



COMISSÃO ESPECIALIZADA EM EXECUÇÃO PENAL DO COLÉGIO NACIONAL
DE DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS – CEEP-CONDEGE

NOTA TÉCNICA 11

ASSUNTO: Abordagem analítica do tema objeto do RE 641.320-RS e PSV 57.

EMENTA: A Comissão Especializada em Execução Penal do CONDEGE por meio de argumentos fáticos, administrativos, políticos, econômicos e jurídicos entende que vinte e sete anos após a promulgação da Constituição de 1988 e passados trinta e um anos de vigência da Lei n.º 7.210/84, é hora de o Colendo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle difuso de compatibilidade das leis com a Constituição e no âmbito do procedimento de proposta de edição de súmula vinculante, fixar a orientação a ser seguida por todos os órgãos do Poder Judiciário acerca das normas fundamentais ora invocados relativas ao princípio da igualdade, do devido processo adequado, ressocializador e da humanização da pena, mantendo o que é sua jurisprudência consolidada, para assinalar que não havendo estabelecimento penal adequado ao regime de cumprimento de pena na comarca seja concedido ao apenado prisão domiciliar.

ELABORAÇÃO: Arthur Corrêa da Silva Neto – Defensor Público do Estado do Pará

APROVAÇÃO: Unanimidade

ANO: 2015

Aprovada por unanimidade na II reunião da CEEP-CONDEGE realizada em Brasília-DF no dia 23.09.2015.



Nota nº 011/2015/COMISSÃO ESPECIALIZADA EM EXECUÇÃO PENAL DO COLÉGIO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS GERAIS – CEEP-CONDEGE

Elaborador: Arthur Corrêa da Silva Neto – Defensor Público do Estado do Pará

Assunto: Abordagem analítica do tema objeto do RE 641.320-RS e PSV 57.

1. INTRODUÇÃO

Evidencia-se, no dia a dia forense, haver dispositivos da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal – LEP, incompatíveis materialmente com a Constituição Federal de 1988.

Percebe-se no plano jurisprudencial a profusão de decisões embasadas no texto constitucional, ora afastando, ora complementando o previsto na LEP.

Dessa percepção, cabe-nos refletir acerca da superação quanto à atualidade do diploma legal na relação com os fatos da vida, a ensejar no mesmo passo em que se visa a instituir novo Código Penal, novo Código de Processo Penal, uma nova Lei de Execução Penal consentânea com as mudanças sociais havidas nos últimos 31 (trinta e um) anos e mesmo no marco jurídico pátrio com a promulgação da Constituição Cidadã.

É cediço conviverem harmoniosamente a hermenêutica clássica e a nova hermenêutica, nesse sentido já se manifestou Luiz Roberto Barroso¹, assim a aplicação diretamente da Constituição da República a um dado fato concreto em face da sua força normativa em nada obsta a formulação de regras para regulamentar aquele mesmo fato com o qual a Constituição Federal pode imediatamente interagir.

Porém, igualmente, é do conhecimento de todos que a normatização no plano da lei tem o condão de otimizar a resolução das situações que se passam no mundo do ser, imprimindo maior funcionalidade ao sistema.

¹ BARROSO, Luis Roberto. In: NOVELINO, Marcelo. (Org). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. “Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional”*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 141.

Nesse contexto, quando se observa haver uma lei desatualizada no tempo, mesmo se podendo solucionar os entraves que esta situação provoca, com fulcro no próprio texto constitucional, isto pode significar desigualdade na medida em que haverá pessoas que irão procurar o Poder Judiciário para dirimir dada controvérsia invocando de forma primária a Constituição Federal e então obter o direito, mas haverá aquelas outras pessoas que não obterão o direito por não baterem as portas do Judiciário e mesmo haverá juízes com entendimentos diferentes, entregando a prestação jurisdicional de forma diversa para uma ou outra pessoa.

Neste ponto, é que a abstrativização do controle difuso ou eficácia dos efeitos determinantes da decisão do Supremo Tribunal Federal se legitima, tendo em vista que terá a missão de uniformizar por meio do entendimento da Suprema Corte qual a interpretação do texto da lei que se amolda ao quadrante estipulado pela Constituição da República, ou mesmo se o texto legal deve ser expurgado do ordenamento pátrio.

No mesmo caminho de forma oportuna o eminente Defensor Público Geral Federal propôs a PSV 57, que sem dúvida habilitará uma resolução uniforme em âmbito nacional.

Nessa condição, merecem ser apreciados os dispositivos previstos no art. 110 a 119, da LEP, bem assim os seus correlatos. Referidos dispositivos deslocados da situação fática a que se propõem, seja no Estado do Pará e nas demais unidades da Federação afrontam a dimensão material das normas previstas Constituição Federal de 1988 acerca do tema **devendo, portanto, serem declarados não recepcionados senão interpretados conforme os direitos, princípios e regras assentes no texto constitucional ou mesmo ser viabilizado decisão com caráter aditivo.**

Vejamos *in verbis* o único dispositivo da LEP que permite o cumprimento da pena em domicílio:

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.

Assim, pela letra do aludido dispositivo, verifica-se ofensa ao princípio da individualização da pena e ao postulado da proporcionalidade, na medida em que o legislador adentrou em seara que deve ser objeto de análise jurisdicional no plano do caso concreto.

Em síntese, a previsão legislativa taxativa mencionada se imiscui em domínio que não foi dado ao Legislativo, inclusive, se a aludida regra fosse aplicada sem maiores reflexões, violações a dignidade humana seriam perpetradas sob a chancela do Estado, pois referida norma, por exemplo, não contempla situações em que o apenado esteja em regime diverso do aberto e esteja acometido de doença grave e o estabelecimento penal no qual está custodiado não possa lhe garantir tratamento, tendo, portanto que suportar ou não suporta e vir a falecer, tudo em homenagem ao que previsto na referida lei.

Essa ocorrência acima exemplificada mantém correlação de fundamento com os fatos objeto da demanda e tal como no caso exposto a resolução, entende-se deva caminhar em consonância com o respeito da dignidade da pessoa humana, é dizer, a manutenção de pessoa em regime mais gravoso do que lhe é devido, igualmente enseja violação aos princípios da igualdade, do devido processo adequado, da segurança jurídica, da razoabilidade e ressocializador.

2 – SITUAÇÃO FÁTICA NO ESTADO DO PARÁ.

O Estado do Pará como é cediço possui grandes dimensões, bem assim o acesso em vários dos seus municípios se dá com bastante dificuldade, seja por que acontece por meio de rio, estradas de chão ou mesmo estradas com falhas no asfalto.

Desse modo, os deslocamentos intermunicipais muitas das vezes ocorrem com dificuldade.

Soma-se a está realidade o conhecido baixo índice de desenvolvimento humano – IDH, que, dimensiona os problemas de trânsito de pessoas entre as

municipalidades, pois o pagamento de transporte é algo que interfere nos gastos familiares mensais.

Não obstante, essa perspectiva delineada o sistema prisional paraense atual se dá no interior do Estado centralizado em polos regionais segundo o estabelecido em regiões judiciárias e na região metropolitana nos municípios de Santa Isabel, Marituba e Ananindeua, bem como no distrito de Mosqueiro.

A partir do ano de 2007, o preso sentenciado é deslocado da Delegacia para os municípios/comarcas polo nas quais, inclusive tramitará os respectivos processos de execução. Quanto a região metropolitana aqueles sentenciados que estejam nos municípios sob a sua área de abrangência tem os respectivos processos de execução tramitando na capital do Estado.

Está logística por si só já se vislumbra trazer inúmeras dificuldades aos presos de receberem visita de suas famílias, pois como é cediço vige no sistema carcerário nacional a dita seletividade do sistema penal que faz predominar na população carcerária pessoas de baixa renda, algo que dificulta ou mesmo inviabiliza a construção do processo ressocializador por meio da integração com familiares e amigos.

Essa realidade no interior do Estado do Pará se dimensiona principalmente em casos como o que é objeto da presente lide, haja vista que nas comarcas do interior mesmo nas comarcas polo de execução penal não há regime semiaberto nos termos em que previsto na LEP, sendo praxe dos juízos do interior do Estado seja quando sentenciam um acusado em regime inicial semiaberto ou mesmo nas comarcas polo quando progridem do regime fechado para o semiaberto de recambiarem o apenado para a única Colônia Agrícola do Estado que está situada no Município de Santa Isabel.

Logo, na Colônia Penal Agrícola de Santa Isabel, verifica-se até mesmo presos advindos da ilha do Marajó, cujo acesso é de notória dificuldade, estes presos, por exemplo, ficam esquecidos na aludida casa penal por seus familiares.

Ademais, quando lhes é concedido o direito a saída temporária não tem como retornar aos seus lares, ou aqueles que conseguem visitar suas famílias por vezes retornam atrasados e lhes é cassado o direito no próximo período pleiteado.

Assim, demonstra-se que está lógica de transferir as mazelas do Estado para essas pessoas lhes obrigando a cumprirem pena longe de seus familiares e amigos

cada vez mais se consubstancia em uma prática perversa, a retornarmos em dada medida ao que previsto no sistema Pensilvânico ou da Filadélfia, que possui como uma de suas características o isolamento e o não recebimento de visitas.

Mas as críticas aquele sistema pelas implicações que possuía a gerar na pessoa problemas, inclusive de ordem psiquiátrica, teoricamente nos tinha feito em respeito a dignidade da pessoa humana evoluir, teoricamente, pois como se demonstrou de certo modo isto vem se dando.

Na população carcerária atual da Colônia se tem em média cerca 230 (duzentos e trinta) internos (doc. Anexo) cumprindo pena na situação aludida, qual seja, de serem sentenciados do interior e pelo fato de nas suas comarcas não possuir semiaberto terem que cumprir sua pena longe dos seus familiares e amigos.

Também por esse motivo vale registrar o número excessivo de fugas nesse estabelecimento penal que no ano de 2014, alcançou patamar de cerca de 2000 (dois mil) fugas e no ano de 2015 já encontram números que indicam será próximo.

É certo que se soma a superlotação na unidade, pois em verdade os custodiados não deixam ultrapassar o número de vagas. Assim, a fuga se tornou um mecanismo de controle da população carcerária na Colônia, mas que provoca um problema grave para o sistema como um todo, haja vista que quando esse foragido é encontrado é dirigido para o regime fechado, logo faz surgir um ciclo que se retroalimenta.

3 – DAS NORMAS INCIDENTES SOBRE OS FATOS

A Constituição Federal de 1988, em face da força normativa que possui coíbe a prática acima entabulada, pois orienta acima de tudo o respeito a dignidade da pessoa humana, algo que se demonstrou no Estado do Pará não vem sendo observado, mas o que acontece no Estado do Pará igualmente vem sendo realidade da Federação como um todo, por isso chegasse a hora de cessar.

3.1 – Da Ofensa ao Princípio da Igualdade

A abstrativização do controle difuso ou a eficácia dos motivos determinantes da decisão da Suprema Corte terão o condão de afastar a constante ofensa ao princípio da igualdade perpetrada diariamente em nossa República, em face das inúmeras decisões antagônicas que ocorrem sobre o tema objeto da lide e no mesmo sentido caminha a edição de súmula vinculante sobre o tema.

A efetivação de direitos não pode se constituir em loteria, na qual só tem possibilidade de ganhar o apostador, o direito nesse caso objeto da lide tem que ser entregue de ofício, inclusive sem nem ser necessário o pleito, pois o juízo da execução diversamente da regra de inércia inerente aos órgãos do Poder Judiciário pode conceder qualquer direito ao apenado de ofício.

A pacificação do entendimento sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal terá o mérito de promover o princípio da igualdade, pois considerando o respeito que deve se ter as decisões dessa Egrégia Corte certamente os juízos de primeira instância seguiram a determinação.

3.2 – Da Violação do Devido Processo Adequado

O processo como mecanismo de igualdade entre os cidadãos tem por finalidade a resolução de situações da vida, do mundo do ser, que é posto como objeto de sua análise, a fim de se viabilizar a pacificação social.

Com efeito, o processo é instrumento, não se estabelecendo por si, o seu fim é servir ao direito material, na mesma perspectiva em que este o serve, em uma dinâmica cíclica que se retroalimenta, é dizer, o direito material também serve ao processo na medida em que norteia as suas linhas, a sua marcha direcionada a resolução do litígio existente, fazendo com que o processo assimile uma vertente de efetividade. Ademais, vale mencionar que o cidadão possui direito subjetivo ao devido processo efetivo, ou seja, aquele processo que se amolda a resolução da sua lide.

Mesmo os processualistas que normalmente são avessos ao afastamento da regra legal, tem aos poucos aderido a nova hermenêutica constitucional e nesse passo tem admitido a possibilidade de o direito material assente no caso concreto poder alterar ao que previsto na norma adjetiva.

Neste diapasão, consoante a doutrina contemporânea, direito processual e direito material estão amalgamados, assim o processo para que cumpra devidamente o seu papel, mister esteja consentâneo com as peculiaridades do direito material que o cerca.

Seguindo esse escólio Ricardo Maurício Freire assinala:

(...)

Sendo assim, busca-se-á examinar como a aplicabilidade da cláusula principiológica do devido processo legal pressupõe a compreensão das seguintes tendências: o fenômeno da procedimentalização do direito, a passagem da legitimação pelo procedimento para a busca da legitimidade do procedimento; (...) e a indissociabilidade entre o direito material e o direito processual, ante a constatação de que o processo se afigura como um instrumento ético-político, orientado por princípios constitucionais, que visa à realização do justo através da adequação às singularidades do direito em litígio. (Freire, Ricardo Maurício. Devido Processo Legal: uma visão pós-moderna. Salvador: Podivm. 2008, p. 11).

Na mesma linha de raciocínio, vale destacar as lições de Pedro Scherer de Mello Aleixo, senão vejamos:

III. A atual transição da tutela jurisdicional à técnica processual

No contexto da recíproca inserção sistemática verificada entre processo civil e a Constituição Federal brasileiros, tem-se atualmente assistido ao redimensionamento do instituto da tutela jurisdicional. Desponta, cada vez mais, sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana – premissa antropológico-cultural do Estado democrático de direito – na medida em que o objetivo final da tutela estatal não repousa, em última análise, na proteção de direitos, mas de homens, pois é na melhoria da qualidade de vida destes que o direito se empenha ..., já não se enfrenta no Brasil a temática da tutela jurisdicional como problema estrito do direito processual.

(...)

Não se pode perder de vista que o processo é, no sentido estreito da palavra, tão somente um meio de natureza auxiliar e que as formalidades processuais não podem ser perseguidas como fins em si mesmas.

Das considerações antecedentes avulta a necessidade de se conceberem técnicas processuais vocacionadas à efetiva tutela dos direitos materiais, já que processo e direito material devem andar com os mesmos passos, não se podendo conceber o instrumento sem o objeto, nem o objeto sem o instrumento para realiza-lo.

(...)

Cabe, assim, ao processualista não apenas ler as normas infraconstitucionais à luz dos direitos fundamentais, mas sobretudo conformar as técnicas processuais adequadas à realização concreta do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

IV. Derivação de um direito público subjetivo e justiciável à apropriada proteção processual

O artigo 5º. Inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira de 1988 estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com outras palavras, o dispositivo constitucional em apreço consagra o direito fundamental de todos a uma prestação jurisdicional efetiva.

(...)

Partindo da premissa adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão de que a todo direito fundamental material estão associados direitos procedimentais, pode-se chegar a conclusão de que o status de direito subjetivo dos direitos materiais repercute nos direitos processuais, de modo que estes últimos também devem ser considerados direitos subjetivos.

(...)

Impõe-se, assim, a conclusão provisória de que o legislador tem o dever de formatar técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional das diversas situações de direito substancial. Diante do caráter lacunoso da legislação, o qual decorre da mera inatividade do legislador ou da impossibilidade de se abranger integralmente todas as constelações de fatos passíveis de serem disciplinadas juridicamente, deve o juiz conformar a regra processual de acordo com os direitos materiais subjacentes ao caso concreto. Ora, na atual quadra histórico-evolutiva, não pode o Judiciário se compadecer com uma interpretação que aponte para incapacidade de o processo atender aos reclamos do direito material. O juiz não está autorizado, enfim, a “cruzar os braços” diante da primeira insuficiência da lei processual. (ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira: a caminho de um “devido processo proporcional”. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (orgs). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 417-435).

Nessa senda é que se diz e se apregoa a necessidade de haver o devido processo adequado, o qual e pelo qual o processo deverá vestir o direito material como uma luva veste a mão de quem a usa.

Assim, o que aqui fora exposto interage com o caso em exame, pois para que nessa circunstância haja o devido processo adequado mister que as questões fáticas atinentes a ausência de vaga em estabelecimento penal semiaberto possam construir um processo novo a permitir, enquanto esta situação perdure que seja admissível a colocação em prisão domiciliar.

Deve-se entender o processo de execução penal de forma macro nele se estabelecendo todas as lides execucionais, inclusive as pertinentes a progressão de regime, nas quais a situação fática presente não permite se estabeleça ao que previsto na lei atinente a viabilização do processo ressocializador, que impõe o

cumprimento próximo a familiares, salvo se por questões demonstradas de segurança pública, algo que se verifica ser a exceção.

Desse modo, ofende a cláusula pétrea constitucional do devido processo adequado haver possibilidade de agravamento da condição do apenado por uma questão fática provocada pelo próprio Estado e que não diz respeito ao processo em si, fugindo, portanto, ao que delineado como processo adequado.

3.3 – Do Princípio Ressocializador

Sobre o aludido princípio traz-se a colação o que já desenvolvi sobre o tema em conjunto com José Adaumir Arruda da Silva, vejamos:

“5.20. Princípio Ressocializador

O princípio que se passa a comentar, assim como o princípio da humanização da pena, encontra assento no art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 5º, itens 2 e 6 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969.

Por isso, os exemplos de desvirtuações no ambiente de cumprimento das penas ou medidas de segurança como a insalubridade das celas, sua superlotação, violam ao princípio da humanização da pena e ao princípio ressocializador. Ademais, a própria vedação a pena de morte e a prisão perpétua implicitamente ensejam o entendimento de retorno a sociedade. Bem assim, o aludido retorno deverá ser de um homem preparado para o convívio social sendo isso que se depreende dos objetivos da República Federativa do Brasil presentes no art. 3º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento social;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por sua vez o art. 1º, da Lei de Execução Penal, enfatiza o princípio em análise como sendo um dos objetivos da Execução Penal quando menciona que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Destarte, o princípio ressocializador se volta ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo obstando a criação de normas que se contraponham ao referido princípio no âmbito do seu conteúdo acima exposto.

O princípio se direciona ainda ao magistrado para que o aplique, afastando normas em contradição com o seu conteúdo ou mesmo interpretando a aplicação das normas de forma a lhe favorecer.

A ressocialização ou socialização como finalidade da pena e da sua execução é ideal a ser perseguido pelos órgãos da Execução Penal, mas que atualmente tem-se observado um desiderato distante a se entregar ao preso. Chega a ser contra-senso falar-se em ressocialização a partir da realidade existente.

Do ponto de vista das ciências sociais: “Qualquer processo de socialização pode ser considerado uma ressocialização, sempre que tal implique, por parte do actor que nele se envolve, uma mudança significativa no comportamento. Não se trata propriamente de um corte radical com aprendizagens e vivências anteriores, mas sim da aquisição de novas experiências, que lhe fazem interiorizar outras normas e valores eventualmente diferentes daqueles a que estava habituado e que o ensinam a viver socialmente em conformidade com a nova condição que passa a deter.”
(Fonte: [http://www.infopedia.pt/\\$ressocializacao](http://www.infopedia.pt/$ressocializacao)).

Por óbvio que no ambiente carcerário atual, a cultura a que o apenado passa a conhecer, as novas experiências que passa a adquirir são as do crime, uma vez que a ausência do Estado com políticas que possibilitem a formação profissional e intelectual do condenado abre espaço para que se instalem regras de comportamento e valores próprios de um ambiente violento e sem perspectivas de inserção ao meio social.

Daí a dificuldade da ressocialização do apenado, menos por culpa deste, mais pela própria falência do sistema prisional, que se reflete nos elevados índices de reincidência.

Falar em ressocialização do apenado sem políticas intramuros que possibilite a preparação do apenado para a vida em sociedade, tirando-o da ociosidade do cárcere; despertando no preso interesse na reinserção ao meio social que muitas vezes não conheceu, por meio do trabalho e do estudo, ocupando seu tempo com atividades motivacionais e profissionais que o resgatem da vida criminosa, é mero discurso vazio.

Por outro lado, se faz necessário manter o contato do preso com o mundo exterior, para onde retornará. Assim, não se pode pensar em ressocialização devolvendo o apenado depois de anos com privação da liberdade, para um mundo que este não conheceria mais se fosse afastado do convívio com a família e amigos.

Aplicando ao princípio em análise sob a compreensão acima mencionada se observa ao julgado abaixo proferido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra da Ministra Ellen Gracie, vejamos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMOÇÃO DE PRESO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. ART.86 DA LEP. ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS SIMILARES. NÃO - DEMONSTRAÇÃO DA FALTA DE SEGURANÇA. NÃO CARACTERIZAÇÃO - DA PERICULOSIDADE SEM DADOS OBJETIVOS E CONCRETOS. VÍNCULO FAMILIAR COMPROVADO. VAGA EXISTENTE. CONCESSÃO DO WRIT.

1. O art. 86, caput, da LEP permite o cumprimento da pena corporal em local diverso daquele em que houve a perpetração e consumação do crime.
2. Entretanto, o exame minucioso de cada caso concreto pode afastar o comando legal supramencionado, desde que comprovadas as assertivas de

falta de segurança do presídio destinatário da remoção, participação do preso em facção criminosa e outras circunstâncias relevantes à administração da Justiça. Ônus do Parquet.

3. No caso sob exame, não ficou demonstrado o perigo na transferência, tampouco a periculosidade, ao contrário, porquanto são prisões aptas ao cumprimento de pena em regime fechado, além do que o vínculo familiar, a boa conduta carcerária e a respectiva vaga foram documentalmente demonstrados pelo paciente.

4. A ressocialização do preso e a proximidade da família devem ser prestigiadas sempre que ausentes elementos concretos e objetivos ameaçadores da segurança pública.

5. Ordem concedida.

(HC 100087, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/03/2010, DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010 EMENT VOL-02396-02 PP-00274 RT v. 99, n. 897, 2010, p. 546-549) (grifo nosso).

(Da Silva Neto, Arthur Corrêa, Arruda da Silva, José Adaumir. Execução Penal: Novos Rumos, Novos Paradigmas. Manaus: Editora Aufiero, 2012, p. 132-134).”

Destarte, pelo exposto plenamente se conecta ao caso *sub judice* a norma concernente ao princípio ressocializador.

3.4 – Do Princípio da Humanização da Pena

Sobre o aludido princípio, o qual deve ser refletido na análise da temática sob exame, traz-se a colação o que já desenvolvi sobre o tema em conjunto com José Adaumir Arruda da Silva, vejamos:

“5.18. Princípio da Humanização da Pena

No período anterior a promulgação de nossa atual Constituição Cidadã o Brasil viveu período de exceção política com a aplicação de penas desumanas aos que eram contrários ao regime ditatorial militar.

A Presidente do Brasil Dilma Rousseff, inclusive, declarou publicamente ter sido submetida no Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), do Estado de São Paulo, por mais de dois anos a diversos excessos, este departamento que era vinculado ao Exército Brasileiro, se consolidou como símbolo da tortura no período do regime militar.

Nesse mesmo momento dessa triste história nacional diversos membros do Partido Comunista do Brasil e moradores da região do Araguaia desapareceram nessa mesma região, no que ficou conhecido como guerrilha do Araguaia, sendo este fato objeto de processo na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se pretende dentre outros aspectos a responsabilização da República Federativa do Brasil em face da detenção arbitrária, tortura e desaparecimento das referidas pessoas. Para se obter maiores detalhes acerca do tema, conferir: <www.cidh.org/demandas/11552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>.

Por esses e outros fatos, o constituinte originário visando que referida fase não mais assombre a nação brasileira buscou expressar o não-cabimento de penas de morte, desumanas ou cruéis.

Nessa senda, reza a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVII que:

XLVII – não haverá penas:

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

No mesmo sentido no âmbito internacional a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, com clareza solar expressa:

Artigo 5º. Direito à integridade pessoal.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

De todo modo, deve-se observar que as desvirtuações no ambiente de cumprimento das penas ou medidas de segurança, como: a insalubridade das celas e estarem superlotadas transformam a execução em desumana ou cruel, portanto, igualmente afrontando ao princípio.

Nesse sentido, vale assinalar os ensinamentos do magistrado potiguar Mendes Júnior (2010, p. 32-33), vejamos:

Proíbe-se não só a criação de penas cruéis ou degradantes, mas, inclusive, a transmutação das penas existentes em penas com esse caráter. Por exemplo, instalações superlotadas, promiscuidade e abusos sexuais, utilização de celas escuras, calabouços, solitárias etc., como meio de disciplinar, dentre outras providências que atentem contra dignidade humana.

No âmbito normativo infraconstitucional o art. 45 § 2º da Lei de Execução Penal ao expressar a vedação do emprego de cela escura assimila ao princípio em comento.

Ademais, a humanização da pena diz ainda, da moderação das penas e da forma de execução das mesmas, ainda em 1764, Beccaria (2007, p. 49), já ensinava:

A finalidade das penalidades não é torturar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já está praticado.

Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.

Outrossim, as proibições previstas no art. 5º, inc. XLVII, da CF/88, acima enunciadas espriam vertente negativa do princípio em comento, pois vedam ao legislador infraconstitucional de normatizar de modo contrário aos seus preceitos.

Por outro lado, o mencionado no art. 5º, XLIX, da Carta *Magna*, o qual aduz que "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", expressa faceta positiva do princípio, pois enseja prestações afirmativas pelo Estado no sentido de garantir ao preso o identificado no núcleo do dispositivo.

5.18.1. PONTO POLÊMICO: MÍNIMO EXISTENCIAL VS RESERVA DO POSSÍVEL

Nos casos de ofensa ao princípio da humanização da pena, cometidas dentro das casas penais, como os que já foram mencionados acima, órgãos como a Defensoria Pública e o Ministério Público poderão manejar instrumentos judiciais de tutela individual – ações de obrigação de fazer, mandados de segurança, entre outros – e de tutela coletiva como compromisso de ajustamento de conduta, ações civis públicas, entre outros.

Poderão ainda os aludidos órgãos requerer a interdição da casa penal, a Defensoria com base no art. 81-B, VI, da LEP e a Promotoria com fulcro no que estabelece o art. 67, da LEP.

Outrossim, o magistrado poderá de ofício, em ativismo judicial que se considera benéfico, interditar a casa penal, forte no art. 66, inc. VIII, da LEP.

As referidas medidas poderão se fundamentar nas disposições do art. 1º, III, art. 5º, XLIX, da Constituição Federal de 1988, art. 40 da Lei 7.210/84, art. 38 do Código Penal brasileiro, art. 5º, item I e II, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), dentre outros do ordenamento jurídico pátrio e internacional.

Vale ressaltar, que a Constituição Federal de 1988 consagra como fundamento da República em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Mais ainda, o art. 5º, em seu *caput* e XLIX, garantem a todos o direito à vida e aos presos integridade física e moral.

De tal importância se apresentou ao constituinte o Direito à Integridade Física do Preso, que nossa Carta Magna de 1988 o erigiu a direito e garantia fundamental. O art. 5º, XLIX expressa que "É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

O referido dispositivo é norma definidora de direito subjetivo, ao qual se contrapõe um dever jurídico estatal, que enseja a exigibilidade de prestações positivas do Estado, não podendo se caracterizar como uma norma programática.

É, na classificação da doutrina constitucionalista, norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, conforme disposto no art. 5º, § 1º, da CRFB/1988, independentemente assim de qualquer ato legislativo, no aguardo tão somente de efetivação pela Administração Pública.

Sendo assim, cunha-se o parâmetro do mínimo existencial aquém do qual a existência humana encontrar-se-ia ameaçada, condição que permite a intervenção do Estado e exige prestações positivas a fim de cumprir o fundamento da República relacionado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), valor este, unificador de todos os direitos fundamentais e entorno do qual os demais orbitam.

Sem o mínimo existencial, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.

A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual se expressou em nosso texto maior que os que se encontram presos tem direito não podendo lhes ser privados esse mínimo.

Diante disso, pode-se afirmar que existe um limite mínimo de proteção, da qual o Estado não pode se negar, cabendo ao Poder Judiciário, na hipótese de negligência do Executivo e com fundamento na garantia dos direitos humanos ou fundamentais, exarar a efetivação do direito.

Outrossim, importa ainda destacar que o Supremo Tribunal Federal vem fazendo uma leitura da Constituição Federal que efetiva os direitos fundamentais do preso nos limites da condição em que se encontra.

Nesse sentido observa-se a consolidada jurisprudência daquela corte em garantir o direito de audiência do preso mesmo estando este em outro Estado da Federação, senão vejamos:

A garantia constitucional da plenitude de defesa: uma das projeções concretizadoras da cláusula do due process of law. caráter global e abrangente da função defensiva: defesa técnica e autodefesa (direito de audiência e direito de presença). pacto internacional sobre direitos civis e políticos/onu (art. 14, n. 3, “d”) e convenção americana de direitos humanos /oea (art. 8º, § 2º, “d” e “f”). dever do estado assegurar, ao réu preso, o exercício dessa prerrogativa essencial, especialmente a de comparecer à audiência de inquirição das testemunhas, ainda mais quando arroladas pelo ministério público. razões de conveniência administrativa ou governamental não podem legitimar o desrespeito nem comprometer a eficácia e a observância dessa franquia constitucional. doutrina. precedentes. medida cautelar. deferida. (Informativo 494/2008, Transcrições. HC 93503 MC/SP. Relator Min. Celso de Mello).

Dessa forma, se é garantido ao preso o direito a ampla defesa em sua plenitude fundamentando-se as decisões da Suprema Corte em que o preso não pode pagar pela ineficiência do Estado, com mais razão não há como se negar aquele o direito a integridade física e a saúde, bens sem os quais os demais não persistem.

Do mesmo modo, por oportuno mister mencionar que os direitos sociais como são os mencionados no art. 6º, da Constituição Federal de 1988, e dentre eles lá está a saúde não devem ser implementados a mera conveniência dos governantes, mas por serem afirmações como já se destacou obrigam ao administrador.

Ademais, sem saúde os mais diversos direitos perdem significância.

No sentido da efetivação dos direitos sociais não ficarem ao alvêrio dos mandatários se observam diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Na doutrina traz-se a colação os interessantes ensinamentos de Holthe (2007, p. 352-353), o qual dispõe:

2. TEORIA DA RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

Considerando que os direitos sociais exigem prestações positivas por parte do Estado (saúde, educação, moradia, etc.) e portanto, dependentes de gastos orçamentários, indaga-se: a escassez de recursos materiais seria um limite à eficácia dos direitos sociais? Em outras palavras, a exigência dos “direitos positivos” estaria a depender da existência de “orçamento disponível” e da mediação do legislador, a quem incumbe primordialmente a decisão sobre a aplicação dos recursos públicos?

Para solucionar o dilema: “escassez de recursos” x “direitos a prestações positivas”, a doutrina concebeu a teoria da reserva do financeiramente possível, ou simplesmente “reserva do possível”, como limite à eficácia dos direitos sociais.

Assim, a realização dos direitos sociais efetivamente depende da existência de recursos financeiros disponíveis e da intermediação do legislador, a quem incumbe nas leis orçamentárias decidir sobre a aplicação dos recursos públicos existentes.

Ocorre que, segundo a melhor doutrina, a limitação da eficácia dos direitos sociais pela teoria da reserva do possível possui, por sua vez, um limite claro: a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana, e o direito à vida são os parâmetros para o reconhecimento do mínimo existencial que se deve garantir aos indivíduos quando, então, os direitos sociais se transformam em “direitos subjetivos a prestações positivas”, afastando nesses casos, a teoria da reserva do possível. (grifado no original).

Neste diapasão, o magistrado quando enfrentar questões de violação do princípio da humanização da pena, atinentes, por exemplo, ao direito a saúde, tem o dever de determinar sua efetivação, mesmo diante de alegações alusivas a orçamento, fazendo isto o órgão jurisdicional estará garantindo a força normativa da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, tem-se observado na prática que os documentos carreados pela administração pública são genéricos e sequer demonstram a aplicação do percentual constitucional que deve ser destinado a saúde, em que pese conforme acima foi consignado, a melhor doutrina indicar não haver parâmetros ao reconhecimento do mínimo existencial para afastar a alegação de limitações orçamentária.”

4 – DA APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS SUPRAMENCIONADOS

Sobre a temática em si tive a oportunidade de abordá-la em conjunto José Adaumir Arruda da Silva, vejamos:

“8.6.1.8.4. PONTO POLÊMICO 02: PROGRESSÃO DE REGIME E ESTABELECIMENTO ADEQUADO

A ausência de vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime semiaberto ou aberto é uma situação recorrente nas mais diversas unidades da federação brasileira, com isso, tem-se observado a propositura de inúmeros *habeas corpus* e agravos em execução visando seja concedido a possibilidade de o apenado cumprir sua pena em prisão domiciliar – como meio de se evitar que o recluso permaneça em regime mais severo do que deveria – haja vista que o preso não deve absolver para si a ineficiência do Estado. Neste sentido, o STJ tem acolhido as referidas pretensões como se verifica em recente julgado que abaixo se transcreve:

HABEAS CORPUS. PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. IMEDIATA REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL AO REGIME INTERMEDIÁRIO

DETERMINADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO EM REGIME ABERTO OU PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou compreensão no sentido de que, tendo sido o paciente condenado a regime prisional semiaberto ou aberto ou lhe tendo sido concedida a progressão para o regime mais brando, constitui ilegalidade submetê-lo, ainda que por pouco tempo, a local apropriado a presos em regime mais gravoso, em razão da falta de vaga em estabelecimento adequado.

2. Ordem concedida para determinar a imediata remoção do paciente para o regime semiaberto ou, caso não haja vaga no estabelecimento adequado ao regime intermediário, que aguarde, sob as regras do regime aberto, até que surja vaga. Caso não haja vaga também no regime aberto, que aguarde em regime domiciliar. Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento). MINISTRO OG FERNANDES. Relator. DJe. 04.04.2011.

Assim, se está sinalizando que inexistindo vaga em estabelecimento adequado no local de cumprimento da pena pelo preso, não é razoável que o juiz determine sua transferência para cumprimento de pena em outra Comarca diversa que possua o estabelecimento adequado ao regime para o qual o recluso progrediu. Isto em face sem dúvida do princípio ressocializador, pois o não cumprimento da pena no local onde tenha laços familiares e de amizade impossibilitaria a sua manutenção, por conseguinte gerando dificuldades ao seu processo ressocializador, nessa senda segue decisão abaixo, vejamos:

EMENTA - Habeas corpus preventivo. Execução penal. Título executivo judicial que fixou o regime semi-aberto para cumprimento da pena. Ausência de local adequado. Regime mais gravoso. Impossibilidade. Precedente. Ordem concedida. 1. O regime consignado no Título Executivo Judicial para o cumprimento da pena é o semi-aberto. A falta de local adequado não tem o condão de admitir o regime mais gravoso para o seu cumprimento. 2. Ordem concedida para assegurar ao paciente que cumpra a sua pena no regime fixado pelo título, não podendo esse regime ser mais gravoso. (HC 94829, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 30/09/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-05 PP-01221 RT v. 98, n.882, 2009, p. 502-509).

Este entendimento estabelecido no julgado acima se verifica consentâneo com a atual ordem constitucional, por isso entende-se que deva ser sempre replicado.” (Da Silva Neto, Arthur Corrêa, Arruda da Silva, José Adaumir. Execução Penal: Novos

Rumos, Novos Paradigmas. Manaus: Editora Aufiero, 2012, p. 296-298).

Neste diapasão, entende-se que a não colocação dos apenados em prisão domiciliar é manter a lógica equivocada na Execução Penal de só conferir deveres ao apenado esquecendo das previsões atinentes aos direitos.

5 – ANÁLISE FÁTICO-JURÍDICA

Entendo que **o presente caso perpassa entre aspas pela contraposição do valor segurança pública versus o valor dignidade da pessoa humana** e os seus consectários menor onerosidade da pena, vulnerabilidade do preso, individualização da pena, proporcionalidade, enfim **entre aspas, pois aqueles que lançam o olhar dessa questão pelo prisma da segurança pública se levam por uma falsa premissa, considerando que manter os apenados em situação mais gravosa ou longe dos seus familiares por mais tempo é apenas viabilizar uma falsa sensação de segurança pública, pois aqueles mesmos presos em algum momento voltarão para a sociedade** e de que forma voltaram? certamente mais revoltados ou mesmo naqueles casos que são apenados do interior do Estado como acontece no Pará voltaram para as suas cidades possivelmente mais experimentados porque terão tido contato com a macro criminalidade.

De outro lado, sendo trabalhada a questão pelo viés da dignidade da pessoa humana permitindo-se o cumprimento da pena em prisão domiciliar naquelas comarcas em que não haja estabelecimento do regime semiaberto se estará nesse momento promovendo segurança pública na medida em que haverá mais possibilidade de se quebrar o ciclo de reincidência.

Outrossim, **mister ressaltar que a Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI Carcerária de 2009 já sinalizou que as péssimas condições carcerárias e essa solução de só apresentar deveres ao preso em detrimento de seus direitos são solo fértil e fomentadores de organizações criminosas já presentes nos Presídios².**

De igual forma, decidir de forma diferente da possibilidade de concessão de prisão domiciliar é agravar a crise de um sistema prisional já tão debilitado, propiciando todos os malefícios que a superlotação carcerária enseja.

Não obstante, vale lembrar que **prisão domiciliar nessas situações de ausência de vagas, ainda são cumprimento de pena, logo qualquer ocorrência ou descumprimento de deveres desencadeará necessariamente em processo administrativo disciplinar e possível regressão de regime se for o caso.**

6 – ANÁLISE ECONÔMICA

Tem-se que qualquer decisão diferente do que é a jurisprudência do Tribunal, ou seja, de concessão de prisão domiciliar, ensejará clara repercussão econômica de todas as ordens.

Os custos do aprisionamento são amplamente divulgados, portanto a decisão da Suprema Corte terá o condão de potencializar as dificuldades já enfrentadas pelas unidades da federação e inclusive declaradas em audiência pública ocorrida no âmbito do RE 641.320.

Tal como já se defende que as leis penais devem passar por uma análise econômica, com efeito, as decisões jurisdicionais que potencializam o aprisionamento de igual forma tem que observar essa preocupação.

7 – CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Comissão Especializada em Execução Penal do Colégio de Defensores Públicos Gerais – CEEP-CONDEGE entende que vinte e sete anos após a promulgação da Constituição de 1988 e passados trinta e um anos de vigência da Lei n.º 7.210/84, é hora de o Colendo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle difuso de compatibilidade das leis com a constituição e no âmbito do procedimento de proposta de edição de súmula vinculante, fixar a orientação a ser seguida por todos os órgãos do Poder Judiciário acerca das normas fundamentais ora invocados mantendo o que é sua jurisprudência consolidada, para assinalar que não havendo estabelecimento penal adequado ao regime de cumprimento de pena na comarca seja concedido ao apenado prisão domiciliar.



Brasília-DF, 23 de setembro de 2015.

Arthur Corrêa da Silva Neto
Defensor Público do Estado do Pará

² CPI sistema carcerário – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009 (Série ação parlamentar; 384), p. 60-61.