

Estado de Direito Liberal. Se, p. ex., toda a esfera privada dos suspeitos, até seu dormitório, for submetida a uma vigilância acústica e ótica, retira-se dessas pessoas, entre as quais se encontrarão necessariamente vários inocentes, qualquer espaço em que possam construir suas vidas livres da ingerência estatal, atingindo-se, assim, o núcleo de sua personalidade. Isto seria um preço demasiado caro, mesmo para o combate eficiente ao crime.

Como se percebe, há grande debate acerca (in)constitucionalidade da adoção de mecanismos eletrônicos como forma de controle penal, seja em cumprimento de pena privativa de liberdade ou como imposição a medidas restritivas de direitos.

Aliás, partindo da premissa que toda nova forma de cumprimento de pena será debatida, podemos utilizar os números da saída temporária para rechaçar a ideia de que a pessoa condenada não assumiria o compromisso de cumprir com os requisitos definidos em lei para alcançar a benesse. Em outras palavras, quando o Estado confia na pessoa custodiada, a resposta dada por ela é considerada expressiva.

Vejamos, de acordo com a reportagem de Adorno (2018, s.p), em que fica nítido a taxa de comprometimento daqueles que são beneficiados com a saída temporária e que esse exemplo possa ser exportado para o cumprimento da pena em regime semiaberto, mas com o uso de monitoramento eletrônico:

A taxa de retorno dos presos do regime semiaberto de São Paulo beneficiados com a saída temporária no fim de 2017 é a maior em dez anos. Segundo a SAP (Secretaria da Administração Penitenciária), foram liberados no fim do ano, para passar Natal e Ano-Novo em liberdade, 33.324 homens e mulheres. Retornaram na primeira semana do ano 31.991 (96%). Ou seja, 1.333 são considerados foragidos.

Em geral, percebe-se que para aqueles que são oferecidas possibilidades de reinserção na sociedade, na sua grande maioria, correspondem com as expectativas que lhes são atribuídas por lei e necessitamos não nos preocupar em enrijecer penas ou formas de progressão de regime, mas sim, em criar mecanismos de introdução da pessoa presa em sociedade.

No futuro, como mencionado anteriormente, penas corporais ficarão restritas a crimes considerados mais graves, pois a tendência do Direito Penal, seja em decorrência da humanização das penas ou como forma de baratear a sanção aplicada, é em ser suavizado.

Nas palavras de Roxin (2008, p. 19):

O desenvolvimento político-criminal deve, portanto, afastar-se ainda mais da pena privativa de liberdade.

[...]

Minha sexta conclusão intermediária diz, portanto: diversificação ou pena de multa são meios mais humanos, baratos e, na esfera inferior da criminalidade, mais propícios à ressocialização, e não menos eficiente do ponto de vista preventivo que a privação de liberdade. Todos os argumentos, portanto, são favoráveis a uma suavização do direito penal.

Diante dos argumentos acima expostos, alguns Estados da Federação já estão incluindo em âmbito penitenciário o uso do monitoramento eletrônico como medida apta a substituir a pena privativa de liberdade. Além do mais, em âmbito federal, governos anteriores discutiam a implantação do monitoramento eletrônico perante a população carcerária.

Segue o relato do Serviço de Comunicação Social do DEPEN (2018, s.p):

O Ministério da Segurança Pública (MSP) tem adotado uma série de iniciativas para fomentar medidas alternativas à privação de liberdade, quando essas se mostram adequadas à responsabilização. A ampliação do uso de tecnologia, como a monitoração por tornozeleiras eletrônicas, é uma das estratégias para minimizar a superlotação das penitenciárias brasileiras, que atualmente tem déficit de aproximadamente 355 mil vagas.

A situação prisional do país é, na opinião do ministro Raul Jungmann, o principal problema a ser enfrentado na área de segurança pública. Com mais de 726 mil presos, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo com um crescimento médio de 8,3% ao ano nas últimas décadas.

[...]

“Além de auxiliar as unidades federativas a resolver o problema da superlotação em unidades prisionais, as alternativas penais visam também reduzir os custos do sistema carcerário para o país”.

Como demonstrado na matéria acima exposta, outro fator relevante que contribui para a implementação do monitoramento é o baixo custo ao ser comparado com a manutenção da pessoa encarcerada.

Somando-se a isso, governos estaduais impuseram o monitoramento eletrônico como pena a ser cumprida em regime semiaberto, proporcionando aos sentenciados um maior senso de responsabilidade pela inserção destes na sociedade, bem como diminuindo a população carcerária e a conseqüente diminuição de gastos.

No Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, o uso do monitoramento eletrônico vem crescendo e se tornando referência em âmbito nacional. Além do mais, juízes da execução preferem utilizar a tecnologia ao invés de manter o sentenciado no regime semiaberto, em que o beneficiário permanece no período diurno trabalhando e se recolhe no período noturno para dentro do sistema prisional.

São os relatos trazidos pelo Imprensa AGEPEN (2020, sp.), mencionando que o uso de tornozeleiras está sendo difundido no Brasil e as vantagens de utilizá-las no regime semiaberto:

Pelo menos 28.000 brasileiros, por ordem da Justiça, estão sendo monitorados pela tecnologia da tornozeleira eletrônica, em prisão domiciliar, regime aberto ou semiaberto e em saídas temporárias como no feriado de fim do ano. É a segunda maior população de usuários no mundo. O país só perde para os Estados Unidos (70.000), o primeiro país a adotar o dispositivo, na década de 70 (o Brasil só aderiu a ele em 2010). Os dados são da Spacecom, a maior empresa do ramo no Brasil e na América do Sul.

Em Mato Grosso do Sul, atualmente 1.783 (Mil setecentos e oitenta três) apenados e 155 com medidas protetivas (Lei Maria da Penha) estão usando tornozeleira eletrônica. O usuário é monitorado 24 horas por dia por uma equipe de quatro agentes que se revezam, em uma estrutura que conta com 43 servidores e um departamento jurídico. O sistema é tão eficiente que tem ajudado, inclusive, na resolução de crimes e localização de suspeitos.

[...]

Titular da Vara de Execução do Interior (VEPIIn), o juiz Luiz Felipe Medeiros Vieira utiliza muito a tornozeleira, principalmente nos regimes semiabertos do interior do Estado, onde não há unidades prisionais. Segundo ele, a fiscalização do sistema é muito efetiva e a precisão da tornozeleira é muito alta. “Se o preso sai da residência dele alguns metros, fora do horário, a central de monitoramento recebe o alerta e automaticamente nos informa”, explica, salientando que considera o sistema mais eficaz que aquelas hipóteses do sentenciado que vai apenas pernoitar na unidade prisional. “Nestes casos não temos como fiscalizar o tempo diurno dele”, diz. Portanto, graças ao uso da tornozeleira é possível acompanhar toda a movimentação do sentenciado. “Podemos saber se ele está trabalhando, que horário ele sai e volta para casa”, atesta. O sistema, de acordo com Medeiros, tem ajudado bastante no âmbito da execução penal no interior, onde atua.

Destarte, sem adentrarmos no mérito dos presos provisórios (que poderiam auxiliar ainda mais na diminuição da população carcerária), propiciar que os presos em cumprimento de pena no regime semiaberto, que hoje correspondem a aproximadamente 17% da população carcerária, cumpram suas penas monitorados eletronicamente, poderia diminuir os riscos e violações causadas pela superlotação carcerária, além de ser uma nova tentativa de ressocialização da pessoa condenada.

6 CONCLUSÃO

O sistema carcerário enfrenta até os dias de hoje com a falta de políticas públicas que busquem a sua melhoria. Posto isto, até mesmo a legislação que regulamenta a Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) sofreu certa resistência, pois, como visto, passaram-se vários anos até que fosse sancionada uma norma que regulamentasse o sistema carcerário em âmbito nacional.

Para que a Lei de Execução Penal seja aplicada e gere todos os seus efeitos, a pessoa deve ter contra si um processo criminal e ao final deste procedimento, o Juiz, em sentença, lhe aplique uma sanção privativa de liberdade ou uma medida de segurança. Desta forma, o início da execução da pena pode se dar de maneira provisória, quando ainda há a pendência de recurso, ou de maneira definitiva.

Dada a sua importância, são vários os princípios norteadores em sede de Execução Penal, dentre eles, destacamos o princípio da humanidade, da legalidade, da individualização da pena, da proporcionalidade, do “*numerus clausus*” e da personalidade. Muitos desses princípios possuem expressa previsão constitucional, o que nos permite dimensionar o tamanho de suas importâncias. Contudo, diante de um sistema carcerário totalmente desequilibrado, muitos dos princípios mencionados perdem suas forças, ou melhor, suas aplicabilidades. Partindo dessa premissa, para que a execução da pena atinja sua finalidade, se faz necessário, em um primeiro momento, respeitar e fazer valer os princípios que norteiam, tanto o Direito Penal, Processual Penal e principalmente a Execução Penal.

No momento em que o Juiz profere a condenação criminal, nela é fixada o regime de cumprimento de pena, que poderá ser fechado, semiaberto ou aberto. No entanto, os regimes de cumprimento de pena, em razão da falta de políticas públicas voltadas para o cárcere, estão entrando em colapso, tendo em vista o movimento de aprisionamento em que o Brasil se encontra.

O nosso sistema penal permite que a pessoa que teve contra si uma condenação, possa, a partir do cumprimento de requisitos previstos na Lei de Execução Penal, progredir de regime, ou seja, pode a pessoa presa passar de um regime mais gravoso para um regime mais brando, desde que cumpra com os requisitos previstos em Lei. Basicamente, são dois requisitos que a pessoa condenada deva cumprir: um, de ordem objetiva e outro, de ordem subjetiva.

Entretanto, apesar de não se discutir políticas públicas que busquem, pelo menos, cumprir com as previsões expressas em Lei, o legislador, muito em razão do clamor público e das intenções midiáticas, discute-se normas que dificultam ainda mais o regular cumprimento da pena privativa de liberdade.

No intuito de acalmar os ânimos da população, discutia-se a possibilidade de enfrentamento do tráfico de drogas e de armas e nesse ínterim, surgiu o chamado “Pacote anticrime”, um verdadeiro “salvador da pátria”. Não obstante, a Lei nº 13.964/19 trouxe em seu bojo várias alterações em diversas legislações esparsas, contudo, ao nosso ver, o maior impacto dessa legislação se concentra às alterações promovidas à Lei de Execução Penal. Mais uma vez, o legislador discutiu formas de enrijecer a sanção penal e os benefícios em sede executiva, entretanto, se ocultou diante das ilegalidades que o sistema carcerário impõe as pessoas segregadas.

Ao prever formas que endurecem a progressão de regime e em alguns casos, a vedam, o legislador alimenta a existência do “Estado de Coisas Inconstitucional” no sistema penitenciário.

Desta forma, o trabalho conclui que as alterações na progressão de regime servem para o legislador se esquivar de enfrentar o problema da superlotação carcerária, impondo penas mais duras àqueles que são considerados os “inimigos da sociedade”, mas, não conseguem ou não apresentam relação entre o endurecimento da pena ou da progressão com a diminuição da criminalidade.

Além do mais, o legislador se esquece que em futuro não tão distante, a sanção corporal será cada vez mais suavizada, seja em razão do alto custo do encarceramento ou em razão da humanização das penas.

Logo, o que se busca com presente trabalho é discutir a falta de políticas públicas voltadas para a ressocialização da pena e as consequências do endurecimento dos requisitos para a progressão de regime, ante a falta de vagas no sistema carcerário. Nesse contexto, uma alternativa, tanto para a superlotação carcerária, quanto para o alto custo do encarceramento, é o investimento em medidas aptas a substituir a pena privativa de liberdade, bem como de medidas que cumpram com o sistema progressivo de cumprimento de pena.

Portanto, é inegável que em um momento iremos discutir novas possibilidades progressão de regime ou até mesmo de novas forma de cumprimento de pena, e, entendemos que a medida mais apta a cumprir com a finalidade pela qual

a pena se destina, no momento, é possibilitar àqueles que estão em cumprimento de pena em regime semiaberto e desde que cumpra com os requisitos legais, nos moldes da saída temporária, sejam monitorados eletronicamente.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Luís. **96% dos presos beneficiados por saidinha de fim de ano em SP retornaram, diz secretaria**. UOL. Disponível em:

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/09/96-dos-presos-beneficiados-com-saidinha-de-fim-de-ano-em-sp-retornaram-diz-secretaria.htm>

Acesso em: 04 ago. 2020.

ASSEMBLEIA Geral da ONU. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 25 maio. 2020

AGÊNCIA Estadual de Administração do Sistema Penitenciário. Monitoramento eletrônico de tornozeleira do MS é referência nacional. **Imprensa Agepen**.

Disponível em: <https://www.agepen.ms.gov.br/monitoramento-eletronico-de-tornozeleira-do-ms-e-referencia-nacional/> Acesso em: 04 ago. 2020.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote anticrime: comentários à Lei n. 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARBOSA, Licínio. **Considerações a propósito das tentativas de elaboração de um Código de Execuções Penais**. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181399/000398306.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 25 maio. 2020.

BARBOSA, Pedro Câmara. O princípio da legalidade na execução penal. **Canal Ciência Criminais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-principio-da-legalidade-execucao/>. Acesso em: 04.jul. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Legislação Informatizada - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Exposição de Motivos**. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei. PL 10372/2018. **Propostas legislativas**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2178170> . Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Rodrigo Maia cria comissão de juristas para fortalecer o combate ao tráfico de drogas e armas. **Agência Câmara de Notícias**.

Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/524913-rodriigo-maia-cria-comissao-de-juristas-para-fortalecer-o-combate-ao-traffic-de-drogas-e-armas/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Casa Civil. Decreto Nº 6.049 de 27 de fevereiro de 2007. **Aprova o Regulamento Penitenciário Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6049.htm. Acesso em: 18 jul.2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, (de 07 de dezembro de 1940). **Código Penal.** Diário Oficial da União. 1940.

BRASIL. Planalto. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=L8072&text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAsncias.. Acesso em: 20 jul.2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 439.** Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27439%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27439%27).sub..) Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 471.** Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_43_capSumulas471-475.pdf.. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347**, Rel. Min Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 01.07.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343623422&ext=.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Habeas-corpus. Constrangimento ilegal. Habeas-corpus n.º 82.959**, Rel. Min Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 23.02.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 26**. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%2C%20por,refletiu%20na%20S%C3%BAmula%20Vinculante%2026..> Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 56**. A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 01 ago. 2020.

CÂMARA dos Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>. Acesso em: 26 maio. 2020.

COELHO, Gabriela. Administração Penitenciária de SP descumpre determinação do STF. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/administracao-penitenciaria-sp-descumpre-determinacao-stf> . Acesso em: 02 ago. 2020.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Resolução Nº 113 de 20/04/2010**. Dispõe sobre o procedimento relativo à execução de pena privativa de liberdade e de medida de segurança, e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/136>. Acesso em: 11 jun.2020.

CRISTALDO, Heloisa. Alexandre de Moraes entrega ao Congresso propostas para combater crime. **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-05/alexandre-de-moraes-entrega-ao-congresso-propostas-para-combater-crime>. Acesso em: 25 jul. 2020.

DE BRITO, Alexis Couto. **Execução Penal**. São Paulo. Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619504/>. Acesso em: 04 jul. 2020.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional. Ministério da Segurança Pública divulga relatório sobre o uso de tornozeleiras eletrônicas. **Serviço de Comunicação Social do Depen**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/ministerio-da-seguranca-publica-divulga-relatorio-sobre-o-uso-de-tornozeleiras-eletronicas>. Acesso em: 04 ago. 2020.

EQUIPE do Centro de Apoio das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. Assunto: **Alterações do art. 112 da LEP. Requisito objetivo para progressão de regime. Aplicação do percentual relativo à reincidência. Crime hediondo**. Disponível em: http://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Consulta_n_049_-_Progressao_de_Regime_-_reincidencia_especifica.pdf. Acesso em: 26 Jul. 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. Regime semiaberto. Falta de vaga. Cumprimento da pena em regime aberto. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121922530/regime-semiaberto-falta-de-vaga-cumprimento-da-pena-em-regime-aberto>. Acesso em: 01 ago. 2020.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. Organização e Introdução Eugênio Pacelli de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUNQUEIRA, Gustavo. et al. **Lei anticrime comentada: artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Soraia da Rosa. MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote Anticrime: Comentários Críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo. Grupo GEN, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025002/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

NASCIMENTO, Luciano. Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado. **Agência Brasil**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>. Acesso em: 31 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Claudia Rafaela. Execução penal. **Jus.com.br**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/63684/execucao-penal>. Acesso em: 04 jul.2020.

RENATO, Marcão. **Curso de execução penal**. São Paulo. Editora Saraiva, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601516/>. Acesso em: 21. Jul. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROXIN, Claus. **Estudo de direito penal**. 2. Ed; tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no Direito Penal**. 2. Ed; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.