

AS MISÉRIAS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL: A REALIDADE CARCERÁRIA DO BRASIL FRENTE À (IN)OBSERVÂNCIA LEGAL¹

Ramiro Gomes von Saltiel²

RESUMO

O objeto do presente trabalho reside no problema da execução penal em suas acepções fático-normativas, buscando analisar as incongruências entre a lei escrita e a realidade brasileira, com foco no Rio Grande do Sul e em sua capital, Porto Alegre. Buscar-se-á, a partir das dissonâncias entre lei e realidade, explicar as decisões do juízo de execução porto alegre, da Corte Gaúcha e das Cortes Superiores, a fim de demonstrar a práxis da legislação. Com menor frequência, trar-se-á doutrina e jurisprudência relativa aos direitos humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na questão doutrinária, serão trazidos muitos autores contemporâneos, cujas ideias são expressas através de artigos e publicações. Deste modo, não serão feitas considerações de cunho filosófico, sociológico ou criminológico. Ao final da exposição, o problema das inadequações entre a lei e a realidade não terá propriamente uma resolução; terá apenas ilustrações detalhadas sobre as circunstâncias jurídicas que o causam ou que são dele consequências, sendo possível, em razão destes desenhos, maior compreensão e maior possibilidade de tratamento crítico ao tema.

Palavras-chave: execução penal, lei de execução penal, prisão domiciliar, monitoramento eletrônico, faltas graves.

1. INTRODUÇÃO

O ano foi um enigmático 1984. Alvo de escatológicas previsões na literatura³, este ano foi também de grandes reformas no sistema criminal

¹ Artigo confeccionado a partir da monografia de mesmo nome, elaborada sob a orientação do professor Marcos Eberhardt, apresentada como trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de bacharel em direito, apresentado no dia 16 de junho de 2017, para a banca formada pelos professores Rogério Maia Garcia e Fernanda Osório.

² O autor é acadêmico de direito pela PUC-RS, foi estagiário junto à Defensoria Pública do Estado especializada em execução penal durante o período de um ano. E-mail: ramirovsaltiel@yahoo.com.br

brasileiro. A primeira, bastante notória, trazida pela lei 7.209⁴, que reformulou o Código Penal, especialmente em sua parte geral, trazendo enorme influência do finalismo ontológico de Welzel⁵ para o ordenamento brasileiro, com algumas décadas de atraso, diga-se, pois o funcionalismo já tomara as pautas de debate na Europa havia anos.

No entanto, outra lei, imediatamente subsequente à mencionada, a de número 7.210⁶⁷, também entrava no ordenamento pátrio para fazer história. Uma história um tanto obscura, há de mencionar-se, pois o referido diploma legal corresponde a uma miragem chamada Lei de Execução Penal.

"Miragem" pode não ser um adjetivo fácil de digerir neste primeiro momento. Uma definição simples retirada de um sítio eletrônico⁸ propõe o seguinte significado: "Algo visto e interpretado de uma forma, que não reproduz a verdadeira realidade".

Ora, não nos parece haver definição mais exata sobre o diploma executivo. Conforme será demonstrado ao decorrer deste artigo, no caótico cenário jurídico que vem se desenhando no Brasil pelos últimos anos, a execução das penas criminais, mormente as privativas de liberdade, sofre da mesma insegurança jurídica que tornou-se notória em outras áreas de atuação forense.

Nesse sentido, nos parece preciso afirmar que a lei 7.210/84 é provavelmente a mais flexibilizada de toda a história nacional recente, e fazemos uso do verbo flexibilizar como um eufemismo, pois pode-se utilizar termo mais agressivo. Isso ocorre por uma constelação de diversos fatores. O primeiro de todos eles é a omissão do Estado, principalmente quanto ao Poder Executivo.

³ ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

⁴ BRASIL. *Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, e dá outras providências.

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91.

⁶ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

⁷ "Pode-se dizer que o futuro Código Penal não terá realizabilidade sem a Lei de Execução Penal" (REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 77).

⁸ MIRAGEM. In: Dicionário informal. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/miragem/>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

Uma breve leitura da lei demonstra que ela foi feita para qualquer lugar que não seja o Brasil. O Título IV, que prevê as disposições sobre os estabelecimentos penais, dispõe, no art. 83, que: "O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva".⁹

O supramencionado artigo parece estar em pleno acordo com os postulados de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, também em harmonia com a Constituição¹⁰ e com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos¹¹.

A realidade, porém, como é de conhecimento geral, é muito distante da letra fria da lei, de modo que hoje o território nacional encontra-se inundado por diversas masmorras chamadas tecnicamente de penitenciárias e cadeias públicas, palcos de inúmeras violações a direitos fundamentais e humanos, como recentes episódios tem demonstrado, vejam-se os recentes exemplos ocorridos no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, em Manaus/AM¹² e na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, em Alcaçuz/RN¹³.

Vide também o exemplo da Cadeia Pública de Porto Alegre, antigo Presídio Central, onde uma inundação causada nos banheiros improvisados em piso superior passou a inundar as galerias de baixo, "[...] sendo que para evitar o esgoto das galerias superiores, os presos fixam sacolas plásticas no teto, canalizando-os com garrafas plásticas até as janelas que dão par ao pátio interno".¹⁴

⁹ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal.* Institui a Lei de Execução Penal.

¹⁰ *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil:* promulgada em 05 de outubro de 1988.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica):* assinada na Conferência Interamericana Sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 26 de novembro de 1969.

¹² ALESSI, Gil. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. *El País*, São Paulo, 2 jan. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html>. Acesso em: 2 jun. 2017.

¹³ MADEIRO, Carlos. Pelo menos 56 presos fugiram durante rebelião em alcaçuz, diz governo. *Uol notícias*, Maceió 25 jan. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/25/pelo-menos-56-presos-fugiram-durante-rebeliao-em-alcacuz-diz-governo.htm>> Acesso em: 03 jun. 2017.

¹⁴ CAPELLARI, Mariana Py Muniz. *Da viabilidade do encaminhamento da representação caso presídio central de Porto Alegre (PCPA) à Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma*

Como é de nosso intento, não trataremos as questões sociais do tema, apenas as jurídicas, ressaltando desde logo as omissões do executivo perante os estabelecimentos penais. O foco do presente trabalho é buscar alguns dos institutos jurídicos presentes na LEP que não são aplicados ou que, por força de uma realidade social muito distante daquela vislumbrada pelo legislador, ocorrem de maneira completamente avessa à prevista em lei.

Buscar-se-á, primeiramente, analisar alguns institutos previstos em lei (plano analítico), para em seguida ver sua incompatibilidade com a execução penal concreta (plano concreto) para, então, verificar como o judiciário se adaptou para enfrentar tais questões (plano sintético), e aqui já entramos na segunda abordagem.

Esta outra abordagem consistirá em um método de pesquisa empírica: serão trazidos ao presente trabalho casos reais, registrados em Processos de Execução Penal (PECs), mormente decisões de primeiro grau, cujos excertos nevrálgicos serão aqui colacionados. Importante ressaltar aqui que tais abordagens serão concomitantes, dividindo seu espaço conforme as necessidades do tema, sem diferenciação cronológica dentro do texto.

Será analisado, através de doutrina, jurisprudência da corte gaúcha, das cortes superiores, o modo como ocorre a aplicação da LEP no Brasil e, mais precisamente no Rio Grande do Sul. Esporadicamente, serão demonstrados reflexos internacionais da execução penal, recorrendo à doutrina, às convenções e tratados internacionais e à precedentes da Corte IDH.

Primeiramente discorreremos, no item 2, sobre os pontos básicos da execução penal, sua natureza e fundações, momento em que traremos maior carga doutrinária, porquanto estaremos intrinsecamente ligados à lei abstrata.

Após, nos itens 3, 4 e 5, respectivamente, traremos considerações sobre a prisão domiciliar concedida em regime aberto ante a ausência de casas do aberto; sobre o monitoramento eletrônico, concedido ante a ausência de vagas em regime semiaberto; e sobre as faltas graves e seus consectários (i)legais.

Ao fim e ao cabo, nosso capítulo final concluirá com uma observação que desde logo adiantamos: ante às omissões do legislador e do poder executivo, é o judiciário que vem legislando em matéria penal.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O JUÍZO DE EXECUÇÃO E SEU PROCESSO

Antes de passarmos às questões fático-normativas, pensamos ser essencial trazer algumas considerações que definirão, sucintamente, o juízo de execução e seu processo, para que possamos visualizar melhor o objeto de estudo com o qual estamos lidando.

Das inúmeras possibilidades de trato sobre o juízo de execução e sua natureza, destacaremos apenas alguns itens, a seguir.

2.1 DOS OBJETIVOS DA PENA NO BRASIL: A REINTEGRAÇÃO HARMÔNICA E O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Está expressamente previsto no art. 1º da LEP o seguinte: "Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado"¹⁵.

Assim, encontramos dois princípios basilares da Lei de Execução Penal brasileira: a preservação de direitos não atingidos pela sentença condenatória e o proporcionamento de harmônica reintegração social.

Consideramos que preservar os direitos não atingidos por sentença criminal é o mais importante de todos os institutos passíveis de composição da norma executiva, pois sua plena observação trará efeitos até mesmo na reintegração social do apenado.

É corolário, portanto, entender que condições insalubres, maus tratos e ofensas à dignidade humana não são jamais vistas em qualquer sentença condenatória proferida em primeiro grau, não havendo, portanto, base lógica para pressupor que tais condições são possíveis na execução penal: não há sentido nisso.

¹⁵ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal.* Institui a Lei de Execução Penal.

Porém, a violação de direitos não atingidos pela sentença condenatória é recorrente no cenário nacional, daí também a importância da jurisdicionalização da execução da pena criminal, tema do próximo subitem.

Quanto a ressocialização, é de essencial valia que o diploma executivo fala apenas na sua possibilidade, e não na sua necessidade. Portanto, deve o Estado apenas permitir a reintegração do recolhido, jamais forçá-lo a isso. Tal tentativa não seria apenas inconstitucional¹⁶, como pertence ao diagnóstico de um Estado totalizador e autocrata¹⁷.

2.2 DO ÂMBITO ADMINISTRATIVO, DO ÂMBITO JURISDICIONAL E DO PAPEL GARANTIDOR DO PROCESSO EXECUTIVO

Ao longo da história recente, mormente após a revolução francesa e o nascimento da pena de prisão, têm-se divergido constantemente sobre o papel da execução da pena, sendo que, em tempos iniciais, ela era atribuição apenas do estabelecimento penitenciário, ou seja, teria apenas âmbito administrativo. O papel do juiz estaria encerrado após a decretação da sentença.

Mas esta concepção já foi superada. Destaca Salo de Carvalho¹⁸ que o sistema de execução adotado pela LEP tem natureza mista (diversa daquelas puramente administrativas ou jurisdicionais).

Assim, é necessário deixar claro que, reconhecendo a autonomia do direito administrativo (penitenciário) em âmbito executivo penal,

[...] deve-se considerar plenamente superada a fase histórica segundo a qual as questões de execução da pena tinham natureza administrativa. Muitos preceitos do Direito de Execução Penal constituem desdobramento do Direito Penal e também do Direito Processual Penal de maneira a não se confundirem neste ramo.¹⁹

¹⁶ Extraímos esta lição de Andrei Schmidt (SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ps. 207 e seguintes) ao comentar a questão disciplinar da LEP, tema de nosso item 5.

¹⁷ Vide o excelente romance de George Orwell: ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

¹⁸ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, ps. 162/163.

¹⁹ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 471.

Assim, em que pese a importância da esfera administrativa, que possui abrangente espaço no ordenamento jurídico pátrio, em âmbito de execução das penas privativas de liberdade (bem como medidas de segurança), é importantíssimo o papel jurisdicional.

A importância da proteção judicial à execução penal era já assinalada em 1983, por um dos idealizadores da reforma, Miguel Reale Júnior²⁰, que assinalava o seguinte:

A tentativa de humanização da execução da pena privativa de liberdade assenta-se em variadas medidas, [...] a maior jurisdicionalização da execução, ou seja, a outorga ao juiz da competência para decidir sobre a passagem do condenado de um regime mais rigoroso para outro menos rigoroso, bem como o inverso.

[...]

Cumprirá também ao juiz a tarefa de inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o seu adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

Podemos assim verificar que a atuação jurisdicional em sede executiva é de uma importância que quebra os paradigmas antes instituídos sobre a natureza puramente administrativa da execução penal.

Assim, será o juiz de execução²¹ fiscalizador da execução da pena, por força do art. 66 da LEP²², que também lhe dá diversas outras atribuições, como deferir ou não a progressão de regime, o livramento condicional, autorizar saídas temporárias, bem como aplicar as sanções cabíveis nos casos previstos em lei, de forma taxativa²³.

Demais órgãos da execução serão a Defensoria Pública (art. 81-A), o Ministério Público (art. 67), ao Conselho da Comunidade (art. 80), que é outra disposição da LEP que se perdeu na aplicabilidade social, dentre outros²⁴.

²⁰ REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 78.

²¹ Na ausência de órgão especializada na comarca, o juízo da execução será o mesmo da sentença, conforme art. 65 da LEP: "A execução penal competirá ao Juiz indicado na lei local de organização judiciária e, na sua ausência, ao da sentença" (BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal).

²² BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

²³ No item 5, será mostrado o quão frágil é esta taxatividade de sanções judiciais.

²⁴ Todos os artigos mencionados neste parágrafo encontram-se na LEP (BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal).

Assim, Parece-nos lógico destacar o caráter de garantia exercido por um processo judicial executivo. Fazemos remissão à doutrina de René Ariel Dotti:

A função da pena no Estado de Direito deve atender às exigências de proteção de todos os indivíduos evitando que a privação de liberdade se transforme na expressão hodierna das antigas penas de expulsão da comunidade, a exemplo da perda da paz, quando o proscrito era banido da comunhão familiar.²⁵

A colocação do célebre autor nos rememora a existência de um Estado de Direito, este que é democrático e não autoritário²⁶, que tutelar os direitos do apenado que não forem atingidos pela condenação, impedido-o de, enquanto realizador da proteção destes direitos, abusar de seus poderes de proteção, de modo a não subvertê-los²⁷.

A atuação forense em âmbito executivo, além de proteger o sentenciado de abusos do próprio Estado penitenciário, também o faz diante da comunidade, muitas vezes acionada por humores políticos e vingativos, garantindo a dignidade humana do recluso, que torna-se uma pessoa humana, e não mero objetivo de execução²⁸.

3. PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar é uma conhecida dos processualistas em âmbito penal por sua redação disposta nos Capítulos IV e V do Título IX do CPP, que, nos arts. 317 e 318, prevê que o acusado (ou indiciado), recolhido em sua

²⁵ DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998, p. 135.

²⁶ DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 137.

²⁷ Ao tratar dos direitos e garantias processuais no cumprimento da pena, escreve Salo de Carvalho que: "[...] a efetividade desses direitos somente é possível se houver instrumentalidade processual (garantista), se o artesão do direito possuir conhecimento mínimo para exigir a prestação jurisdicional. O déficit de saber técnico-dogmático, porém, predomina, e as críticas acerca da inefetividade dos direitos são, invariavelmente, direcionadas ao Poder Executivo" (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 5).

²⁸ Ao comentar a vedação da tortura e de todo e qualquer tratamento desumano e degradante, previsto no art. 5º, III da CF (BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988), Ingo Sarlet rememora o seguinte: "A proibição da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes, incluindo a proibição de penas cruéis, corresponde, no plano jurídico-constitucional, ao imperativo categórico kantiano de que o ser humano é um fim em si mesmo e jamais um simples meio (mero objeto) na esfera das relações pessoais [...]" (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* - 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, ps. 431/434).

residência, não poderá dela ausentar-se sem autorização judicial, cabendo ao art. 318 demonstrar as condições para o recolhimento domiciliar. Há, ainda a prisão domiciliar como medida diversão da prisão, no art. 319, V do CPP²⁹.

Mas não é desta prisão domiciliar que estamos falando, tendo em vista que esta modalidade é de natureza cautelar, sendo "substitutiva da prisão preventiva, estando, portanto, submetida aos mesmos requisitos e princípios"³⁰.

A modalidade que está presente na execução tem, dedicada à sua disciplina, único e singelo artigo na LEP: o art. 117³¹, previsto no Título V, sobre a execução das penas em espécie, na seção II, que reza sobre os regimes.

Segundo o art. 117³², "Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:" e segue-se um rol taxativo de situações excepcionais que autorizam a segregação domiciliar:

- 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.

A redação do artigo é clara em definir que serão hipóteses excepcionalíssimas que permitirão que o sentenciado seja agraciado com a prisão domiciliar, sendo a primeira delas estar cumprindo pena em regime aberto.

Algumas questões surgem a partir daqui. A primeira delas é: e presos que preencham estas condições, porém em regime fechado ou semiaberto?

Veja-se a o precedente:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. REGIME FECHADO. DOENÇA GRAVE. DESNECESSIDADE DE AVALIAÇÃO MÉDICA POR PERITO ESTATAL.

A documentação juntada aos autos demonstra o grave quadro de saúde do agravado, diagnosticado com cardiopatia isquêmica e hipertensão arterial sistêmica, aguardando a realização de cirurgia cardíaca. Não há elementos que demonstrem a inidoneidade do cardiologista responsável pelo tratamento do reeducando, pois

²⁹ Todos os arts. deste parágrafo previstos em: BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*.

³⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 672.

³¹ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal

³² Op. cit.

devidamente cadastrado no órgão de classe. A submissão do apenado à avaliação médica por perito estatal, neste contexto, mostra-se desnecessária.
AGRAVO DESPROVIDO.³³

Ora, ao que parece, a jurisprudência³⁴ rio grandense é pacífica no que tange à possibilidade de concessão de prisão domiciliar humanitária à reeducandos recolhidos em estabelecimento de regime fechado (e semiaberto, como corolário lógico), desde que demonstrada grave estado de saúde que justifique o recolhimento domiciliar (inciso II do art. 117).

Além dos casos de doença grave, entendemos que também os casos dos incisos III e IV deveriam estar recepcionados pela jurisprudência. Porém, até o presente momento, a segregação domiciliar em regime que não seja o aberto encontra acolhimento principalmente no caso do inciso II.

Este é o primeiro reflexo do problema de nossa pesquisa: as discrepâncias entre a letra da lei e a realidade. Neste momento, porém, vemos um largo benefício em não nos restringirmos à letra fria da Lei³⁵, pois trata-se da defesa de Direitos Humanos e Fundamentais.

Porém há outra questão atinente à prisão domiciliar que nos interessa na execução penal, por sua esmagadora incidência e necessidade. Falando da prisão domiciliar concedida a apenados que cumprem pena em regime aberto.

3.1 A PRISÃO DOMICILIAR EM REGIME ABERTO

³³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 1. Câmara. *Agravo em execução n. 70071972343*. Relator: Jayme Weingartner Neto. 22 fv. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

³⁴ São numerosos os casos onde há o indeferimento da prisão domiciliar de detentos que cumprem pena no regime fechado, não por impossibilidade da medida, mas por ausência de provas da necessidade do recolhimento em domicílio, pois, sendo esta a *ultima ratio*, o sentenciado poderia receber tratamento médico no local de recolhimento ou ser removido a hospital da rede pública de saúde. Vide: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 3. Câmara. *Agravo em execução n. 70072147630*. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet. 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

³⁵ Agraciamos a jurisprudência, quando esta se desvia da "inflação legislativa" para a aplicação dos princípios e valores consagrados na Constituição e nas Convenções internacionais. Afinal, nossa Lei de Execução Penal, se não for uma cápsula enclausurada em um tempo que não nos pertence há décadas, não pode ser mais nada. Sobre um melhor paradigma do processo penal, saudamos Nereu Giacomolli quando recorda que as práticas criminais brasileiras "[...] permanecem reféns de uma compreensão paleopositivista, gerada pela inflação legislativa, pela perda da referência constitucional e convencional humanitárias, bem como pela ausência da esperada capacidade reguladora do direito, encapsulada no tempo" (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12).

O regime aberto está disciplinado no Código Penal, na seção que trata das penas privativas de liberdade. Em seu art. 36³⁶, lê-se que o regime aberto "baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado", estando escrito nos parágrafos subsequentes que o condenado deverá trabalhar, frequentar curso e recolher-se no período noturno, sem vigilância ou fiscalização de qualquer natureza (§ 1º).

Em síntese: princípios basilares do regime aberto: autodisciplina, trabalho e educação, sem vigilância, devendo o sentenciado retornar ao local de recolhimento durante as noites e dias de folga. Mas retornar para onde?

De volta à LEP, no título IV que disciplina os estabelecimentos penais, encontramos outra miragem³⁷, esta que reside no art. 93, seguido de seus dois irmãos subsequentes, que complementam o diploma quatro décadas mais experiente. Leiamos-nos com atenção:

Art. 93. 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.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa de Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.³⁸

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.³⁹

A lição que nos passa o capítulo da LEP sobre a casa do albergado nos parece cristalina e em total acordo com o previsto no Código Penal, atentando fielmente aos princípios basilares retromencionados. Então qual é o vínculo entre o objeto *sub judice* e as casas do albergado? Leia-se:

³⁶ "Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984).

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984).

§ 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. (Redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984)" (BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal).

³⁷ Recorde-se da definição que encontramos no item 1.

³⁸ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

³⁹ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

EXECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO, POR SUPERLOTAÇÃO DO “ALBERGUE” DA COMARCA, QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS DA LEP: CASA DE ALBERGADO OU ESTABELECIMENTO SIMILAR, EM CENTRO URBANO, SEPARADO DOS DEMAIS ESTABELECIMENTOS PENAIS E DESPROVIDO DE OBSTÁCULOS FÍSICOS CONTRA A FUGA (ARTS. 33, §1º, E 36, §1º, DO CP, E ARTS. 93-95 E 203, §2º, DA LEP). CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. SOLUÇÃO EMERGENCIAL QUE VIABILIZA O CUMPRIMENTO DA PENA EM CONDIÇÕES MAIS PRÓXIMAS À DO REGIME ESTABELECIDO (ABERTO). VIABILIDADE LEGAL, ATRAVÉS DA ANALOGIA (ARTS. 93, 115 E 117 DA LEP). PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Agravo improvido.⁴⁰

Examinemos o supracitado com calma. Primeiramente, atente-se que a prisão domiciliar foi concedida em caráter excepcional, decorrente de dois motivos. Primeiro, pela superlotação do estabelecimento utilizado na comarca para cumprimento de pena em regime aberto. Segundo, a inadequação de tal estabelecimento, um albergue, para o cumprimento de pena em regime aberto.

Leia-se novamente os artigos da LEP que disciplinam a casa do albergado. Agora faça-se o contraste com o caso concreto apresentado na colacionada jurisprudência, na fundamentação do relator:

Todavia, na comarca de Caxias do Sul o estabelecimento que exerce a função de "albergue" localiza-se no interior da Penitenciária Industrial. Inclusive, em relatório datado de 28/04/2006, o Diretor da PICS descreve a caótica situação enfrentada pelos indivíduos que ali estão reclusos:

'O albergue da penitenciária atingiu uma população de 225 internos alojados, 150% acima da capacidade instalada de 96 vagas, o que significa que 06 celas estão superlotadas, restando presos alojados nos corredores, no chão e sobre as mesas do refeitório, em condições anti-higiênicas, insalubres, promíscuas, e potencialmente desastrosas em caso de sinistro ou briga entre quadrilhas rivais.

Ao que tudo indica, quando, no ano de 1984, o legislador vislumbrou um estabelecimento situado em centro urbano, caracterizado por ausência de obstáculos contra a fuga e sendo adequado à realização de cursos e palestras, não era exatamente isso que tinha em mente.

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 6. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70019078914*. Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini. 26 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

A solução correta para o problema seria, por óbvio, a construção de casas do albergado, uma vez que elas simplesmente não existem e, quando existiam, eram uma forma desleixada de regime fechado abrandado.

É presente a lição de Renato Marcão⁴¹ quando diz que "[...], não é que os estabelecimentos existentes não disponibilizem vagas suficientes [...]. Faltam os estabelecimentos propriamente ditos". O mesmo doutrinador, porém, é conivente com medidas supostamente mais passíveis de concretização:

É preciso considerar [...] que a pena em regime aberto, ou a de limitação de fim de semana, podem ser cumpridas em ala distinta de prédio destinado ao cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto, desde que não seja possível e/ou permitido o contato entre os presos desses regimes e aqueles submetidos à modalidade aberta ou à limitação de fim de semana.⁴²

Veja o leitor o perigo que a doutrina pode trazer aos profissionais que tomam acesso a essas obras. O risco é tornar-se conivente com o ocorrido na comarca de Caxias do Sul, denunciada pelo ex-desembargador Scapini.

É certo que o desrespeito isolado aos artigos 94 e 95, § único⁴³, isoladamente, não representaria um obstáculo, pois a prisão domiciliar também é um desrespeito a estes artigos. O problema, este sim, é, novamente, o ocorrido em Caxias do Sul, exemplo nada isolado neste vasto Brasil.

Portanto, neste cenário alastrado pelo caos, a prisão domiciliar veio como única solução viável ao judiciário perante um inócuo executivo. Inclusive, foi a peleja do Ministério Público, em diversos recursos de agravo, a tese de que não cabia ao judiciário resolver os problemas que incumbem ao poder executivo. O argumento é bonito, assim como sua inconsistência.

A verdade é que a prisão domiciliar não foi concebida para o cumprimento de pena em regime aberto; porém é a única solução possível.

Recorremos aos pontuais ensinamentos de Scapini⁴⁴, para concluir:

⁴¹ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185.

⁴² Op. cit., ps. 140/141.

⁴³ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

⁴⁴ SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de execução das penas privativas de liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 118.

A prisão domiciliar, que deveria ser alternativa excepcional à prisão albergue, transformou-se, pela inércia do Poder Executivo, em forma comum de cumprimento da pena em regime aberto. Simplesmente, não foram instalados albergues em quantidade suficiente e consistiria exacerbação da pena submeter os condenados a estabelecimentos com características diversas daquelas previstas na LEP.

O que presenciamos neste momento é, novamente, um abismo separando a letra fria da lei da realidade violenta em que se apresenta não só o sistema carcerário, mas este fenômeno que é a execução da pena privativa de liberdade. Lamentamos que ainda exista a doutrina que leciona que:

A prisão aberta é apenas um regime de pena e, na falta de instalações adequadas ao seu cumprimento, como solução provisória, o condenado deve ser recolhido à cadeia pública ou outro presídio comum, em local adequado, e não deixado em inteira liberdade.⁴⁵

Outro representante contrário à concessão de prisão domiciliar nestes casos, Noberto Avena, ao fundamentar sua discórdia, refere o seguinte:

[...] não se pode esquecer que a execução penal rege-se pelo princípio da legalidade, exigindo-se, no seu curso, a estrita observância dos limites ditados pela sentença penal condenatória, bem como das prescrições estabelecidas em lei.⁴⁶

O interessante é que neste último exemplo leva-se em conta o princípio da legalidade apenas como entrave na vida do apenado, enquanto que as condições de masmorras dos cárceres imundos do Brasil não parecem também uma afronta ao mesmo princípio da legalidade.

Assim, ante à insegurança jurídica sobre o tema e a oscilação da jurisprudência, a lei e os direitos fundamentais só puderam ser de fato levados a sério com a edição da súmula vinculante n. 56, que nasceu graças ao julgamento do Recurso Extraordinário n. 641320, julgado em junho de 2016⁴⁷⁴⁸.

⁴⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 467/468.

⁴⁶ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal: esquematizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, ps. 219/220.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 641.320 - RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 11 maio. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁴⁸ O conteúdo da súmula será melhor analisado no próximo item.

3.2 DAS CONDIÇÕES E DO MANDADO DE PRISÃO

As questões atinentes à disciplina serão melhor analisadas no item 5 deste artigo, sendo, porém, necessário fazer breves comentários a respeito.

A prisão domiciliar, quando concedida, é carregada de uma série de condições. Vide trecho de decisão judicial proferida pela 1ª VEC de Porto Alegre no PEC n. 2756-1, em dezembro de 2016, que defere recolhimento em residência, especificamente na fixação das condições:

Ante o exposto, **defiro a prisão domiciliar especial**, mediante o cumprimento das seguintes condições:

a) Poderá o apenado pernoitar em sua residência, recolhendo-se ao lar a partir das 20h até às 6h do dia seguinte;

b) Poderá ausentar-se de sua residência apenas para desenvolver atividade laborativa, estudo, tratamento médico seu e de seus familiares, devendo nela permanecer nos horários e dias de folga;

c) Não poderá mudar de residência sem prévia comunicação a este juízo, devendo obter autorização na hipótese de transferência para outra Comarca;

d) Deverá se apresentar trimestralmente ao juízo da execução, durante o período do benefício, informando suas atividades laborativas, estudantis ou tratamento médico;

e) Não se envolver em novos delitos.

f) Por fim, o apenado deverá se apresentar, em 24 horas, neste juízo, para indicar seu endereço e comprometer-se com as condições, mediante fiscalização.

Assim, é de nosso entendimento que o descumprimento de uma condição pode ensejar a revogação do benefício, a depender do caso, e isso não se aplica apenas ao recolhimento em residência particular, mas também ao livramento condicional, outro exemplo de sede executiva. Assim, quando se descumpra uma condição do livramento condicional (art. 85 a 87 do CP⁴⁹), não se trata de indisciplina sujeita à aferição de falta grave, mas de possibilidade de revogação. O mesmo se dá com a prisão domiciliar.

Infelizmente, a jurisprudência amiúde se posiciona contrariamente, admitindo falta grave quando há descumprimento das condições da prisão

⁴⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*.

domiciliar⁵⁰. No entanto, não há uma regra clara para isso (pois nem a lei regula tais situações). Logo, também há precedentes que endossam nossa visão⁵¹.

É preciso ter cautela quanto à questão da revogação, pois frequentemente é expedido mandado de prisão em regime aberto. Porém, não havendo estabelecimento para o cumprimento de pena, haverá para o cumprimento de mandado de prisão? Certamente que não.

Nestes casos, o que ocorre na prática é que, com o cumprimento do mandado, o apenado é levado a uma delegacia de polícia, onde fica recolhido até tomar-se ciência de sua situação, tendo em vista a mora até informar-se no PEC; isso se antes a Defensoria Pública não pleitear sua remoção.

Outras vezes, o recolhimento se dá em estabelecimentos compatíveis com o regime semiaberto⁵² ou até fechado. Não há previsão legal para situações assim. O único caminho lógico para é a remoção do preso imediatamente ao regime aberto, não havendo falar em progressão de regime, pois não houve regressão⁵³. Assim, sua remoção ao aberto somente poderá ser perfectibilizada com novo deferimento de prisão domiciliar.

4. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Assim como o recolhimento em residência particular, a tornozeleira eletrônica é uma conhecida dos processualistas, vez que também configura medida cautelar diversa da prisão, prevista no art. 319, IX do CPP, tendo sido

⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 3. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70072452584*. Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁵¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 6. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70072411028*. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. 23 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁵² É frequente casos de recolhimento em regime semiaberto. Há até previsão do art. 4º do Provimento Conjunto n 01/2015 das Varas de Execuções Criminais da comarca de Porto Alegre: "O apenado em regime aberto poderá exercer o direito a saídas temporárias imediata e independentemente de autorização judicial e de tempo mínimo de permanência, mediante porte do diretor do estabelecimento prisional e posterior comunicação à VEC/POA" (PORTO ALEGRE. *Provimento conjunto n. 01/2015*, de 29 de abril de 2015. Provimento das Varas de Execuções Criminais da comarca de Porto Alegre). Pensamos que a súmula vinculante 56 poderá atenuar a questão.

⁵³ "Não se revoga a prisão domiciliar e ao mesmo tempo se impõe regressão de regime para o semiaberto" (MARCÃO, 2014, p. 268).

implantada no sistema processual pela lei n. 12.403/11⁵⁴, em que pese o dispositivo tivesse sido criado ainda na década de 1960⁵⁵.

No entanto, um ano antes da reforma processual penal, a monitoração eletrônica já havia ingressado na legislação brasileira através da Lei n. 12.258/10, que adicionou à LEP⁵⁶ os artigos 146-B, 146-C e 146-D. Originalmente, havia também o art. 146-A, que foi vetado.

São, portanto, diferentes as naturezas das medidas que ensejam a fiscalização eletrônica da liberdade⁵⁷.

Em seu caráter jurídico, entretanto, o monitoramento eletrônico não é uma forma de cumprimento de pena, pois como já visto, a pena privativa de liberdade, a ser cumprida em sistema progressivo (art. 112 da LEP⁵⁸) somente conhece três regimes: fechado, semiaberto e aberto.

Qual é, então, a possibilidade de aplicação do monitoramento eletrônico? Segundo a interpretação taxativa do art. 146-B da LEP, o juiz⁵⁹ somente poderá definir a fiscalização eletrônica quando: autorizar saída temporária (II) (c/c art. 122, § único⁶⁰) e quando determinar prisão domiciliar (IV).

⁵⁴ BRASIL. *Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-lei n.3.989, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, ps. 591 e 670/671.

⁵⁶ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

⁵⁷ Há uma série de fatores extrajurídicos que compõem a pauta de debates sobre a fiscalização eletrônica da liberdade. Vide o artigo de Maria Lúcia Karam (*Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 140, janeiro 2007), bem como a tese de mestrado da Defensoria Pública Janaina Rodrigues Oliveira (*O monitoramento eletrônico na justiça criminal: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo*. Porto Alegre: PUCRS, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2011) que abordam pontos de vista sociológicos da questão.

⁵⁸ "Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003)" (BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal).

⁵⁹ Frise-se: é competência do juiz o deferimento da monitoração, "[...] não pode o procedimento ser estabelecido por autoridades administrativas, como o diretor do estabelecimento prisional, o secretário de segurança pública etc." (AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal: esquematizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 323).

⁶⁰ Ambos os arts. deste parágrafo em: BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

Foram excluídos deste artigo os incisos I, III e V que previam, respectivamente, a concessão da tornozeleira em regime aberto e semiaberto, a pena restritiva de direitos e o livramento condicional ou suspensão condicional da pena⁶¹.

Ressaltamos: assim como a prisão domiciliar é o esmagador método de cumprimento de pena em regime aberto, há sim a possibilidade de determinar seu cumprimento através de monitoramento eletrônico, pois, em que pese a interpretação taxativa não vislumbre sua aplicação em regime aberto, o permite em prisão domiciliar.

Desta feita, resta a primeira hipótese, de saída temporária eletronicamente monitorada, pouco utilizada na comarca de Porto Alegre, porém utilizada em outras comarcas do país.

O motivo da esparsa utilização da segunda hipótese na comarca de Porto Alegre se dá em razão da preferência pela primeira: a da prisão domiciliar eletronicamente monitorada. Porém, se é assim, porque pouco falamos dela em regime aberto?

Porque seu grande percentual de aplicação se dá em regime semiaberto, quando inexistentes vagas em estabelecimentos penais deste regime (apesar de ter sido vetado o inciso I do art. 146-B⁶²).

4.1 SUA APLICABILIDADE E A SÚMULA VINCULANTE 56

Em que pese não haja previsão legal expressa, assim como a maioria da realidade executiva penal não foi jamais vislumbrada pelo papel, há uma infundável praxe de concessão de prisão domiciliar a presos que cumprem no regime semiaberto, mas que não obtém vaga em estabelecimento compatível, de modo que para os quais se defere a inclusão no sistema de monitoramento eletrônico, principalmente como forma de diferenciar a prisão domiciliar em regime aberto, de modo a torná-la mais grave.

⁶¹ OLIVEIRA, Janaína Rodrigues; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli. *O monitoramento eletrônico de presos no Brasil*. Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - ano 4 (edição especial: execução penal), 2013, p. 84.

⁶² BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

A jurisprudência do TJRS já havia firmado entendimento nesse sentido⁶³, sem tê-lo tornado pacífico. Até a publicação da súmula vinculante n. 56⁶⁴, ainda havia entendimento como o seguinte:

DECISÃO QUE INCLUIU O APENADO EM REGIME SEMIABERTO NO SISTEMA DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO ATÉ O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. A determinação de que o apenado aguarde em seu domicílio, mediante monitoramento eletrônico e cumprimento de condições, o surgimento de vaga em estabelecimento carcerário compatível com o regime semiaberto, carece de amparo legal. A única hipótese legal de recolhimento do preso em seu domicílio, durante o período de cumprimento da pena, é a da prisão domiciliar, que constitui benefício excepcional resguardado àqueles que cumprem pena em regime aberto e que preenchem as condições estabelecidas no art. 117 da LEP, o que não é o caso dos autos. A superlotação dos estabelecimentos prisionais não constitui fundamento válido para o recolhimento em domicílio, ainda que sob monitoramento eletrônico, à revelia da lei. AGRAVO PROVIDO⁶⁵.

Apesar disso, o STJ já havia se manifestado positivamente ao pleito de possibilidade de concessão, conforme se verifica em decisão proferida no *Habeas Corpus* 314106/RS, julgado em 04/02/2016⁶⁶.

Também a doutrina já havia firmado posicionamento nesse sentido, indicando que "O juiz poderá definir a fiscalização por meio de monitoramento eletrônico quando determinar a prisão domiciliar"⁶⁷, havendo, inclusive, a ideia

⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 3. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70070171848*. Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. 27 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 56*. Data de publicação: 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 5. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70068718428*. Relatora: Cristina Pereira Gonzales. 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁶⁶ "2. É assente nesta Corte o entendimento que, em caso de falta de vagas em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no **regime semiaberto, se deve conceder ao apenado, em caráter excepcional, o cumprimento da pena em regime aberto, ou, na falta de vaga em casa de albergado, em regime domiciliar, até o surgimento de vagas no regime apropriado.**" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 5. Turma. *Habeas Corpus 314106 - RS*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 04 fev. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500069692&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 04 jun. 2017).

⁶⁷ MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 267.

de que, "À falta de vaga, outra alternativa não pode haver senão seguir para o regime aberto⁶⁸" sem se falar em monitoração, porém igualmente sem mencionar a prisão domiciliar para o cumprimento em regime aberto, mas colacionando precedentes do STF autorizando seu deferimento, em caso de inexistência de casa do albergado.

Assim, em que pese o tema estivesse longe de encontrar total acolhimento, já havia posicionamento da Corte Superior de modo favorável ao tema. A unanimidade, no entanto, veio logo em seguida. Isso porque foi divulgado em 01/08/2016 o teor do Recurso Extraordinário 641.320/RS⁶⁹, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes e que gerou a já citada súmula vinculante 56, esta que veio para colocar um ponto final na insegurança jurídica sobre o tema. Segue o teor:

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.⁷⁰

De essencial nota o fato de a súmula não se restringir apenas à um imperativo negativo (impossibilidade de cumprimento em regime mais gravoso) como também disciplina as formas alternativas a esse cumprimento mais gravoso, remetendo à leitura do Recurso Extraordinário.

Juntamos parte da ementa:

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como "colônia agrícola, industrial" (regime semiaberto) ou "casa de albergado ou

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 348.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 641.320 - RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 11 maio. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 56*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; **(ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;** (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (grifamos).

Ainda, destacamos que no ponto 5 da decisão, são feitos apelos ao Legislador, indicando que "o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável". Ora, é exatamente esta a coluna vertebral desta monografia: as incongruências fático-normativas da execução penal e os métodos utilizados pelo Judiciário para suplantar essas incongruências.

Assim, a conclusão da Corte que não incumbe ao executado arcar com o ônus da omissão estatal encontra respaldo em nosso pensamento.

4.2 DA PRÁXIS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO E A DISCIPLINA

Agora que já temos embasamento teórico, perguntamos: quais as condições do monitoramento eletrônico, além daquelas previstas aos institutos que o antecedem? Como é realizada sua fiscalização?

Pensem em um caso real. A decisão a seguir foi prolatada nos autos do PEC n. 59208-0, em 09/01/2017:

Nesse passo, verifico que o apenado cumpre pena em regime semiaberto, implementará prazo para progressão ao regime aberto e/ou livramento condicional em breve, bem como a situação concreta não se mostra contrária. Assim, **determino a inclusão do segregado no programa de monitoramento eletrônico.**

Concedo ao apenado a saída especial, determinando que seja liberado da casa prisional em que se encontra, salvo se por outro motivo estiver recolhido, para que, em até 48 horas, se apresente no Departamento de Monitoramento Eletrônico da Região Metropolitana, localizado no Instituto Penal Padre Pio Buck (Av. Roccio, nº 900, Vila João Pessoa, Porto Alegre/RS -

ao lado do Presídio Central), para que nele(a) seja colocado o equipamento.

Antes de analisar as condições, faz-se necessário entender o que ocorreu no caso concreto. Para isso, basta ler o excerto da decisão, não é necessário consultar o processo.

O sentenciado foi agraciado com a inclusão na monitoração depois de sua progressão de regime ou de seu início de cumprimento em regime semiaberto, a decisão é clara nesse ponto⁷¹. Em seguida, é concedida permissão especial de saída para que o recolhido, uma vez liberado da casa prisional, apresente-se junto ao órgão fiscalizador dos serviços penitenciários (no Rio Grande do Sul, a SUSEPE) para que proceda a instalação do aparelho.

Esta saída especial é, juridicamente falando, uma prisão domiciliar temporária enquanto não ocorre a instalação da tornozeleira⁷².

No Rio Grande do Sul, a Divisão de Monitoramento Eletrônico (DME), (que é subordinada à SUSEPE) é o órgão fiscalizador do cumprimento da pena dos incluídos no sistema de monitoramento, sendo a autoridade administrativa, como se fosse a casa prisional, inclusive expedindo parecer carcerário para fins de progressão de regime (art. 112 da LEP⁷³).

Logo, é diretamente com ela que o apenado tratará das condições, inclusive sobre o mapa com a zona de inclusão. Parece-nos um tanto óbvio dizer que o preceituado no art. 146-C, I⁷⁴, que fala sobre o dever de o monitorado receber visitas do servidor responsável pelo monitoramento eletrônico não passa de mera ficção⁷⁵. Assim, a zona de inclusão e combinações sobre os horários de labor do apenados serão combinados neste momento.

⁷¹ Vide parte final do item 4.1 deste trabalho.

⁷² Houve período em que a 2ª VEC de Porto Alegre negava o cômputo deste período como pena cumprida, o que foi pacificado como incorreto pela jurisprudência. Vide: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça: 6. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70069638948*. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório. 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁷³ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

⁷⁴ Op. cit.

⁷⁵ "A lei faz sentir, ainda, que a medida de monitoramento deverá ser acompanhada de visitas e orientações periódicas que serão realizadas e passadas por profissionais ligados ao Juízo da Vara de Execuções Criminais, sempre visando a efetividade da medida". (MARCÃO, 2014: p. 264).

Assim, a disciplina do monitoramento eletrônico estará subordinada, além das condições já conhecidas da prisão domiciliar, à não violação da zona de inclusão, bem como ao cuidado ao aparelho. A LEP prevê os cuidados que deverá tomar com o equipamento (art. 146-C) e as causas de revogação (art.146-D⁷⁶). *Ipsis literis*:

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;

III - (Vetado)

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:

I - a regressão do regime;

[...]

VI - a revogação da prisão domiciliar;

[...]

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

I - quando se tornar desnecessária ou inadequada;

II - se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

Assim, a pergunta pertinente neste momento: o descumprimento das condições acima elencadas configura falta grave? A negativa nos parece imperiosa, tendo em vista a taxatividade do art. 50 da LEP, que é onde estão arroladas as condutas passíveis de falta.

No entanto, jurisprudência e doutrina vem dizendo o contrário, entendendo por configurar falta grave a violação da zona de inclusão, por exemplo, até ser proferida recente decisão no STJ trouxe voz à nossa tese, pelo menos no que tange à violação da zona de inclusão, através do Recurso Especial n. 1.519.802 - SP, pelo entendimento da Ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura⁷⁷.

⁷⁶ Ambos os arts. do parágrafo presentes em: BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal.* Institui a Lei de Execução Penal.

⁷⁷ "AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO DECIDIDA. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. ROL TAXATIVO. TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. INOBSERVÂNCIA DO PERÍMETRO DE INCLUSÃO RASTREADO PELO MONITORAMENTO. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO OBRIGATÓRIA QUE AUTORIZA SANÇÃO DISCIPLINAR MAS NÃO CONFIGURA FALTA GRAVE. RECURSO PROVIDO." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: 6. Turma. *Recurso Especial n. 1.519.802 - SP.* Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 10 nov. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.519.802&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 04 jun. 2017).

Mais uma vez, a Execução Penal é decidida nos Tribunais Superiores, cuja finalidade é a tutela do direito em plano abstrato, sem atentar às peculiaridades do caso concreto⁷⁸, numa desesperada tentativa de alcançar a tão estimada segurança jurídica que vem se afastando cada vez mais da antiga colônia portuguesa, que depende deles para qualquer vírgula exarada em um frágil diploma legislativo.

5. DAS FALTAS GRAVES

A disciplina é um dever do preso, que "consiste na colaboração com a ordem, na obediência às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do trabalho" (art. 44)⁷⁹ e é o parâmetro de avaliação do comportamento do apenado intra-grades, sendo, inclusive, mediante ela que o parecer carcerário do art. 112⁸⁰ para fins de progressão e livramento virá positivo ou negativo.

Importante ressaltar que, segundo o art. 45 da LEP⁸¹, vigora também em sede de execução penal o princípio da legalidade, afirmando que "não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar", o que contradiz o já visto trato dos tribunais com a tornozeleira.

E como são aplicadas as sanções disciplinares? O art. 49⁸² prevê a existência de faltas disciplinares, que serão classificadas em leves, médias ou

⁷⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p. 896/897.

⁷⁹ SCHMIDT Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, ps. 210/219) comenta ser inconstitucional reintegrar disciplinarmente. Primeiramente, a reinserção social é direito do preso, e não se dever, sendo defeso ao Estado imiscuir-se em sua liberdade interna, apenas externa; logo, não querendo, não há possibilidade de obrigar um preso a ressocializar-se.

⁸⁰ Ambos os artigos deste parágrafo presentes em: BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

⁸¹ "Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar" (BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal).

⁸² Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções. Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada" (BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal). Perceba-se, no entanto, que, para o parágrafo único da LEP, as evoluções científicas do século XX acerca do tipo penal, da culpabilidade etc., não ocorreram, pois a Lei simplesmente inova igualando as figuras consumadas e tentadas.

graves, sendo esta última nosso objeto de atenção, já que as demais são reguladas por leis estaduais⁸³, no silêncio da LEP.

O art. 50 da LEP prevê taxativamente as atitudes que configuram faltas graves durante o cumprimento de pena privativa de liberdade:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. (Incluído pela Lei nº 11.466, de 2007)

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.⁸⁴

Há, também, previsão de falta grave para penas restritivas de direito no art. 51 da LEP e, no art. 52⁸⁵, a previsão de falta grave para o sentenciado que praticar fato previsto como crime doloso no curso da execução - examinaremos este artigo em momento oportuno.

5.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E DA REGRESSÃO CAUTELAR

Assim que tomar ciência do provável cometimento de falta grave, o diretor do estabelecimento penal instaurará o procedimento administrativo disciplinar, ou PAD, pode também ser solicitada sua instauração pelo juiz,,

⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 141.

⁸⁴ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

⁸⁵ Ambos os arts. presentes em: BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

conforme art. 59 da LEP⁸⁶, lembrando que a previsão para ampla defesa e contraditório do art. 5º, LV da CF⁸⁷ inclui os processos administrativos⁸⁸.

Deve-se ter em mente que o PAD, ao menos no intangível mundo das ideias, consiste garantia do imputado das alegações que lhe são feitas de ter cometido falta disciplinar, sendo este o entendimento sumulado pelo STJ, quando da edição da súmula 533⁸⁹.

O fato é que, em tons práticos, a realização do PAD possui serventia ao reconhecimento ou não da falta. Por exemplo, caso o apenado esteja sendo acusado de portar objeto capaz de ferir integridade de outrem, apreendido em revista da cela, dificilmente será realizada perícia constatando que aquele objeto pertencia a ele e não a outro recolhido da galeria.

Então qual a utilidade do PAD? Por que não abrir mão de sua realização e passar diretamente à fase judicial?⁹⁰ Ressaltamos que ideias assim vem sendo percorridas pela doutrina, inclusive a garantista, veja-se a lição de Salo de Carvalho⁹¹:

[...] A imposição de sanção disciplinar frequentemente é um aditivo à irrogação de pena privativa de liberdade, daí a imprescindível judicialização com a transferência dos critérios estabelecidos em matéria penal e processual penal ao campo do direito penitenciário.

Os efeitos da sanção disciplinar extrapolam a órbita administrativa e invadem o processo de execução penal, pois a 'boa conduta' é requisito objetivo para o gozo dos direitos subjetivos. Assim, não obstante ser de natureza administrativa, a decisão sobre as falas condiciona a avaliação judicial dos incidentes da execução.

Na visão do doutrinador, não só deve ser realizada a avaliação da falta integralmente sob o poder judiciário, como, para ele, as sanções

⁸⁶ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

⁸⁷ (BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988).

⁸⁸ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 262.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 533*. Data de publicação: 15 jun. 2015. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=s%FAMula+533&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁹⁰ Há precedentes da 1ª Vara de Execuções Criminais de Porto Alegre, no sentido de entender pela desnecessidade de realização do PAD para designação imediata de audiência justificativa nos autos do PEC n. 69109-7.

⁹¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 225.

administrativas não são administrativas, mas judiciais. Este último ponto é ainda obscuro. Porém, quanto à judicialização da falta, coadunamos integralmente.

Ressaltamos que doutrina e jurisprudência vem dando ao PAD o prazo prescricional de 03 anos, em analogia ao previsto no art. 109, VI do CP⁹², havendo decisões do STF nesse sentido⁹³.

Tais disposições podem ser encontradas na legislação estadual, tendo em vista tratar-se de matéria administrativa⁹⁴. Assim, em tese, o apenado pode aguardar durante 03 anos, cautelarmente recolhido em regime mais gravoso, a conclusão do PAD, pois tal possibilidade é claramente viável pelas Cortes brasileiras. Em Porto Alegre, é comum decisões desta natureza, conforme despacho proferido em 13/04/2017 nos autos do PEC n. 96340-2:

*Diante do descarregamento da tornazeleira, designo audiência de justificativa para o dia 09/05/2017, a ser realizada na sala de audiências da PMEC, a partir das 09h30min.
O apenado deverá permanecer cautelarmente em regime fechado.*

Sem nenhuma motivação, tampouco exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou exame do *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*⁹⁵. Assim, a existência do PAD corre o risco de abonar o período de regressão cautelar imotivado dos recolhidos.

5.2 DO RECONHECIMENTO DA FALTA

Finalmente, tendo havido o reconhecimento da falta grave pelo juízo competente, há três consectários recorrentes disto: a regressão de regime, a alteração da data-base e a perda de dias remidos.

⁹² BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 114.422 - RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 06 maio. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4272767>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

⁹⁴ No RS, o prazo de instauração do PAD é de 30 dias, havendo 60 dias para conclusão, conforme arts. 36 e 37 do RDP. (RIO GRANDE DO SUL. *Decreto n.46.534, de 04 de agosto de 2009*. Aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenci%C3%A1rio%20atualizado.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017).

⁹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, ps. 589/590.

A regressão de regime está prevista no art. 118 da LEP⁹⁶, que indica sua ocorrência quando for praticado crime doloso ou falta grave (I) ou no caso da soma de penas, como preceitua o art. 111 do mesmo diploma (II).

Não há problema na questão de regressão de regime. Comprovada a falta, o juiz da execução está autorizado a fazer isso. A questão é: pode o juiz regredir de regime um apenado condenado, em sentença criminal, a cumprir pena em regime inicial semiaberto (ou aberto)? Leciona Scapini:

[...] a hipótese de regressão de alguém condenado originalmente no regime aberto ou semiaberto ao regime fechado, implica nova condenação criminal de natureza extrajudicial, ainda que com as formalidades e as solenidades ritualísticas que circunscrevem as mais bem intencionadas decisões. [...] Os regimes da execução comunicam-se a partir desta decisão, não além dela.⁹⁷

Infelizmente, este entendimento, acertadíssimo em nossa opinião, sequer é tratado pelos tribunais e mesmo pela doutrina mais conservadora. A regressão de regime é sempre trazida como possibilidade a ser aplicada pelo juiz como sanção, sem qualquer discriminação entre o juízo cognitivo e executivo, atropelando os princípios da coisa julgada, do devido processo legal e do juiz natural.

Depois da regressão de regime, muda-se a data para o cálculo de novos benefícios do sentenciado, destacando-se aqui a próxima regressão de regime. A este consectário é dado o nome de alteração da data-base⁹⁸.

Tal previsão não encontra respaldo legal, tampouco sua disciplina. Nesse sentido, é razoável entender que, por ausência de previsão legal, o único óbice para a nova progressão do apenado que teve seu regime regredido é o lapso necessário à comprovação de nova boa conduta, atestada em parecer carcerário (art. 112 da LEP):

Resta, assim, a regressão de regime decorrente da prática de falta grave, que não altera a data-base para o cálculo dos lapsos

⁹⁶ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal.* Institui a Lei de Execução Penal.

⁹⁷ SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de execução das penas privativas de liberdade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 106.

⁹⁸ O termo, desconhecido do direito penal, é encontrado na legislação trabalhista. VEINTENHEIMER, Laura de Ferreira; PEREIRA, Mauro Kaufman. *A data-base na execução criminal.* Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - ano 4 (edição especial: execução penal), 2013, p. 122.

temporais, nem mesmo para a nova progressão, por ausência de previsão legal. O fato capaz de impedir a concessão do benefício é a conduta inadequada superveniente, ou a decorrente da própria falta grave que provocou a regressão.⁹⁹

Infelizmente, nosso entendimento é outra vez minoritário, não sendo aplicado em hipótese alguma. A grande parte da doutrina e jurisprudência há tempos já se manifesta em sentido diametralmente oposto, chegando mesmo a admitir a alteração da data-base em regime fechado¹⁰⁰.

Da mesma forma, a questão teve sua uniformização de entendimento editada por súmula do STJ; neste caso, a de número 534: "A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração"¹⁰¹.

Por último, queremos ressaltar que, a nosso juízo, seria sanção justa o bastante apenas a alteração de falta grave quando o sentenciado não pode ser regredido por força da sentença condenatória. Em casos assim, poder-se-ia aplicar apenas a alteração da data-base, se houvesse previsão legal, não se falando em regressão de regime (que se quer é mencionada na súmula 534). Seria sanção o bastante, a nosso ver, a enorme mora até a possibilidade de progredir de regime, até porque a regressão por vezes traz o efeito de uma nova condenação criminal.

O último consectário vem em desfavor dos dias remidos, cuja disciplina se encontra na seção IV do Capítulo I do Título V da LEP¹⁰², referente à execução das penas privativas de liberdade.

O trabalho do preso, além de remir parte da pena, é um dos maiores possibilitadores da reinserção social, agregando conhecimento e possibilitando atividades produtivas ao apenado, além de permitir a captação de patrimônio para a futura vida extra-grades¹⁰³.

⁹⁹ SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de execução das penas privativas de liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 486.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 534*. Data de publicação: 15 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27534%27>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

¹⁰² BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

¹⁰³ OLTRAMARI, Lucinara; SANCHES, Naira. *O trabalho do preso e sua remuneração: algumas considerações, inclusive no pertinente à realidade prisional gaúcha*. Porto Alegre:

Assim, o reconhecimento de falta grave implica perda de parte do tempo remido por um apenado. Tal é a previsão do art. 127 da LEP¹⁰⁴, que permite seja retirada do tempo remido uma até uma fração de um terço, devendo fundamentar a decisão que entender pelo recolhimento do *quantum* máximo.

6. CONCLUSÃO

Ao fim deste curto estudo, pensamos que fomos capazes de cumprir integralmente nosso objetivo: trazer à tona as discrepâncias entre a Lei e a realidade, mostrando como o Judiciário se adequou aos casos concretos, na ausência (e deficiência) de legislação vigente.

Não tivemos o tempo que gostaríamos para tratar melhor da questão da unificação da jurisprudência através das súmulas, com o advento do neoconstitucionalismo e dos Direitos Humanos. No entanto, pudemos trazer a importância dos precedentes e do quão essencial estes se tornaram, somados à edição de súmulas, sejam estas vinculantes ou não.

O que, por derradeiro, acabamos comprovando, é o quão necessário torna-se, além de um processo penal, um processo que salvguarde a execução penal, para que no decorrer desta não ocorram abusos, exceções e excessos. Neste desenho, o processo executivo penal possui uma função garantidora importantíssima para uma sociedade democrática de direito, devendo ser regido pela lei, e não pela vontade dos tribunais.

As misérias do processo penal, então, assim como o próprio exercício processual, são contaminadas para a fase que as procede, e acabam infectando também toda uma sociedade fragilizada.

Nossa parte, no entanto, consistiu em demonstrar de que forma os desrespeitos à Lei, bem como adições legislativas irresponsáveis, podem trazer resultados escabrosos para uma sociedade que, de civilizada, possui só o título, mas que, ontologicamente, não possui nada: é tão ou mais animalisca fora do presídio do que dentro deles, com a diferença que possui uma máscara de idoneidade tão frágil quanto uma simbólica Lei de Execuções Penais.

Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - ano 4 (edição especial: execução penal), 2013, p. 107.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal. Institui a Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Gil. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. *El País*, São Paulo, 2 jan. 2017. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html>. Acesso em: 2 jun. 2017.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Execução penal: esquematizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*.

_____. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*.

_____. *Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, e dá outras providências.

_____. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal*. Institui a Lei de Execução Penal.

_____. *Lei n. 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.

_____. *Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003*. Altera a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal e o Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal e dá outras providências.

_____. *Lei 12.403, de 04 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-lei n.3.989, de 03 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

_____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 56*. Data de publicação: 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____. *Habeas Corpus n. 114.422 - RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 06 maio. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4272767>>. Acesso em: 04 jun. 2017

_____. _____. *Recurso Extraordinário n. 641.320 - RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. 11 maio. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça: 5. Turma. *Habeas Corpus 314106 - RS*. Relator: Min. Ribeiro Dantas. 04 fev. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201500069692&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____.: 6. Turma. *Recurso Especial n. 1.519.802 - SP*. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 10 nov. 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1.519.802&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MO RTO>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____. *Súmula n. 533*. Data de publicação: 15 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=s%FAmula+533&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____. *Súmula n. 534*. Data de publicação: 15 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27534%27>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

CAPELLARI, Mariana Py Muniz. *Da viabilidade do encaminhamento da representação caso presídio central de Porto Alegre (PCPA) à Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise jurisprudencial*. Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - ano 4 (edição especial: execução penal), 2013.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1998.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KARAM, Maria Lúcia. *Monitoramento eletrônico: a sociedade do controle*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 140, janeiro 2007.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva: 2015.

MADEIRO, Carlos. Pelo menos 56 presos fugiram durante rebelião em alcaçuz, diz governo. *Uol notícias*, Maceió 25 jan. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/25/pelo-menos-56-presos-fugiram-durante-rebeliao-em-alcacuz-diz-governo.htm>> Acesso em: 03 jun. 2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 12. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM. In: Dicionário informal. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/miragem/>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 15. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Janaína Rodrigues. *O monitoramento eletrônico na justiça criminal: um olhar sobre o mecanismo de controle punitivo*. Porto Alegre: PUCRS, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, 2011.

_____; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringelli. *O monitoramento eletrônico de presos no Brasil*. Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - ano 4 (edição especial: execução penal), 2013.

OLTRAMARI, Lucinara; SANCHES, Naira. *O trabalho do preso e sua remuneração: algumas considerações, inclusive no pertinente à realidade prisional gaúcha*. Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - ano 4 (edição especial: execução penal), 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica)*: assinada na Conferência Interamericana Sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 26 de novembro de 1969.

ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PORTO ALEGRE. *Provimento conjunto n. 01/2015*, de 29 de abril de 2015. Provimento das Varas de Execuções Criminais da comarca de Porto Alegre.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

RIO GRANDE DO SUL. *Decreto n. 46.534, de 04 de agosto de 2009*. Aprova o Regimento Disciplinar Penitenciário do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1321547695_Regimento%20Disciplinar%20Penitenc%C3%A1rio%20atualizado.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça: 6. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70019078914*. Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini. 26 abr. 2007.

Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. _____.: 6. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70069638948*. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório. 30 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____.: 5. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70068718428*. Relatora: Cristina Pereira Gonzales. 20 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____.: 3. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70070171848*. Relator: Diógenes V. Hassan Ribeiro. 27 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____.: 1. Câmara. *Agravo em execução n 70071972343*. Relator: Jayme Weingartner Neto. 22 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. _____.: 3. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70072452584*. Relator: Diógenes Vicente Hassan Ribeiro. 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____.: 3. Câmara. *Agravo em execução n. 70072147630*. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet. 15 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. _____.: 6. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70072411028*. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. 23 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

_____. _____.: 6. Câmara Criminal. *Agravo em execução n. 70019078914*. Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini. 26 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional* - 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. *Prática de execução das penas privativas de liberdade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à Execução Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VEINTENHEIMER, Laura de Ferreira; PEREIRA, Mauro Kaufman. *A data-base na execução criminal*. Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - ano 4 (edição especial: execução penal), 2013.