



UNIVERSIDADE ESTATUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

JANNA DA NÓBREGA SOUZA

**FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE DE
CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR AOS CONDENADOS QUE,
ACOMETIDOS DE GRAVES ENFERMIDADES, CUMPREM PENA EM REGIME
FECHADO**

CAMPINA GRANDE - PB

2012

JANNA DA NÓBREGA SOUZA

FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE DE
CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR AOS CONDENADOS QUE, ACOMETIDOS
DE GRAVES ENFERMIDADES, CUMPREM PENA EM REGIME FECHADO

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao curso de Direito da
Universidade Estadual da Paraíba –
UEPB, como requisito para obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Ms. Ana Alice Ramos
Tejo Salgado.

CAMPINA GRANDE – PB

2012

S725f

Souza, Janna da Nóbrega.

Falência do sistema carcerário brasileiro [manuscrito]: possibilidade de concessão da prisão domiciliar aos apenados que, acometidos de graves enfermidades, cumprem pena em regime fechado / Janna da Nóbrega Souza.– 2012.

60 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2012.

“Orientação: Prof. Me. Ana Alice Ramos Tejo Salgado, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Prisão domiciliar. 3. Pena alternativa. I. Título.

21. ed. CDD 345

FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE DE
CONCESSÃO DA PRISÃO DOMICILIAR AOS CONDENADOS QUE, GRAVEMENTE
ENFERMOS, CUMPREM PENA EM REGIME FECHADO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
curso de Direito da Universidade Estadual da
Paraíba - UEPB, como requisito para obtenção
do título de Bacharel em Direito,


Aprovada em 28/11/2012

Nota: 40,00 (DEZ)

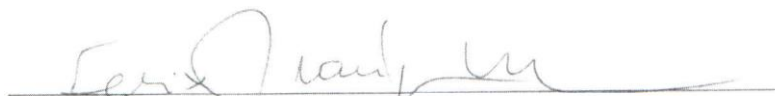
BANCA EXAMINADORA



Profª. Ma. Ana Alice Tejo Ramos Salgado / UEPB
Orientadora



Prof. Herry Charriery da Costa Santos / UEPB
Examinador



Prof. Dr. Félix Araújo Neto / UEPB
Examinador

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai, John Robério Dantas de Souza, pela paciência, amor e apoio dados desde o meu primeiro dia de vida.

À minha mãe, por todos esses anos despendidos ao meu cuidado e dos meus irmãos. Por ter sido o meu maior exemplo. Por ter me ensinado o verdadeiro significado da palavra amor.

Aos meus queridos irmãos, Anne e Yago, por sempre estarem ao meu lado, me apoiando e me dando força para acreditar que sou capaz de conquistar todos os meus objetivos.

À minha avó, Francisca Barros Nóbrega, por seu amor, paciência e incentivo.

À professora Orientadora Ana Alice Ramos Tejo Salgado pelos ensinamentos prestados, pela paciência e dedicação durante todo o processo de elaboração deste trabalho.

Ao professor Félix Araújo Neto pela sugestão do tema.

Ao professores examinadores por terem sido tão solícitos ao meu convite e pela atenção que dedicaram a este trabalho.

Às minhas amigas, Ayanny, Andréa, e Camilla, por terem me propiciado momentos inesquecíveis ao longo destes cinco anos.

Às minhas amigas, Marcella e Carol, por terem me feito conhecer o verdadeiro significado da palavra amizade.

Por fim, aos meus amigos da turma de Direito 2008.1 pelas boas conversas, pelo companheirismo e por terem feito parte desta etapa da minha vida.

*“ Dez graçado, Dez humano, Dez truidor,
Dez ligado, Dez figurado, Dez engonçado,
Dez agregador, Dez temperado, Dez
trambelhado, Dez informado”.* (Frase
escrita à mão, vista pela CPI do Sistema
Carcerário Brasileiro, em uma porta na
penitenciária Lemos de Brito, em
Salvador)

RESUMO

O presente trabalho acadêmico se propõe a investigar a possibilidade de concessão da prisão domiciliar aos apenados que, acometidos de graves enfermidades, se encontram cumprindo pena em regime fechado. Tal problemática se mostra relevante e atual, diante da crise que assola o sistema carcerário brasileiro, gerada através de mazelas que lhe são intrínsecas, como a superlotação e a falta de higiene, que culminam em um problema ainda maior, a proliferação de doenças, gerando um risco a vida dos que se encontram enclausurados. Desta feita, utilizando-se de fontes dogmáticas e jurídico-formais circunscritas à doutrina especializada, bem como de legislações e jurisprudência pertinentes ao assunto, o presente trabalho teve como objetivo demonstrar a viabilidade, as benesses e possibilidade de concessão deste instituto aos que cumprem pena em regime fechado. Para tanto, imperioso se fez um estudo sobre a origem e função da pena privativa de liberdade em um Estado Democrático de Direito; o delineamento dos contornos e particularidades desta modalidade de sanção no ordenamento jurídico pátrio; uma análise das mazelas intrínsecas ao encarceramento. No último capítulo realizou-se um estudo sobre a prisão domiciliar, como um todo, abordando suas peculiaridades, para que se chegasse ao cerne da questão: a possibilidade de atribuição do instituto aos que se encontram cumprindo pena nos interiores das prisões estatais, como forma de garantir, não só o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como também a ressocialização dos condenados.

PALAVRAS-CHAVE: Falência do Sistema Carcerário Brasileiro. Prisão domiciliar. Condenados gravemente enfermos. Regime fechado.

ABSTRACT

This academic paper proposes to investigate the possibility to grant house arrest to convicts who, suffering from serious illness, are serving time in a closing regime. This issue is relevant and current, due to the crisis that plagues the Brazilian prison system, generated through ills that are intrinsic to it, such as overcrowding and lack of hygiene, which culminate in a even bigger problem, the proliferation of diseases, generating a risk to the lives of those who are cloistered. This made using dogmatic sources and legal- formal circumscribed to the specialize doctrine, as well as legislation and jurisprudence relevant to the subject, this work had as objective to demonstrate the viability, benefits and the possibility of granting this institute to ones who are serving time in a closed regime. For both, imperative became a study of the origin and function of the penalty with deprivation of liberty in a democratic state; the delineation of the contours and features of this sanction modality in the national laws; an analysis of the incarceration intrinsic ills. In the last chapter was performed a study on house arrest, as a whole, addressing its peculiarities to get at the crux of the matter; the possibility of awarding the institute to wich who finds themselves serving time in the interior of the state prisons, as a way to ensure not only compliance with the principle of Human Dignity, as well as the rehabilitation of prisoners.

KEYWORDS: Brasil Prision System Collapse. House arrest. Severely ill convicts. Closed regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ABORDAGEM DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE SUA FUNÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO	12
1.1.1 Sistema Pensilvânico	15
1.1.1 Sistema Auburniano	16
1.1.1 Sistema Progressivo.....	16
1.2 FUNÇÃO DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	18
2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	22
2.1 ASPECTOS GERAIS	22
2.2 REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA.....	24
2.2.1 Regime aberto.....	24
2.2.2 Regime semiaberto	25
2.2.3 Regime fechado	27
2.3 DIREITOS DO PRESO	28
2.3.1 Assistência material.....	30
2.3.2 Assistência à saúde	31
2.3.3 Assistência jurídica.....	31
2.3.4 Assistência educacional.....	32
2.3.5 Assistência social.....	33
2.2.1 Assistência religiosa	33
3 FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO	35
3.1 MAZELAS INTRÍNSECAS AO ENCARCERAMENTO	36
3.1.1 Superlotação	36
3.1.2 Insalubridade do encarceramento	38
3.1.3 Ausência de assistência à saúde.....	39
4 A PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR	43
4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À PRISÃO DOMICILIAR.....	43

4.1.1 Hipóteses de admissibilidade.....	44
4.1.1 .1 Condenados maiores de 70 (setenta) anos	46
4.1.1.2 Condenadas gestante, com filho menor ou portador de deficiência	46
4.1.1.3 Condenados acometidos de doença grave	48
4.1.2. Monitoramento eletrônico como forma de fiscalização do cumprimento da prisão domiciliar.....	49
4.2 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR AOS APENADOS QUE, ACOMETIDOS POR GRAVES ENFERMIDADES, CUMPREM PENA EM REGIME FECHADO.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

O Sistema Carcerário Brasileiro encontra-se falido, e isso não é novidade. Em todo país seres humanos que foram privados de sua liberdade, em razão da prática de um delito, lutam constantemente para sobreviver em estabelecimentos penitenciários marcados por problemas como a superlotação e a falta de higiene, que acarretam uma afronta a direitos inerentes aos detentos, que não foram atingidos pela sentença penal condenatória, como o direito à saúde.

Para se ter uma idéia, grande parte da população carcerária morre antes de completar um ano de prisão, diante da omissão estatal no tocante ao fornecimento de tratamento médico, adequado e contínuo, a doenças como a tuberculose, o câncer e a AIDS que, conforme dados extraídos do último censo penitenciário, atinge cerca de 1/3 dos condenados.

Diante desta problemática que há muito assola o país, estudiosos do direito vem procurando alternativas que possam amenizar o cumprimento da pena privativa de liberdade por aqueles que se encontram gravemente enfermos e privados de sua liberdade, com vistas à torná-lo mais digno.

Dentre estas possibilidades se encontra a prisão domiciliar, prevista do art.117, inciso II, da Lei de Execução Penal, que confere, aos apenados acometidos de graves moléstias, a possibilidade de cumprir a sanção em sua residência.

Em que pese esta alternativa conferida, tem-se que a norma que regula o instituto apenas abrange os apenados em regime aberto, não estendendo sua aplicação aos que, mesmo dentro desta hipótese autorizadora, estejam cumprindo pena em regime fechado.

Consoante o exposto, seria a prisão domiciliar estendível aos condenados que, acometidos de graves enfermidades, se encontram enclausurados nas prisões do país? Poderia ela dar efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tão desprezado na execução da pena? Contribuiria este instituto com ressocialização destes criminosos?

O presente trabalho procurará esclarecer estes e outros questionamentos, através da exposição de seu conteúdo em quatro capítulos.

Inicialmente, será realizada uma abordagem histórica da pena privativa de liberdade e uma análise de sua função social em um Estado Democrático de Direito.

Em seguida, tendo em vista a necessidade de aferir como se dá o cumprimento da pena privativa de liberdade no país, serão expostos os contornos e particularidades dadas a ela pela legislação pátria, abordando-se, posteriormente, os direitos assegurados aos detentos em seu cumprimento.

Com vistas a esclarecer o real estado em que se encontram os criminosos enclausurados e a afronta por ele gerada às regras que regulam o cumprimento de pena no país, no terceiro capítulo abordaremos as mazelas intrínsecas ao sistema carcerário brasileiro, dando-se ênfase à superlotação, falta de higiene e ausência de assistência à saúde.

No último capítulo, será realizado um estudo do instituto da prisão domiciliar como um todo, apresentando suas peculiaridades. Após, se dará ênfase à possibilidade de sua concessão aos apenados que, gravemente enfermos, estejam cumprindo pena em regime fechado, justificando sua aplicabilidade e relação com a ressocialização e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, através de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Salienta-se que o presente trabalho acadêmico baseia-se em fontes dogmáticas e jurídico-formais circunscritas à doutrina especializada, bem como na utilização das legislações e jurisprudência pertinentes ao assunto, por meio de uma abordagem teórico-reflexiva, sob a perspectiva do método de procedimento analítico-descritivo, através dos quais, objetiva-se demonstrar a possibilidade de concessão da prisão domiciliar aos apenados que, gravemente enfermos, cumprem pena em regime fechado.

1 ABORDAGEM HISTÓRICA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DE SUA FUNÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais e as mutilações à que se submetiam, primordialmente, aqueles que praticavam uma conduta ilícita, não tem a pena de prisão, no ordenamento jurídico brasileiro, cumprido com as suas finalidades.

Nesse viés, visando delinear os fatores que originaram a atual situação do sistema penitenciário brasileiro, imperiosa se torna a análise histórica da pena privativa de liberdade, bem como de sua função em um Estado Democrático de Direito.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO

Provinda do latim *poena* e do grego *poiné*, a palavra pena, possui o significado de inflição de dor física ou moral imposta ao transgressor de uma lei, representando, segundo Enrique Pessina (1913, p.589) “ um sofrimento que recai, por obra da sociedade humana, sobre todo aquele que pratica um delito”.

Da antiguidade até fins do século XVIII as prisões, ou cárceres, não possuíam a finalidade de retribuição ao mal causado pela prática de uma conduta ilícita, tal como preconizado pelo conceito de pena acima retratado, portando como objetivo precípua a preservação da integridade física dos réus até que esses fossem julgados ou executados.

Predominavam, portanto, a pena de morte, as penas aflitivas e as infamantes, sendo a prisão uma antessala de suplícios onde, a todo tempo, servia-se da tortura como forma de obtenção da verdade e antecipação da extinção física (GRECO, 2011, p.130).

A propósito, acerca da finalidade da prisão na Idade Antiga, acrescenta Bittencourt (2011, p.30):

Grécia e Roma, pois, expoentes do mundo antigo, conheceram a prisão com finalidade eminentemente de custódia, para impedir que o culpado pudesse subtrair-se ao castigo. A finalidade da prisão, portanto, restringia-se à custódia dos réus até a execução das condenações referidas.

Assim como na Antiguidade, durante toda a Idade Média a idéia não aparece, continuando a prisão a ser tida como uma custódia de natureza cautelar, de índole tão somente processual, uma vez que o que a embasava era a espera da aplicação da futura pena corpórea que sobre o acusado viria a recair.

Explica Bittencourt (2011, p.32) que

Na Idade Média, a privação de liberdade continua a ter uma finalidade custodial, aplicável àqueles que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas. A amputação de braços, pernas, olhos, língua, mutilações diversas, queima de carne a fogo, e a morte, em suas mais variadas formas, constituem o espetáculo favorito das multidões desse período histórico.

Dessa forma, a privação de liberdade atingia a todos, sem distinção de gênero e idade, sendo aplicada, conforme os ensinamentos de Neuman (1974, p.20), à “loucos, delinqüentes de toda ordem, mulheres, velhos e crianças, que esperavam espremidos entre si, em horrendos calabouços, o suplício e a morte”.

Apesar da não utilização, como regra, das prisões no efetivo cumprimento da pena, é possível verificar algumas exceções ao longo deste período, quais sejam, a prisão de Estado e a prisão eclesiástica.

Na primeira destas modalidades prisionais, como bem exposto por Greco (2011, p.147), somente se recolhiam “os inimigos reais ou senhoriais, que tivessem cometido delitos de traição, e os adversários políticos dos governantes”.

A saber, essa vertente das prisões era aplicada com dois propósitos. Primordialmente como aprisionamento custodia, e de uma maneira secundária como local para que o condenado cumprisse uma pena privativa de liberdade que poderia ser temporal, ou mesmo uma prisão perpétua.

No tocante à prisão eclesiástica, seu emprego se destinava aos clérigos rebeldes, correspondendo o internamento à idéia de penitência e meditação. Assim, se alcançava o arrependimento:

Recolhendo-se os infratores em uma ala dos monastérios, onde através de um regime alimentício e penitenciário com freqüentes disciplinas e trabalhos manuais, se lograva a correção por meio da oração. (MATEOS, 1997, p.68)

Com o advento da Idade Moderna, a aplicação da prisão como pena privativa de liberdade começou a ser desenvolvida levando-se em consideração o aumento da criminalidade, decorrente da crise econômica que assolava a Europa.

Iniciou-se, portanto, um movimento de grande amplitude a favor de sua utilização, que culminou na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos apenados.

Em todo continente europeu surgiram instituições corretivas, antecessoras das prisões modernas, em que se recolhiam os autores de delitos menores, visando o cumprimento de uma pena baseado no trabalho obrigatório e na disciplina¹.

Por meio dessas casas de correção, conforme prelecionado por Cezar Roberto Bittencourt (2011, p.150):

Procurava-se alcançar um fim educativo por meio do trabalho constante e ininterrupto, do castigo corporal e da instrução religiosa. Todos esses instrumentos são coerentes com o conceito que se tinha, nessa época, sobre a reforma do delinqüente e os meios para alcançá-la. Nesse período havia a convicção de que o castigo e a utilização dos conceitos religiosos permitiriam a correção do delinqüente.

A chegada dos ideais iluministas, no século XVIII, trouxe consigo novos sistemas penitenciários, antecessores das *Houses of Correction*, por meio dos quais se perseguia a preservação da dignidade da pessoa humana, evitando-se, a todo custo, as torturas a que se submetiam, anteriormente, aqueles que ingressavam nos estabelecimentos prisionais².

Importante papel teve Beccaria no desenvolvimento destes sistemas, já que sua obra intitulada *Dos Delitos e Das Penas* difundiu o ideal de inconformismo em relação ao tratamento a que eram submetidos os seres humanos que cometiam delitos.

Moniz Sodré, devidamente mencionado por Greco (2011,p.152), evidenciando a contribuição do ilustre autor, destaca que a ele coube:

A honra inexcelsível de haver sido o primeiro que se empenhara em uma luta ingente e famosa, que iniciara uma campanha inteligente e sistemática contra a maneira iníqua e desumana porque, naqueles tempos de pressão e barbaria, se tratavam os acusados, muitas vezes inocentes e vítimas sempre da ignorância e perversidade dos seus julgadores.

¹Na Inglaterra as *Houses of Correction*, chamadas de *Bridewells*, asseguravam o autossustento através do trabalho, sua principal meta. Na Holanda, as casas de correção, conhecidas como *Rasp-Huis*, em virtude do trabalho ali desenvolvido, tinham como finalidade precípua a transformação dos delinqüentes em algo socialmente útil.

²A partir daí, dá-se início ao período humanitário da pena, onde se passou a repudiar os suplícios.

Neste contexto, a expressão *Penitentiary System* surgiu nos Estados Unidos para expressar o funcionamento das prisões de acordo com a restrição ou não de liberdade comportamental dos presos no cumprimento da pena, substituindo a utilização das prisões como meio de custódia.

Dentre os sistemas penitenciários clássicos, os que mais se destacaram foram o da Pensilvânia, ou celular, o Auburniano e os Progressivos.

1.1.1 Sistema Pensilvânico

Iniciado em 1790, o sistema celular, ou filadélfico, segue as linhas fundamentais que as instituições corretivas europeias adotaram. Assim, por esse sistema, o sentenciado era recolhido a sua cela, isolado dos demais, não podendo trabalhar ou mesmo receber visitas, sendo estimulado, a todo tempo, ao arrependimento pela leitura bíblica.

Dissertando acerca da origem deste sistema, Manoel Pedro Pimentel (1983, p.137) acrescenta:

Este regime iniciou-se em 1790, na Walnut Street Jail, uma velha prisão situada na rua Walnut, na qual reinava, até então, a mais completa aglomeração de criminosos. Posteriormente, esse regime passou para a Eastern Penitentiary, construída pelo renomado arquiteto Edward Haviland, e que significou um notável progresso pela sua arquitetura e pela maneira como foi executado o sistema penitenciário em seu interior.

Em que pese à notória evolução trazida por suas diretrizes, este sistema não prosperou, conforme os ensinamentos de Greco (2011, p.159), “diante de sua excessiva severidade, que impossibilitava a readaptação social do condenado, em face do seu completo isolamento”.

1.1.2 Sistema Auburniano

Criado em respostas as críticas sofridas pelo Sistema Filadélfico, o Sistema Auburniano³ trouxe consigo uma inovação que o tornara menos rigoroso, a permissão para o trabalho dos presos, que inicialmente fora realizado dentro de suas próprias celas, passando, posteriormente, a ser desenvolvido em grupos.

As origens históricas deste sistema datam de 1816, momento em que o presídio de Auburn, no Estado de Nova Iorque, começou a funcionar parcialmente. Finalizadas as obras, em 1821, sob o comando do então diretor, Capitão Elan Lynds, o silent system definiu os traços pelos quais seria individualizado: a abolição do completo regime celular, a instituição do trabalho obrigatório durante o dia e o isolamento noturno.

De acordo com as lições de Manoel Pedro Pimentel (1983, p.138), este sistema apesar de ser mais humanitário, se comparado com o anteriormente aplicado, não prosperou por

Falhar pela proibição de visitas, mesmo dos familiares, pela abolição do lazer e dos exercícios físicos, bem como pela notória indiferença quanto à instrução e ao aprendizado ministrado aos presos.[...] outra falha encontrada se reside no fato de que o trabalho, visto como um dos pilares do sistema, não seria uma forma de tratamento, mas um instrumento adequado para transformar o delinqüente em elemento útil à fabrica e ao sistema capitalista.

Desta feita, pode-se inferir que o fracasso deste sistema se deve a sua inspiração estritamente econômica, não possuindo qualquer fim ressocializador, vez que se utilizava da mão de obra dos presos para suprir as exigências da crescente industrialização nos Estados Unidos.

1.1.3 Sistemas Progressivos

No decorrer do século XIX houve a imposição definitiva da pena privativa de liberdade, a partir do momento em que se adquiriu a percepção da necessidade de

³O Sistema Auburniano também passou a ser conhecido como Silent System, vez que uma das principais características deste dizia respeito ao silêncio absoluto que era imposto aos detentos. (Greco, 2012, p.175)

se conceber a execução da pena de prisão como um tratamento que buscasse a reabilitação do condenado.

Nesse íterim, embasando-se na adoção da pena privativa de liberdade como um instrumento de reabilitação do recluso, o sistema progressivo surgiu na Inglaterra, com o Capitão Alexander Maconochie, numa tentativa de humanizar o regime de cumprimento de pena até então adotado.

Explica Bitencourt (2011, p.176) que nesse sistema o cumprimento da pena se dava de maneira progressiva, em três estágios, levando-se em consideração o trabalho desenvolvido pelo recluso, sua boa conduta e a gravidade do delito praticado.

Greco (2011, p.16) esclarecendo a maneira pela qual eram individualizados estes estágios afirma que

No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; com a progressão ao segundo estágio era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, e também o isolamento noturno, passando depois de algum tempo para as chamadas publick work-houses, com vantagens maiores; o terceiro período permitia o livramento condicional.

Nessa senda, os reclusos progrediam através da boa conduta desempenhada, recebendo pontos, que ao serem somados atingiam determinado número, que garantia a progressão no seu regime de cumprimento de pena.

Posteriormente, em meados de 1854, Walter Crofton, diretor das prisões na Irlanda, aperfeiçoou o sistema progressivo inglês de Maconochie e o implantou em seu país, dando origem ao que se denominou de sistema irlandês.

A principal modificação implementada por Crofton consistiu no estabelecimento de um período intermediário entre o cumprimento de pena no interior das prisões e a liberdade condicional, no intuito de proporcionar, conforme a reprodução dos dizeres de Mapelli Caffarena por Greco (2011, p.101) “ o contato com o exterior e facilitar a reincorporação definitiva”.

Destarte, observa-se que os sistemas progressivos consistiram em uma enorme evolução no tocante ao tratamento a que eram submetidos os apenados, diferindo dos anteriormente aplicados, que conforme bem exposto por Bitencourt

(2011, p.100) “somente pretendiam disciplinar o interior das prisões e a eventual correção dos reclusos no transcurso de tempo prefixado na sentença”.

Imperioso ressaltar a importância destes sistemas no desenvolvimento do atual regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, marcado por inúmeras tentativas de se fazer com que o condenado retorne à sociedade reabilitado, alcançando-se assim, a tão almejada finalidade ressocializadora da pena.

Em que pese o progresso sofrido pela pena de prisão ao longo da história, na busca pela regulamentação da convivência em sociedade, importante ressaltar a função que por ela deve ser desempenhada, em um Estado Democrático de Direito, a fim de que seja justificável e sem excessos a sua aplicabilidade.

1.2 FUNÇÃO DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Entende-se melhor a idéia de pena quando se a analisa conjuntamente com o tipo de Estado que lhe dá vida, utilizando-a para proteger determinados bens jurídicos de eventuais lesões.

Ramirez e Malarée, devidamente mencionados por Bitencourt (2011, p.115), assinalaram a necessidade de uma conexão entre os conceitos de pena e Estado afirmando que “a pena deve ser analisada, para maior e mais ampla compreensão, levando em consideração o modelo socioeconômico e a forma de Estado em que se desenvolve”.

Nos Estados absolutistas, em que na pessoa do rei se concentrava não só o Estado, como também todo o poder legal e de justiça, a finalidade da pena era retributiva, representando um pagamento ou compensação a ser feita pelo condenado.

Neste sentido, explica Bitencourt (2011, p.118) que segundo esse esquema retribucionista

É atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça, possuindo como fim fazer justiça e nada mais. Assim, a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena, e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto.

A sociedade, em geral, contentava-se com esta finalidade, no entanto surgiram críticas importantíssimas, patrocinadas por Claus Roxin, no tocante a inadmissibilidade de tal justificativa para a imposição de uma pena, diante do não esclarecimento dos pressupostos da punibilidade e da não comprovação de seus fundamentos.

Com o advento do Estado Social e conseqüente aumento da intervenção estatal na sociedade, a pena deixou de ser dotada de um caráter exclusivamente retributivo, cedendo espaço a uma noção de utilidade que deu origem às teorias preventivas.

Também conhecidas como relativas⁴, estas diferiam das absolutas no momento em que buscavam evitar a prática de crimes futuros, impondo-se a pena *ut ne peccetur*, ou seja, para que o condenado não voltasse a delinquir.

A função preventiva da pena divide-se em duas direções bem definidas de acordo com a identificação do destinatário, no seu castigo penal ou ameaça: o da prevenção geral, que se refere aos cidadãos, e a prevenção especial, relacionada ao criminoso.

A noção de prevenção geral estava enraizada em duas idéias básicas, a saber: a da intimidação ou utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem, produzindo, por conseguinte, uma espécie de motivação para o não cometimento de delitos.

Neste norte, a teoria pode ser estudada sob dois aspectos, conforme os ensinamentos de Greco (2011, p.474, grifo do autor):

Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão *prevenção por intimidação*, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal [...] Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo Souza Queiroz preleciona que, “ para os defensores da *prevenção integradora ou positiva*, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; o seu propósito vai além disso: infundir na consciência geral, a necessidade

⁴A formulação mais antiga destas teorias costuma ser atribuída a Sêneca, que, baseando-se nos ensinamentos de Platão, afirmou que as pessoas devem ser castigadas para que não voltem a pecar, e não pelo pecado cometido. (BITENCOURT, 2012, P.132)

de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”.

A teoria da prevenção especial surgiu diante de uma maior intervenção estatal nos processos de controle da criminalidade, justificando a pena a partir da noção de que sua aplicação à pessoa do condenado garantiria que o mesmo não voltasse a delinquir.

Da mesma maneira, esta teoria subdivide-se em dois segmentos, um positivo e outro negativo.

Discorrendo a respeito desta subdivisão Masson (2012, p.545) aduz:

Para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca, portanto, evitar a reincidência. [...] a prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quanto é capaz de promover a ressocialização do criminoso.

Apesar de suas inovações, estas teorias receberam inúmeras críticas, que sustentavam, nos termos de Bitencourt (2011, p.150):

que a unidimensionalidade, em um ou outro sentido, mostrava-se formalista e incapaz de abranger a complexidade dos fenômenos sociais que interessam ao direito penal, com conseqüências graves para a segurança e os direitos fundamentais do homem.

Diante da ineficiência das teorias relativas, no início do século XX Merkel idealizou a teoria mista ou unificadora, que procurou agrupar em um único conceito os fins da pena.

Como bem exposto por Masson (2012, p.546), a teoria unificadora trouxe consigo uma imposição no sentido de que

a pena deve, simultaneamente, castigar o condenado pelo mal praticado e evitar a prática de novos crimes, tanto em relação ao criminoso como no tocante à sociedade, assumindo a mesma um triplice aspecto: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

Nessa concepção, portanto, a punição deve ser proporcional, sendo aplicada conforme seja necessário e suficiente à prevenção e reprovação do delito.

Em um Estado Democrático de Direito, entendido como sendo aquele, conforme os ensinamentos de Moraes (2012, p.17), “ regido por normas democráticas, que visem o respeito das autoridades aos direitos e garantias fundamentais”, imprescindível é a aplicação desta teoria, vez que para que se atinja a função social da pena, não basta à retribuição pura e simples do mal causado, devendo a mesma, nos dizeres de Masson (2012, p.547)

atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social.

A legislação brasileira adotou esta posição intermediária, de maneira a atender os fins retributivos e preventivos da pena, ao preconizar, no art.59, “caput”, do Código Penal, que a pena “ será estabelecida pelo juiz conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Em que pese às belas palavras presentes na parte geral do código, a realidade nos mostra que a pena privativa de liberdade nada mais é que um instituto falido, que não alcança o preconizado pela teoria unificadora da pena, vez que não recupera e não intimida, mas apenas transforma o condenado negativamente.

Portanto, necessária uma análise da pena privativa de liberdade em nosso ordenamento jurídico, no intuito de se tentar verificar os problemas que assolam a eficácia da pena de prisão e suas possíveis soluções.

2 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

Em decorrência do exposto no capítulo anterior, depreende-se que a prisão como pena só foi introduzida no mundo nos últimos 200 anos, daí dizer-se que ela é recente como forma punição.

Idealizada, inicialmente, como uma maneira de assegurar a integridade física dos acusados até que estes fossem julgados, até hoje esta sanção sobrevive, especificamente, com três finalidades: punição, repressão de novos crimes e recuperação do detento.

Em que pese à atribuição destas funções, o que hoje se vê é a sua não consecução, diante da omissão estatal no que concerne à inobservância dos preceitos legais que ditam as regras de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Assim sendo, imprescindível uma abordagem dos contornos que recebe esta modalidade de sanção, em nosso ordenamento jurídico, a fim de que, posteriormente, se possam delinear os motivos pelos quais esta deixou de atender suas finalidades, gerando conseqüências irreparáveis àqueles que a ela estão sujeitos.

2.1 ASPECTOS GERAIS

Conceituada por Masson (2012, p.560), como sendo “a modalidade de sanção penal que retira do condenado seu direito de locomoção em razão da prisão por tempo determinado”, a pena privativa de liberdade serve à individualização de cada tipo penal incriminador, permitindo uma aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada e o bem jurídico por ela protegido.

O direito penal brasileiro admite três espécies desta modalidade de pena, quais sejam, prisão simples, reclusão e detenção. A primeira se encontra prevista no art. 5º, da lei de Contravenções Penais, e as duas últimas no art.33, *caput*, do Código Penal.

Discorrendo a respeito da pena de prisão simples, Masson (2012, p.565) a define como sendo aquela

cabível unicamente para as contravenções penais, devendo ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto.

No que diz respeito às duas últimas espécies, a diferenciação entre elas, mantida pela reforma da Parte Geral do Código Penal, sofre imensuráveis críticas, conforme o ensinamento de Alberto Silva Franco retratado por Greco (2011, p.481), haja vista

esta distinção não se posicionar de acordo com as legislações penais mais modernas, que não mais a aceitam, já que as áreas de significado dos conceitos de reclusão e detenção estão praticamente superpostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de diferenciação. Aliás, para evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade dos bens jurídicos, que com tais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de que se valeu o legislador.

Não obstante às críticas a respeito da distinção entre as penas de reclusão e detenção, sob o aspecto formal, a qualidade da pena pode determinar várias conseqüências. Em crimes puníveis com detenção, no tocante à aplicação de medida de segurança, ao juiz faculta-se sua substituição pela sujeição ao tratamento ambulatorial.

Outra particularidade a ser apontada diz respeito à execução das penas de reclusão e detenção que, quando aplicadas cumulativamente em concurso material, priorizará, inicialmente, o cumprimento daquela.

Há, também, divergências quanto ao regime de cumprimento. A pena de reclusão deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, semiaberto ou aberto. De maneira diversa, a pena de detenção em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência ao fechado, como decorre da incidência do art.111 da LEP⁵.

Para uma melhor compreensão do tema, imprescindível é um estudo a respeito dos regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade, a fim de que sejam conhecidas suas peculiaridades.

⁵Art.111: Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

2.2 REGIMES DE CUMPRIMENTO DA PENA

Regime, nos exatos termos de Dotti (2004, p.562), é “ o modo de ser da execução da pena”, que será determinado de acordo o cálculo desta, observando-se as regras do sistema trifásico⁶.

O art.33, § 1º, do Código Penal Brasileiro, elenca três regimes em que poderá ser executada a pena privativa de liberdade: aberto, semiaberto e fechado, ao qual será dado maior enfoque, em razão de sua relevância para o objeto de estudo deste trabalho.

2.2.1 Regime aberto

Destinando-se aos condenados não reincidentes, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, este regime baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, nos termos de Brito (2011, p.241) “ fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer uma atividade remunerada, permanecendo recolhido, no período noturno e dias de folga, na Casa do Albergado”.

Pimentel (1983, p.144) refletindo a respeito das vantagens deste regime prisional proclama

A maior vantagem da prisão aberta é permitir ao condenado que tenha a experiência da liberdade concreta, e não suposta, pois mesmo cumprindo a pena tem a maior oportunidade de trabalhar e viver como se livre fosse. Se a personalidade do criminoso é uma estrutura complexa de fatores, que agiram negativamente sobre ele, essa experiência real de liberdade, sob a motivação de readquirir a liberdade plena, permite que esta fatoração seja posta em cheque, reavaliada e substituída por comportamento diverso, o que jamais seria possível no ambiente de uma prisão fechada, porque é impossível treinar um homem preso para viver em liberdade.

Assim, sendo uma espécie de período de teste para que o condenado possa futuramente adquirir a liberdade plena, o pressuposto para o ingresso no regime

⁶O juiz, no cálculo da pena, deverá escolher primeiro dentre as penas cominadas qual será aplicada e considerar as circunstâncias judiciais do art.59. Em seguida aplicar as circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, as causas de aumento e diminuição.

aberto é a aceitação do seu programa e das condições impostas pelo juiz⁷. Logo, caso o mesmo se recuse expressamente a aceitá-los, ou seu comportamento demonstre a não aceitação, não lhe será concedida a progressão⁸.

Como previamente mencionado, o cumprimento da pena em regime aberto se dará na denominada Casa de Albergado, que deverá possuir em sua estrutura física, nos exatos termos de Brito (2011, p.221),

Além das condições higiênicas e sanitárias mínimas, aposentos individuais ou coletivos, unidades destinadas à orientação do condenado e à fiscalização de suas atividades, bem como local adequado para cursos e palestras, que poderão ser ministrados em qualquer dia da semana.

Apesar previsão, constante na LEP, de que cada região possuirá uma casa de Albergado, há em nosso país pouquíssimas instalações neste sentido⁹ para atender à demanda das condenações, o que contribui para a falha do sistema penitenciário.

2.2.2 Regime Semiaberto

No regime semiaberto, a que estarão sujeitos os condenados não reincidentes, cuja pena seja superior quatro anos e não exceda oito, o cumprimento da punição poderá ocorrer em distintos estabelecimentos, quais sejam a colônia agrícola, a industrial ou estabelecimento similar, definidas por Brito (2011, p.220, grifo nosso) como sendo

⁷ As condições facultativas que poderão ser impostas pelo magistrado encontram-se previstas no art.115, da LEP, quais sejam: permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga; sair para o trabalho e retornar nos horários fixados; não se ausentar da cidade em que reside sem autorização judicial; comparecer a juízo, para informar e justificar suas atividades.

⁸ A progressão, ou seja, a passagem de um regime de cumprimento de pena mais severo para outro mais brando irá ocorrer nos crimes com penas de alta duração, tendo por finalidade a gradual integração social do condenado, possibilitando que ele a conquiste quando modificar o seu comportamento, depois de ter recebido instrução, ensinamentos e orientação com vistas a sua profissionalização e aperfeiçoamento. Para ter direito à progressão, o condenado deverá: a) cumprir ao menos 1/6 da pena no regime anterior, se condenado por crime comum, ou 2/5 e 3/5, se condenado por crime hediondo ou equiparado; b) ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

⁹ Em conformidade com dados extraídos do site do CNJ, em Maio de 2011, haviam no país, naquele período, 44 colônias agrícolas ou industriais, 76 casas de albergado, 513 penitenciárias e um total de 2.605 cadeias públicas, casas de detenção e similares, nos quais estariam distribuídos um total de 460.000 detentos para 314.962 vagas.

Agrícola a colônia que possui área extensa, própria para o plantio e cultivo de vegetais ou produção pecuária, primando sempre pela formação profissional, que deverá ser alcançada com auxílio de instalações como oficinas, estábulos, viveiros, bem como máquinas e ferramentas agrícolas, de utilização regrada e acompanhada por funcionários dotados de capacitação técnica. E *industrial* aquela que voltada à atividades que serão desenvolvidas neste ramo, possuirá maquinário e pessoal especializado.

Esta variedade de colônias legitima-se diante da realidade nacional, vez que não haveria qualquer lógica em colocar um condenado oriundo de uma metrópole em uma colônia agrícola, levando-se em consideração o fato de que ao retornar à liberdade não encontraria colocação no mercado de trabalho.

Neste sentido:

Os estados deverão atentar às peculiaridades regionais e investir em colônias penais agrícolas ou industriais, de acordo com os condenados que estas instituições irão receber, já que uma das intenções do trabalho é propiciar ao recluso que regressa ao mundo livre oportunidades de subsistir lícitamente. (BRITO, 2011, p.220)

Em que pese à distinção entre seus estabelecimentos de cumprimento, durante a execução da pena em regime semiaberto poderão ser concedidos certos benefícios ao condenado, como a remição de parte do tempo de sua penalidade, através do trabalho e da freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, nas proporções de um dia de pena a cada três dias de trabalho ou doze horas de estudo (divididas, no mínimo, em três dias).

Poderá ser atribuída, também, a benesse da saída temporária, sem vigilância direta, nos casos de visita a família, freqüência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do juízo da execução, e participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social, desde que o condenado satisfaça certos requisitos constantes do art. 123 da LEP¹⁰.

¹⁰ Art.123: A autorização será concedida por ato motivado pelo Juiz da Execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

- I. comportamento adequado;
- II. cumprimento mínimo de 1/6 da pena, se o condenado for primário, e ¼ se reincidente;
- III. compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

De fato, este regime, assim como o aberto, proporciona ao condenado uma forma de ressocialização mais acentuada, contudo, os estabelecimentos destinados ao seu cumprimento são escassos e não atendem satisfatoriamente as necessidades de nossa sociedade.

2.2.3 Regime Fechado

Ao regime fechado, além dos condenados a penas superiores a oito anos, estarão submetidos aqueles que se unirem a organizações criminosas, os reincidentes e os que cometerem crimes hediondos.

Sendo considerado o regime de cumprimento de pena mais gravoso, possui como regras: a realização de exame criminológico de classificação para individualização da execução, o trabalho no período diurno e em comum dentro do estabelecimento, e o isolamento durante o repouso noturno.

O local adequado ao cumprimento da pena privativa de liberdade neste regime é a penitenciária, descrita por Miotto (1975, p.610-611)

Como sendo um estabelecimento provido de precauções arquitetônicas, que proporciona obstáculos e desestímulo à fuga, isto é, que constitui segurança máxima contra esta, ao mesmo tempo que serve à disciplina interna, gerando impedimentos físicos de indisciplina.

A Lei de Execução Penal estabelece que nesses estabelecimentos penitenciários, o condenado deverá ser alojado em cela individual, que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório, dependendo, cada unidade celular de requisitos básicos, que consistirão na salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração - insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana - e área mínima de seis metros quadrados.

Destacando a importância deste alojamento individual Pimentel (1983, p.186) afirma ser

a cela uma providência prioritária do estabelecimento fechado, representando um momento de reflexão e salvaguarda das investidas brutais dos companheiros, que geralmente ocorrem durante o repouso noturno.

Não obstante às regras dispostas pelos dispositivos da LEP, é notória sua não observância pelo Estado, posto que as verdadeiras condições enfrentadas pelos presos são desumanas. Motins, rebeliões, mortes e tráfico de entorpecentes se tornaram parte do cotidiano destes estabelecimentos penitenciários.

Greco (2011, p.500) retratando as consequências desta ausência estatal nos presídios brasileiros afirma

O Estado, quando faz valer seu *ius puniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, de tratá-lo como um animal. Se uma das funções da pena é a ressocialização do condenado, certamente num regime cruel e desumano isso não acontecerá. As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados mais não cumpridos. O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso que sofre as consequências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar a delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajudá-lo.

Daí pode-se inferir que este descaso para com aqueles que se encontram privados de sua liberdade só traz consequências negativas, como o descumprimento de uma das finalidades da pena, qual seja, a ressocialização.

Em um ambiente em que se é tratado como animal, onde não lhe são respeitados os direitos assegurados pela legislação nacional, o preso não sairá buscando mudança, mas sim vingança contra aqueles que ali o colocaram.

Destarte, visando embasar este posicionamento, imperiosa uma abordagem dos direitos que devem ser assegurados ao preso na execução de sua pena privativa de liberdade.

2.3 DIREITOS DO PRESO

É sabido que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se as autoridades o respeito àqueles assegurados pela legislação pátria.

A preocupação da Constituição Federal especificamente quanto ao preso condenado mereceu a redação de quatro incisos do art.5º:

XLVIII: a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
 XLIX: é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
 L: às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;
 LXXV: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Nesta mesma linha garantista, a Lei de Execuções Penais apresenta um rol exemplificativo do que se convencionou chamar direitos do preso. Portanto, na dicção de seu art.41, são esses:

I – alimentação suficiente e vestuário; II – atribuição de trabalho e sua remuneração; III – Previdência Social; IV – constituição de pecúlio; V – proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII – assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII – proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX – entrevista pessoal e reservada com o advogado; X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI – chamamento nominal; XII – igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII – audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV – representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV – contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judicial competente.

Da leitura deste artigo infere-se que, além dos demais direitos preconizados, impõe-se ao Estado a incumbência de prestar assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa àquele que se encontra privado de sua liberdade, na medida de suas necessidades, de modo a proporcionar o mínimo para que não haja ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Marcão (2012, p.28) ressaltando esta obrigação estatal em provê-la aduz:

Limitado em sua liberdade e no exercício de certas garantias constitucionais, isso por força de condenação ou de absolvição imprópria, não pode o executado, por si, obter livremente aquilo de que necessita, daí o dever do Estado de ampará-lo e suportar o ônus que desta relação jurídica decorre, naquilo que diz respeito às necessidades básicas, dentro do razoável.

Vista em seu conjunto, por conseguinte, tem-se que a assistência possui como objetivos primordiais dar eficácia ao ideal ressocializador da pena, prevenindo-

se o crime, obedecendo sempre às regras mínimas existentes para cada uma de suas espécies.

Conseqüentemente, imprescindível uma abordagem detalhada das formas de assistência que devem ser asseguradas aos presos.

2.3.1 Assistência material

Consistindo no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, este tipo de assistência surge para suprir as necessidades básicas do condenado, vez que esse não tem condições de saná-las por si só, tendo em vista as limitações impostas pela sentença e disciplina interna dos estabelecimentos penitenciários.

Assim sendo, Távora (2012, p.1171) aduz ser este tipo de assistência

um dever do estabelecimento prisional, que disporá de instalações e serviços que atendam as necessidades pessoais de seus destinatários, bem como de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela administração.

Não obstante o exposto, nossas prisões não cumprem as disposições da LEP, ao tempo que não oferecem ao preso uma alimentação decente, vestuário apropriado e ambiente com a higiene necessária, abrindo espaço para a abertura de estabelecimentos particulares de venda de produtos nas prisões, o que apenas enfatiza a omissão estatal.

Neste sentido:

Observa-se que a autorização legislativa deu ensejo a cantinas e mercearias particulares, mantidas e administradas pelo próprio contingente carcerário, resultantes da omissão do Estado de oferecer a assistência material que atenda aos anseios dos detentos. Em verdade, hoje, nossos estabelecimentos prisionais passaram a ser um verdadeiro supermercado, pois tudo é vendido e comprado dentro das prisões, dando oportunidade à circulação vasta de dinheiro e à troca de mercadorias, acentuando a comercialização de produtos entorpecentes. (NUNES, 2012, P.63)

Assim, conclui-se que no que concerne à assistência material, o Estado só cumpre o que não pode evitar, ou seja, apenas proporciona alimentação, nem sempre adequada, ao preso e ao internado, não sendo as demais vertentes deste tipo de assistência, como regra, respeitadas.

2.3.2 Assistência à saúde

Aquele que se encontra recluso terá direito a assistência à saúde. Portanto, além de um local apropriado e de um aparelhamento convincente, é imprescindível, conforme a dicção do art.14 da Lei de Execução Penal, que dentro dos presídios existam profissionais habilitados e suficientes à disposição dos detentos, a fim de que seja realizado um atendimento médico, odontológico e farmacêutico, de caráter preventivo e curativo.

No entanto, este dispositivo legal não é observado. Nunes (2012, p.65), abordando a defasagem da saúde nos estabelecimentos penitenciários, afirma ser

a saúde dos presos, indubitavelmente, um dos maiores problemas de todos os percalços carcerários, já que poucas são as prisões que asseguram ao detento um médico por semana. Geralmente em situações de emergência, preso é encaminhado a hospitais públicos, porque dentro da prisão não existe médico, nem tampouco posto de emergência.

Assim, também por aqui se constata que o Estado não disponibiliza meios para que haja a materialização dos direitos assegurados aos privados de sua liberdade.

2.3.3 Assistência jurídica

Por meio do art.15 da Lei de Execuções Penais, se garante ao recluso hipossuficiente à chamada assistência jurídica, que impõe às Unidades da Federação o dever de possuírem serviços que a proporcionem, integral e gratuitamente, através da Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penitenciários.

Pimentel (1983, p. 188) mencionando sua importância aduz

Ser a assistência jurídica imprescindível para que o preso sinta ao seu alcance a possibilidade de lançar mão das medidas judiciais capazes de corrigir eventual excesso de pena, ou que possa abreviar os dias de prisão. E sendo fato que a clientela do sistema, em grande parte, não possui recursos para contratar advogado, o profissional deverá ser fornecido pelo Estado.

Em que pese sua essencialidade, o que hoje se percebe é a ausência de profissionais habilitados para que haja a efetivação deste tipo de assistência¹¹, o que contribui e muito para o agravamento da crise do sistema penitenciário.

2.3.4 Assistência educacional

A Constituição Federal garante o direito de todos à educação, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Harmoniosamente, a LEP em seu art. 17, assegura ao preso a assistência educacional, que compreenderá a instrução escolar e formação profissional dos detentos.

Pelo exposto, depreende-se que o estabelecimento prisional deverá contar com instalações adequadas ao estudo - sala de aula, material didático e professor habilitado - que priorizem o preparo do condenado para vida produtiva, proporcionando seu retorno à sociedade com melhores chances de não reincidir na prática de atividades ilícitas, vez que o estudo lhe proporcionará maiores facilidades para ganhar licitamente o sustento no momento em que ganhar a liberdade.

Marcão (1012, p.22) ressaltando as benesses do estudo aduz

Que a assistência educacional tem por escopo proporcionar ao executado melhores condições de readaptação social, preparando-o para o retorno à vida em liberdade de maneira mais ajustada, conhecendo ou aprimorando certos valores de interesse comum. É inegável, ainda, sua influência positiva na manutenção da disciplina do estabelecimento prisional.

Contudo, apesar do que fora acima apresentado, as previsões da Lei de Execução Penal não são nada mais que letra morta, já que o que se vê é o seu não cumprimento:

seja por ausência de vontade política, seja até porque os estabelecimentos carcerários estão superlotados e não oferecem condições físicas e materiais

¹¹Alguns estados brasileiros resolveram contratar advogados temporários, a fim de que fosse efetivada a assistência jurídica, porém poucos profissionais se ofereceram para o preenchimento das vagas, tendo em vista as péssimas condições físicas e profissionais oferecidas no interior dos estabelecimentos penitenciários.

para sua implementação. Se muitas vezes faltam professores, noutras faltam salas de aulas suficientes para oportunizar ao detento a possibilidade de se preparar para uma vida digna ao término da pena. (NUNES, 2012, P.81)

Não obstante à previsão legal de que o estabelecimento prisional deverá conter em seu interior instalações destinadas ao ensino, a LEP ainda autoriza, em seu art. 126, § 2º, a possibilidade de ensino à distância, através da participação do detento em cursos realizados por correspondência, rádio ou televisão, desde que não acarretem prejuízo a disciplina e segurança do estabelecimento.

Porém, da mesma forma, aqui a norma perde sua eficácia em razão da ausência do Estado na implementação de programas neste sentido.

2.3.5 Assistência social

A assistência social tem por objetivo precípua amparar o preso e prepará-lo para o retorno à sociedade, com a incumbência de levar à administração penitenciária os problemas enfrentados pelo assistido, e promover sua orientação para a obtenção de certos direitos, como o previdenciário.

Apesar de sua importância na readaptação do condenado, sua aplicação não se concretiza, diante da inexistência deste setor nas prisões, o que priva os profissionais de estrutura física e material para o exercício de suas atividades, colaborando para a situação deplorável em que se encontram as prisões no Brasil.

2.3.6 Assistência religiosa

O art.24, da Lei de Execução Penal, garante a assistência religiosa aos presos ao aduzir que esta lhes será prestada, conforme suas convicções, garantindo-se a realização e participação em cultos, com objetos e livros para tanto.

Nunes (2012, p.73) ao retratar a influência da religião na ressocialização dos detentos afirma

Não há dúvidas de que a religiosidade contribui para a reintegração social do condenado. Como para o exercício da religiosidade pouco se exige da administração prisional, a religião nos presídios existe com bons frutos, pois esta serve de amparo àqueles que violaram a lei. No dia a dia das prisões, vê-se um contingente inusitado de condenados que são recuperados totalmente, mercê da interferência religiosa e da fé. São pessoas que

ingressaram no crime, tantas vezes levadas pela omissão do Estado em oferecer-lhes as mínimas condições de sobrevivência, principalmente pelo desemprego e pela exclusão social.

Desse modo, maior atenção deve ser dada a esta questão, vez que atuando como um norte para os detentos, a religião pode promover seu contato com valores morais até então desconhecidos, e, desse modo, contribuir para a não reincidência em práticas criminosas.

Consoante o exposto, estabelecidos os aspectos introdutórios à pena privativa de liberdade, bem como delineados os contornos de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, passaremos a abordar as deficiências intrínsecas do encarceramento, como a superlotação e a ausência de assistência à saúde, para que, posteriormente, se possa apresentar uma das muitas alternativas passíveis de torná-lo menos ofensivo à dignidade daqueles que ali se encontram.

3 FALÊNCIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

É sabido que o sistema penitenciário encontra-se falido. Em todo o mundo as prisões transformaram-se em verdadeiras fábricas de presos, onde não se permite o cumprimento da pena sem que sejam afetados direitos inerentes ao homem.

Carvalho Filho (2008, p.29) ao denotar a lastimável situação em que se encontram aqueles que cumprem pena nas penitenciárias ao redor do mundo, afirma:

Países pobres e países ricos enfrentam dificuldades. Cárceres superlotados na Europa, na América, na Ásia, no Oriente Médio. Prisões antiquadas na Inglaterra. Violência entre presos na Finlândia. Violência sexual nos EUA. Adolescentes e adultos misturados na Nicarágua. Presos sem acusação no Egito. Maioria de detentos não sentenciados em Honduras. Massacres na Venezuela. Isolamento absoluto na Turquia. Greve de fome na Romênia. Prisioneiros que mutilaram o próprio corpo para molestar contra as condições de vida no Cazaquistão. Doença e desnutrição no Marrocos. Mais de 96 mil tuberculosos na Rússia. Presos sem espaço para dormir em Moçambique. Tortura e número de presos desconhecidos na China.

No Brasil, como não poderia ser diferente, os presidiários também se encontram sujeitos à própria sorte, vivendo em ambientes promíscuos, onde não são tratados como seres humanos, e sim como animais.

Nesse viés, as prisões deixaram de contribuir para a consecução da finalidade ressocializadora da pena, passando a atuar como um fator criminógeno, ou seja, como um instrumento estimulante da delinqüência.

Reforçando este entendimento, Hibber, devidamente mencionado por Bittencourt (2011, p.165), através do depoimento de um criminoso, retrata a influência negativa dos estabelecimentos prisionais no comportamento daqueles que ali se encontram:

Fui enviado para uma instituição para jovens com a idade de 15 anos e saí dali com 16, convertido em um bom ladrão de bolsos – confessou um criminoso comum. Aos 16, fui enviado a um reformatório como batedor de carteiras e saí como ladrão [...] Como ladrão, fui enviado a uma instituição total onde adquiri todas as características de um delinqüente profissional, praticando desde então todo tipo de delitos que praticam os criminosos e fico esperando que a minha vida acabe como a de um criminoso.

Sendo assim, sabido que a maioria das mazelas que dominam a vida carcerária imprime a esta um caráter acirante da criminalidade, denota-se que a

pena privativa de liberdade deixa de promover a reinserção do condenado à sociedade, contribuindo para o aumento das taxas de reincidência.

No mesmo sentido:

A segregação de uma pessoa do seu meio social, em razão da privação de liberdade, ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinqüente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. (BITENCOURT, 2011, p.166)

Consoante o exposto, realizaremos uma abordagem detalhada de alguns dos obstáculos enfrentados pelo sistema penitenciário brasileiro, que o tornaram uma afronta à dignidade daqueles que ali se encontram.

3.1 MAZELAS INTRÍNSECAS AO ENCARCERAMENTO

São inúmeros os problemas que giram em torno da execução da pena privativa de liberdade em regime fechado. Contudo, visando atender ao objetivo precípua deste trabalho, neste tópico serão abordadas apenas as mazelas referentes à superlotação, à insalubridade das prisões e à ausência de assistência à saúde dos condenados.

3.1.1 Superlotação

Vista como um dos fatores que mais contribui para a falência do sistema prisional, a superlotação transforma em utopia a previsão legal¹² de que os presos deverão ser alojados em celas individuais, que conterão como requisitos básicos a salubridade e área mínima de seis metros quadrados.

Este complexo problema carcerário é bastante aflitivo no Brasil, quarto país com a maior população de presidiários do mundo¹³. Tendo como escopo dados extraídos do INFOSEG¹⁴ em 2011, existiam no país cerca de 151.364 vagas nas penitenciárias, para um contingente populacional de 203.446 presos em regime fechado.

¹²Vide art.88, da Lei de Execução Penal.

¹³Vide <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/05/120529_presos_onu_lk.shtml>.

¹⁴Sistema Integrado de Informações Penitenciárias.

Silva (2006, p.846) ao mencionar este excesso de criminosos nos interiores das prisões brasileiras aduz:

Os números mostram que o sistema penitenciário se encontra falido, não passando de um espaço onde se amontoam corpos. Em alguns presídios os presos fazem revezamento para dormir, sendo que alguns dormem em pé. Outros presos, ainda, chegam a amarrar seus corpos às grades, pelo motivo de que nem o chão da cela tem espaço suficiente para o repouso noturno.

No mesmo sentido, Moura (1999, p.10) ao relatar este ultraje sofrido pelos delinqüentes no cumprimento de sua pena dispõe:

O processo de deterioração do desumano sistema carcerário é evidente: prisões superlotadas, sem lugar para todos; muitos dormem no chão de cimento, em colchões de espuma imundos, ou sobre o cobertor. Onde o espaço no chão não é suficiente para permitir que todos se deitem, os presos se revezam; [...] a falta de consideração pela dignidade dos presos é evidente.

Destarte, a atual distribuição de detentos nas celas não resguarda o direito à dignidade da pessoa humana, constituindo uma afronta à integridade física e psicológica daqueles que ali estão, e uma contribuição para o aumento dos níveis de reincidência no país.

Ao abordar a influência da superlotação sobre o aumento considerável de delinqüentes reincidentes, Bitencourt (2011, p.170), afirma:

O péssimo tratamento dispensado aos indivíduos ali recolhidos, transforma os estabelecimentos penitenciários em um verdadeiro depósito de presos” em promiscuidade, fazendo com que não concorra para a recuperação de ninguém, ao contrário, uma coisa está garantida, a reincidência.

Desta feita, deduz-se que a realidade carcerária está bem distante do que vem expresso em lei, vez que os estabelecimentos penais são considerados verdadeiros depósitos de presos, que por serem eivados de várias violações a direitos inerentes àqueles que cumprem pena, ocasionam revolta e, o conseqüente, retorno à prática de crimes.

Além disso, por ser a mãe de todas as demais mazelas que assolam o sistema carcerário brasileiro, da superpopulação decorrem outros problemas, como

a insalubridade gerada pelo despreparo das prisões para atender o excesso de contingente populacional.

3.1.2 Insalubridade do encarceramento

Dentre os vários indicadores que espelham a precariedade do sistema penitenciário se encontra a insalubridade, que torna as prisões um ambiente inadequado à permanência humana, por conter agentes agressivos à saúde e à integridade física.

Greco (2011, p.210) analisando o ambiente insalubre a que estão submetidos os criminosos nas penitenciárias do país aduz:

O fornecimento de água é constantemente interrompido, os sanitários são imundos, as instalações elétricas são danificadas, ou, quando funcionam, os fios são expostos, criando uma situação de constante perigo. Nos lugares onde o frio é intenso, chuveiros elétricos não funcionam, devendo o preso tomar banho com água fria.

De maneira equivalente, retratando a ausência de salubridade em um Presídio localizado na capital do Rio Grande do Sul, o relatório da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (2009, p. 170) afirma:

No presídio Central de Porto Alegre, apelidada de marmorra, a parte superior do estabelecimento penitenciário é o pior lugar visto pela CPI. Em buracos de 1,5 metros, dormindo em camas de cimento, os presos convivem em sujeira, mofo e mal cheiro insuportável. Paredes quebradas e celas sem portas, privadas imundas (a água só é liberada uma vez por dia), sacos e roupas penduradas por todo lado. Uma visão grotesca, surreal, absurda e desumana. Um descaso!

Assim, evidente que nos estabelecimentos prisionais a regra é a falta de atendimento às condições mínimas de higiene, o que converte estes locais em ambientes propícios à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças, resultando em mais uma mazela que contribui para a atual crise do sistema penitenciário, qual seja, a falta de assistência à saúde dos que ali se encontram trancafiados.

3.1.3 Ausência de assistência à saúde

Como já fora explanado, a superlotação de celas, sua precariedade e insalubridade tornaram as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças.

A Organização Mundial de Saúde atesta que para cada dez presos deve existir ao menos um médico. Porém, isso não é o que se observa ao tomarmos contato com a real situação da assistência à saúde dos detentos.

Nunes (2012, p.64) enfatizando o descaso vivido pelos criminosos enfermos, nas prisões, acrescenta:

Em regra, no Brasil, aos presídios com mais de 500 presos destinam apenas um médico para atender a todos os detentos, quase sempre clinicando em locais insalubres, sujos e infectados, desprovido das mínimas condições materiais e humanas para prestar seus serviços médicos. Medicamento em nossas prisões é coisa completamente rara. Comumente o próprio detento, seus familiares ou entidades governamentais realizam essa obrigação do Estado, claro, como prova de humanidade e de respeito à saúde dos presidiários.

Igualmente, o relatório da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (2009, p. 202-205) traz à tona este quadro trágico e humilhante em que se encontra a saúde dos encarcerados:

Em suas diligências, a CPI se deparou com situações de miséria humana. No Distrito de Contagem, na cela n.1, um senhor de cerca de 60 anos tinha o corpo coberto de feridas e estava misturado com outros 46 detentos. Imagem Inesquecível! [...]. Em Ponte Nova, os presos usavam creolina para curar doenças de pele. [...] Na Penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão, presos com gangrena na perna [...] Em Franco da Rocha um preso mostrou à CPI a gangrena que comia o dedão de seu pé, que estava já cheio de pus e preto. Disse que a dor era insuportável, mas também não tinha atendimento médico. [...] Um jovem, no Presídio Vicente Piragibe, localizado no Rio de Janeiro, carrega uma bolsa de colostomia, tem que fazer cirurgia, mas como para a administração é apenas mais um preso, está lá carregando a bolsa, numa visão impressionante. A mesma situação foi encontrada em outras cadeias, como em Franco da Rocha em São Paulo, onde o preso também tinha a bolsa pendurada na barriga e já estava assim há três anos.

E o descompromisso estatal não atinge apenas as penitenciárias masculinas, as mulheres encarceradas, da mesma forma, padecem em razão da indiferença que impera nas prisões.

Deixando transparecer o sofrimento enfrentado pelas detentas que cumprem pena no país, o relatório da CPI do Sistema Carcerário Brasileiro (2009, p.) revela:

Na cadeia feminina do Rio Janeiro, onde 200 mulheres ocupam espaço destinado a 30, são muitos os casos de coceira, gerados pela falta de higiene, calor, superlotação. Lacraias, pulgas, baratas e ratos são companheiros das detentas. Muitas delas tem feridas e coceiras pelo corpo e o “ remédio” que recebem para passar nos ferimentos é vinagre! Da mesma forma, nestes estabelecimentos prisionais, nem mesmo absorvente higiênico e remédios para cólicas são disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulher, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? Mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente.

Como se vê, além de não possuir locais apropriados e aparelhamentos convincentes, é absolutamente notória a ausência de médicos, enfermeiros e odontólogos suficientes para atender os presidiários, o que gera conseqüências irreparáveis.

Anualmente, parte da população carcerária brasileira morre antes de completar um ano de prisão¹⁵, em razão da falta de assistência médica. A quantidade de detentos portadores de tuberculose, pneumonia, hepatite e doenças venéreas, como a AIDS, é altíssima.

Porto (2007, p.33) ao se referir ao número de presos contaminados pelo vírus do HIV, nos presídios brasileiros, afirma:

A síndrome da imunodeficiência adquirida é responsável pela maioria das mortes que ocorrem nas prisões. O último censo penitenciário nacional (1994) indicou que 1/3 da população carcerária nacional é portadora do vírus.

Além desses números há, também, uma enorme massa de encarcerados acometidos por outras graves enfermidades, como câncer, hanseníase e deficiências físicas, que exigem um tratamento-médico hospitalar especializado, inexistente nos interiores dos estabelecimentos penitenciários.

¹⁵Nunes (2012, p.64) ao abordar a quantidade de presos que morrem nos interiores das penitenciárias brasileiras afirma: “ Anualmente, em média, 1% da população carcerária morre antes de completar um ano de prisão, seja porque muitos são assassinados dentro dos presídios, seja pela ausência de assistência médica àqueles que tantas vezes já estão em estágio terminal da doença”.

Por conseguinte, acaba ocorrendo à dupla penalização do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lastimável estado de saúde que ele adquire no cárcere, quando não chega à morte.

Na teoria há diversas previsões legais que asseguram um tratamento humanitário ao delinquente no cumprimento de sua pena. A constituição Federal, em seu art.196, preconiza o direito de todos à saúde, impondo ao Estado o dever de assegurá-la. Igualmente, a Lei de Execução Penal, garante ao preso o direito a assistência à saúde, preventiva e curativa, farmacêutica e odontológica, preferencialmente realizada dentro do ambiente prisional, nada impedindo, entretanto, que possa ser oferecida fora do estabelecimento penal.

Contudo, mesmo que haja a previsão legal de atendimento médico “extramuros”, o problema persiste, vez que, nos exatos termos de Assis (2007, p.75): “ para serem removidos aos hospitais, os presos dependem de escolta da Polícia Militar, a qual na maioria das vezes é demorada, pois depende de disponibilidade”.

Em arremate, pode-se inferir que as disposições que garantem o direito dos presos à saúde não possuem qualquer eficácia, já que não são postas em prática, o que configura um crime do Estado contra o cidadão, comprovado em razão do grande número de mortes e alto índice de reincidência dos presos.

Em razão deste caos gerado pelo descompromisso estatal, os estudiosos do Direito Penitenciário vêm buscando alternativas que procurem amenizar ou mesmo tentar solucionar esta questão que há tanto assola as prisões brasileiras.

E uma destas possibilidades seria a chamada prisão domiciliar.

Leal (2001, p.104) discorrendo acerca desta alternativa que visa atenuar o sofrimento enfrentado pelos criminosos atacados por graves enfermidades, que cumprem pena nos estabelecimentos penais do país, aduz:

Existe hoje uma corrente favorável à concessão da prisão domiciliar àqueles que se encontram acometidos de enfermidades graves, qualquer que seja o regime, e não apenas àqueles submetidos ao regime aberto, principalmente nos estados cujas prisões não disponham de recursos para assisti-los.

No mesmo sentido, Nunes (2012, p.298) evidenciando a possibilidade de sua aplicação:

Nossa Jurisprudência tem evoluído no sentido de possibilitar a prisão domiciliar, mesmo estando o réu em regime fechado, máxime tratando-se de doença grave, dadas as deficiências do sistema penitenciário nacional.

Em que pese estes entendimentos, seria, realmente, a prisão domiciliar uma das possibilidades viáveis para se tentar amenizar ou mesmo solucionar a atual falência do sistema penitenciário brasileiro? Sua aplicação tornaria mais digno o cumprimento de pena por aqueles que se encontram acometidos por graves enfermidades? Qual o posicionamento da Jurisprudência quanto a sua aplicação?

No capítulo subsequente, procuraremos esclarecer estes e outros questionamentos, através da estudo das particularidades da prisão domiciliar, enfatizando a possibilidade de sua concessão aos apenados que, em regime fechado, estejam gravemente enfermos. Pondo remate ao estudo do tema, ao final, será apresentado o posicionamento da jurisprudência.

4 A PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR

Nem sempre o condenado deve cumprir sua pena em estabelecimentos penais administrados pelo Estado. Bem por isso, a Lei de Execução Penal prevê hipóteses que autorizam, em determinadas circunstâncias, o cumprimento da pena em prisão domiciliar, condicionando esta situação excepcional àqueles que, cumprindo pena em regime aberto, sejam maiores de setenta anos de idade, estejam acometidos de doença grave, ou, ainda, no caso de condenada gestante ou mãe de filho menor, deficiente físico ou mental.

Não obstante à possibilidade de concessão apenas no regime aberto, prevista no art.117, da LEP¹⁶, certo é que atualmente este instituto vem sendo aplicado em todos os regimes prisionais, inclusive o fechado, dadas as deficiências do sistema carcerário brasileiro, que tornaram o cumprimento da pena privativa de liberdade uma ofensa aos direitos e à dignidade dos reclusos.

Por conseguinte, para que se depreenda a possibilidade de aplicação da prisão domiciliar em regime fechado, passaremos a abordar o instituto, denotando seus aspectos introdutórios, afim de que sejam delineados seus contornos e suas particularidades.

4.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS À PRISÃO DOMICILIAR

Em conformidade com os ensinamentos de Brito (2012, p.242), a prisão domiciliar constitui-se em “ uma medida excepcional destinada a permitir que determinadas pessoas que se encontrem no regime aberto, por motivos especiais e humanitários, possam cumprir a pena em suas residências. ”

Da mesma forma, Mendonça (2011, p.406) conceituando este instituto, preceitua:

¹⁶ Art.117: Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I. Condenado maior de 70 anos;
- II. Condenado acometido de doença grave;
- III. Condenada com filho menor, deficiente físico ou mental;
- IV. Condenada gestante.

A prisão domiciliar é uma substituição do encarceramento nas prisões, aplicável para situações excepcionais e extremas em que, por nítidas questões humanitárias, esta permanência no estabelecimento penal se mostre extremamente cruel ou desumana, frontalmente violadora do Princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí resulta que, por ser sua aplicação restrita a determinadas hipóteses, a prisão domiciliar emana em uma medida excepcional destinada a suprir a omissão estatal tão presente nos interiores dos estabelecimentos prisionais, impedindo que a privação de liberdade afete, de modo intolerável, direitos significativos da pessoa que não foram atingidos pela sentença condenatória transitada em julgado.

Assim sendo, imperiosa uma abordagem das situações que autorizam a concessão da prisão domiciliar.

4.1.1 Hipóteses de admissibilidade

Antes de adentrarmos as hipóteses propriamente ditas de concessão da prisão domiciliar, é necessário nos reportarmos às divergências doutrinárias e jurisprudenciais que giram em torno da taxatividade ou não do rol disposto no art.117, da Lei de Execução Penal.

A corrente minoritária defende a possibilidade de atribuição deste instituto afora as situações previstas no teor do artigo acima citado, ressaltando, inclusive, a viabilidade de concedê-lo nos casos em que não existir vaga em Casa de Albergado e o condenado houver progredido do regime semiaberto para o aberto.

Neste sentido, Greco (2011, p.511) afirma:

Entendemos que o condenado não deverá ser prejudicado no cumprimento da pena que lhe fora imposta, em virtude da inércia do Estado em cumprir as determinações contidas na Lei de Execução Penal, razão pela qual a inexistência de casa do Albergado permitirá que cumpra sua pena em seu domicílio, ampliando-se, assim, por um motivo justo, o rol do art.117, da Lei de Execução Penal.

Da mesma forma Jardim (2012, p.3) referindo-se à atribuição deste instituto àqueles condenados que se encontram na iminência de progredir de regime, em razão da insuficiência de vagas na casa de albergado, aduz:

A vertente que acoberta a possibilidade de prisão albergue domiciliar, em virtude de faltar estabelecimento penal apropriado ou vaga nele, inobstante minoritária, a nosso juízo, assiste melhor razão. Isso porque à luz do princípio da proporcionalidade, os interesses conflitantes devem ser sopesados, a fim de se sacrificar aquele que, no caso concreto, se mostrar menos importante. Desta feita, infere-se que manter alguém preso em uma dependência penitenciária desconectada com o regime, no qual se cumpre a execução da reprimenda, afigura-se desarrazoável, uma vez que o Estado deveria se ocupar muito mais em conferir oportunidades de inserção social do que expiação indevida.

Em que pese à idéia trazida por este viés inovador, a corrente majoritária entende como taxativo o rol disposto pelo artigo ora em comento, rechaçando a possibilidade de que a prisão domiciliar seja concedida a situações que não estão por ele descritas, como é o caso da impossibilidade material de execução da pena no regime aberto, pela inexistência de casa de albergado, quando obtida a progressão.

Mirabete (2007, p.467/468), a favor do exposto por esta linha de pensamento, expõe:

O fato do poder público não ter envidado esforços para construir estabelecimentos penais destinados ao regime aberto não é razão para que os juízos e tribunais concedam a prisão albergue domiciliar. [...] A prisão domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes e tribunais lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado.

Igualmente, é este o posicionamento mantido pelo STF, conforme se verifica pela ementas abaixo descritas:

1.O art. 117 da Lei de Execução Penal é taxativo ao determinar as condições especiais que permitem ao condenado o recolhimento em prisão albergue domiciliar. 2. A inexistência de casa de albergado ou estabelecimento similar na localidade da execução da pena não assegura ao condenado o direito à prisão domiciliar. 3. Por impossibilidade material de execução da pena no regime aberto, seja pela falta de vaga, seja pela inexistência de casa de albergado, a permanência do sentenciado em estabelecimento prisional durante o repouso noturno e dias de folga não configura constrangimento ilegal.

(STF, HC 74045-6/RS, j.13/08/1996, Rel. Maurício Corrêa, segunda Turma, p.37-102)

Penal. Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão domiciliar. Se cabimento apenas nas hipóteses do art.117 da LEP. I – O Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, decidiu que a prisão domiciliar somente é cabível nas hipóteses estabelecidas do art. 117, da Lei 7.210/84 (STF, HC 83809/PE, J. 11/6/2004, Rel. Ministro Carlos Velloso, sexta Turma, p.16)

Não obstante à divergência acima retratada, imprescindível uma análise das hipóteses que autorizam a concessão da prisão domiciliar, que estarão restritas, conforme o entendimento majoritário, aos condenados maiores de 70 anos, às condenadas gestantes ou com filho portador de deficiência (física ou mental) e aos detentos acometidos de doença grave, situação em que será dada maior relevância em virtude de sua importância para o atendimento do objetivo deste trabalho.

4.1.1.1 Condenados Maiores de 70 (setenta) anos

O inciso I, do art.117, da Lei de Execução Penal, concede o direito à prisão domiciliar àqueles maiores de 70 anos, conforme os ditames de Mirabete (2004, p.480), em razão da “decadência e degenerescência provocada nestes indivíduos pela senilidade, sua menor periculosidade e as maiores dificuldades que tem em suportar os rigores da pena”.

Destarte, o instituto será irrogado independentemente do surgimento da condição especial, se antes ou após da prática do delito. Neste sentido, Brito (2011, p. 242) preconiza:

A lei não distingue se a condição especial surgiu antes ou depois da prática do crime. Seu cunho é humanitário e sua preocupação é a solidariedade com o indivíduo que possui uma condição especial e deve ser tratado de acordo com essa necessidade. É macabro o pensamento de que, se o autor possuía 70 anos na data do crime [...], não poderia usufruir o dispositivo, porquanto teria executado o crime sabendo do privilégio de estar resguardado por um manto ou passaporte de impunidade.

Daí infere-se que o legislador, ao conceder esta possibilidade de cumprimento de pena através da prisão domiciliar, atribuiu ao idoso detento uma benesse que, diante do despreparo das penitenciárias estatais para atender as necessidades advindas da velhice, torna o cumprimento de pena menos agressivo à sua integridade física já desgastada pelo tempo.

4.1.1.2 Condenada Gestante, com filho menor ou portador de deficiência (física ou mental)

É concedido à gestante, pelo inciso IV, do art.117, da Lei de Execução Penal, o direito ao cumprimento da pena através da prisão albergue domiciliar, procurando-

se proporcionar a estas condições mais dignas, saudáveis e adequadas durante a gestação.

Nunes (2012, p.300) ao retratar a possibilidade da concessão deste instituto às parturientes, afirma que na Comarca de Passos, Minas Gerais, houve uma decisão memorável da Juíza titular atribuindo:

a prisão domiciliar a uma gestante, que detida em presídio do Estado não estava recebendo tratamento adequado para quem estava prestes a gerar uma criança, inovando, sobremaneira, no momento em que reconhecendo as deficiências do sistema prisional, autorizou que a detenta pudesse gerar o filho em sua própria residência.

O doutrinador (2012, p.300) ainda acrescenta que:

No momento em que a LEP exige que os presídios femininos disponham de berçários, onde as presidiárias possam cuidar dos seus filhos, inclusive amamentá-los até seis meses de idade, as unidades prisionais devem propiciar a todas, indistintamente, assistência à saúde. Se essas garantias não foram obedecidas, a solução adotada pela magistrada de Passos- MG vem ao encontro dos ideais de justiça e de dignidade humana.

Não obstante à atribuição deste direito às gestantes, a LEP, em seu art.117, inciso III, ainda prevê sua concessão às condenadas com filhos menores ou portadores de deficiência, diante do amparo material por eles necessitado.

O Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo o direito à prisão domiciliar a uma condenada, para fins de proteção do seu filho de tenra idade e desamparado, alegou:

A Turma [...] concedeu prisão domiciliar para exercício da maternidade, embora a paciente responda a vários processos em curso e já tenha sido superada a fase de amamentação. Malgrado não possa ser solucionada a questão social, dada a peculiaridade do caso, o writ foi concedido mormente devido à impossibilidade de transferência da ré para a comarca mais próxima de onde reside o filho de tenra idade, a exigir a proteção materna, por falta de parentes para cuidarem da criança: o avô faleceu e a avó estaria impossibilitada de ficar com a criança.
(HC 115.941/PE, j. 02/04/2009, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, sexta Turma)

Vale salientar que, apesar de a previsão legal estar restrita apenas às mulheres, é possível aplicá-lo analogicamente ao homem, por este ser concedido, como acima mencionado, em benefício aos filhos desamparados e de tenra idade, que se sujeitam ao amparo e proteção dos pais.

Da leitura do exposto neste subtópico, depreende-se, portanto, que a lei, doutrina e jurisprudência coadunam no sentido de possibilitar a execução da pena através da prisão domiciliar aos que estão sujeitos às situações acima descritas, não só tornando seu cumprimento mais digno àqueles que a ela se sujeitam, como também garantindo assistência aos que, materialmente, dos pais necessitam.

4.1.1.3 Condenados acometidos de doença grave

Da leitura do capítulo anterior deste trabalho, constata-se que um dos motivos da atual crise do sistema penitenciário brasileiro se encontra na ausência de atuação estatal no que diz respeito à assistência a saúde dos detentos.

Prevista no inciso II da Lei de Execução Penal, a última hipótese de concessão da prisão domiciliar a ser abordada confere uma alternativa ao problema, atribuindo aos condenados acometidos por doenças graves este direito.

Nos termos de Masson (2012, p.603), entende-se por enfermidade grave: “ a moléstia de difícil cura, dependente de longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente, como o câncer e a AIDS”.

Não obstante esta definição, não basta à simples constatação da enfermidade para que o artigo seja aplicado, sendo imprescindíveis a ausência de assistência à saúde do detento, em razão da falta de serviço médico da rede pública na casa de albergado, e o estado terminal da doença.

Neste sentido, Mendonça (2011, p.412) acrescenta:

Quando o legislador faz menção ao estado debilitado de saúde do acusado, está implícito que a situação é tal que não mais recomendável ou possível o tratamento do preso no próprio estabelecimento prisional. A jurisprudência, afirma ser cabível a prisão domiciliar em caso de doença grave, desde que o tratamento médico não possa ser ministrado de maneira adequada no estabelecimento prisional.

Coaduna, ainda, com este entendimento de que é necessária a omissão estatal no tocante ao fornecimento de assistência médica, o que vem sendo decidido pelo Pretório Excelso, como se depreende da ementa abaixo transcrita:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE. NÃO COMPROVAÇÃO. TRATAMENTO POSSÍVEL NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL.

1. Habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem. 2. O art.117 da Lei de Execução Penal somente admite a prisão domiciliar nos casos de execução da pena privativa de liberdade em regime aberto. 3. Ainda assim, **é indispensável a demonstração cabal de que o condenado esteja acometido de doença grave que exija cuidados especiais, insuscetíveis de serem prestados no local da prisão** ou em estabelecimento hospitalar adequado. 4. **Não havendo prova de doença grave do paciente, tampouco da inadequação ou insuficiência de eventual tratamento médico ministrado no estabelecimento prisional ao paciente, é caso de denegação do writ.** 5. Ordem denegada.
(STF, HC 85.092, j. 03/06/2008, Rel. Min Ellen Gracie, segunda Turma, grifo nosso)

Da mesma forma se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que:

Demonstrado o delicado estado de saúde do preso, acometido de doença grave (tuberculose), que exige tratamento contínuo e controlado, cabe cumprimento da pena em prisão domiciliar [...], mormente pela falta de estrutura do sistema penitenciário.
(STJ, HC 106.291/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/02/2009, quinta Turma)

Destarte, depreende-se que a autorização para concessão da prisão domiciliar aos apenados acometidos de graves enfermidades, engloba a comprovação da doença e a falta de tratamento nos interiores dos estabelecimentos prisionais, originada em razão do descompromisso por parte do Estado, que insiste em violar as previsões legais que asseguram ao detento os direitos não atingidos pela sentença condenatória transitada em julgado.

Estabelecidos o conceito e as hipóteses de admissibilidade da prisão domiciliar, dando-se ênfase à situação dos condenados que se encontram gravemente enfermos e privados de assistência à saúde, imperiosa uma abordagem da maneira pela qual se dará sua fiscalização.

4.1.2 Monitoramento eletrônico como forma de fiscalização do cumprimento da prisão domiciliar

A lei 12.258/2010 alterou o Decreto Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940, e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, no intuito de acrescentar a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta aos condenados que: a) forem

beneficiados com as saídas temporárias no regime semiaberto; b) se encontrarem em prisão domiciliar¹⁷.

A Lei de Execução Penal passou, portanto, a admitir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica, nos casos em que o Juiz determinar o cumprimento da pena em prisão domiciliar, desde que cumpridas certas condições descritas pelo art.146-C¹⁸, com vistas a garantir a efetividade e a permanência da medida.

Neste sentido, Nunes (2012, p.302) acrescenta:

O detento submetido ao monitoramento eletrônico, mediante autorização judicial, em prisão domiciliar, há de cumprir todas as condições preestabelecidas pelo juiz, sob pena de revogação da medida, cabendo-lhe sempre oportunizar que haja fiscalização sobre o cumprimento da medida por parte de agentes do Estado, pessoalmente ou por outros meios de comunicação, sendo vedado que por ação dele ou de outrem, que haja modificação, violação, remoção ou danificação do equipamento.

Desta feita, a violação comprovada dos requisitos dispostos no artigo acima mencionado, entenda-se transgressão noticiada nos autos e submetida ao contraditório e à ampla defesa, acarretará a revogação da concessão do instituto, nos termos do parágrafo único, do art.146-C, da LEP. Além desta previsão, a prisão domiciliar também será revogada, conforme dispõe o art. 146-D: a) quando se tornar desnecessária; b) se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

¹⁷Art. 146 – B: O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I.(VETADO)

II. autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III.determinar a prisão domiciliar;

IV.(VETADO)

¹⁸Art.146 – C: O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres:

I.receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações;

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;

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos poderá acarretar, a critério do Juiz da Execução, ouvidos o Ministério Público e a Defesa:

I.regressão de regime;

II.revogação da saída temporária;

III.(VETADO)

IV.(VETADO)

V.(VETADO)

VI.revogação da prisão domiciliar.

VII.advertência, por escrito, para todos os casos que o Juiz decida não aplicar alguma das medidas nos incisos I a VI deste parágrafo.

Do exposto, depreende-se que a utilização da monitoração eletrônica trouxe consigo uma forma de concretizar a aplicação da prisão domiciliar, garantindo-se a efetividade da medida através do cumprimento de regras que ditam a forma pela qual se dará sua utilização pelos condenados.

Demonstrados os aspectos introdutórios à prisão domiciliar, no tocante ao seu conceito, hipóteses de admissibilidade e forma de fiscalização, passaremos a abordar a possibilidade de concessão deste instituto aos apenados que, acometidos de graves enfermidades, cumprem pena em regime fechado.

4.2 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR AOS APENADOS QUE, ACOMETIDOS POR GRAVES ENFERMIDADES, CUMPREM PENA EM REGIME FECHADO.

Como anteriormente apresentado, a Lei de Execução Penal, em seu art.117, atribui hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar, possibilitando que a execução das penas dos condenados que nelas se enquadrem se dê em suas respectivas residências.

Ocorre que, esta previsão legal abarca apenas os detentos em regime aberto, impedindo a concessão do instituto aos que, mesmo dentro das situações descritas pelo artigo, cumprem pena no regime fechado.

Diante deste embaraço, a doutrina pátria e a jurisprudência vem defendendo a possibilidade de atribuição da prisão domiciliar aos que, mesmo cumprindo pena neste regime, preenchem uma das hipóteses que a autorizam, máxime tratando-se de condenados portadores de graves enfermidades, nos casos em que o estabelecimento prisional não tenha condições para oferecer o tratamento adequado ao paciente.

Neste sentido, Nunes (2012, p.299) aduz:

Nossa doutrina e jurisprudência tem evoluído no sentido de possibilitar a prisão domiciliar mesmo estando o réu cumprindo pena em regime fechado, principalmente nos casos de doença grave, devidamente comprovada sobre a pessoa do condenado. [...] Para que haja a concessão do instituto, deve-se comprovar o não fornecimento de atendimento médico no estabelecimento penal.

Portanto, para que haja a concessão deste direito aos condenados em regime fechado, exige-se, da mesma forma que no regime aberto, além do acometimento da doença pelo condenado, a impossibilidade da assistência médica necessária nas dependências do estabelecimento prisional.

Daí pode-se inferir que, a aplicação da prisão domiciliar terá um viés humanitário, vez que, suprindo a omissão estatal nos interiores dos presídios, proporcionará ao condenado melhores condições no cumprimento de sua pena, garantindo-lhe a não violação de direitos que não foram atingidos pela sentença penal transitada em julgado.

Nunes (2012, p.301) ressaltando este entendimento, afirma:

A prisão domiciliar é inerente ao sistema aberto de resgate da pena, pressupondo a existência das situações específicas elencadas em lei, quais sejam, quando se tratar de maior senil ou de preso acometido de doença grave, dentre outras hipóteses. Especialmente no caso de doença grave, quando a manutenção do preso no cárcere concorrer para o agravamento de seu estado de saúde, ainda que a privação de liberdade cumpra-se em regime fechado, excepcionalmente estende-se ao segregado em tais condições os benefícios do art.117, II, da LEP, a fim de que sua incolumidade seja resguardada, em obséquio ao princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionando ao condenado melhores condições de cumprimento de sua pena no cárcere.

Destarte, tem-se que a concessão da benesse preservará a incolumidade física e mental do condenado, assegurando o respeito ao princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, qual seja o da Dignidade da Pessoa Humana, conceituada, nos termos de Greco (2011, p.100):

Como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável, além de propiciar e promover sua participação efetiva e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Da análise do conceito acima apresentado depreende-se, portanto, que por garantir a proteção da pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, não pode este princípio ser violado pelo Estado, principalmente no que no tocante ao sistema penitenciário, vez que o desrespeito neste âmbito de atuação estatal acarretará além de prejuízos irreparáveis aos condenados, o conseqüente

descumprimento de uma das funções sociais da pena, qual seja a ressocialização, o que trará prejuízos não só para o criminoso que reincide na prática de crimes, como também para a sociedade como um todo.

Neste sentido, Nunes (2012, p.334) aduz:

É absolutamente inconcebível que as pessoas detidas e sob a custódia do Estado sejam tratados como antigamente. [...] Abolidas que foram as penas cruéis e degradantes, fica fácil notar que já não cabe o castigo como sinônimo de pena, pelo contrário, o Estado que puniu tem o dever de recuperar o delinqüente. Sem oferecer ao condenado a dignidade e o respeito aos seus direitos, será sempre impossível conseguir a denominada ressocialização, exigência da Lei de Execução Penal. [...] é necessário oferecer ao detento a dignidade fundamental para que ele possa recuperar-se da atitude delituosa que cometeu. Sabendo-se que uma das finalidades da pena é a recuperação do condenado, nada mais sublime e necessário que o tratamento humanitário e digno que deve ser dispensado a quem cometeu um crime.

E é através desta linha de pensamento que se depreende a importância da prisão domiciliar como medida de cunho humanitário, que visa atenuar o sofrimento diariamente enfrentado pelos condenados gravemente enfermos que estejam enclausurados nos estabelecimentos prisionais, possibilitando-lhes uma chance de cura, tanto física quanto mental, o que contribuirá para a reeducação social destes.

Imprescindível é salientar a importância da jurisprudência em dar efetividade ao pensamento doutrinário a favor da aplicação do instituto aos apenados que, acometidos por graves moléstias, se encontram detidos em regime fechado.

Neste sentido, Nunes (2012, p.67) acrescenta:

A jurisprudência tem se mostrado condizente com a realidade carcerária nacional, propiciando concessão da prisão domiciliar aos enfermos, qualquer que seja o regime, e não apenas àqueles submetidos ao regime aberto, principalmente nos estados cujas prisões não disponham de recursos para assisti-lo.

Assim, infere-se que o entendimento jurisprudencial vem se consolidando no sentido de que a prisão domiciliar constitui uma benesse humanitária, que proporciona o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, preservando a incolumidade física e psíquica do condenado.

Tal conclusão depreende-se dos reiterados julgados acerca do tema:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA CRIANÇA SENDO FIXADO O REGIME INICIALMENTE FECHADO. MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU QUE, DIANTE DAS CONDIÇÕES DE SAÚDE DO REEDUCANDO, DEFERIU A PRISÃO DOMICILIAR. RECURSO VISANDO A MODIFICAÇÃO DA DECISÃO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL CARACTERIZADA. PERÍCIA JUDICIAL QUE DEMONSTROU A NECESSIDADE DE AUXÍLIO AO REEDUCANDO PARA PROCEDER ATIVIDADES BÁSICAS COMO ALIMENTAÇÃO, LOCOMOÇÃO E HIGIENE PESSOAL. ESTRUTURA PENITENCIÁRIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUE NÃO ATENDE ÀS NECESSIDADES DESCRITAS. IMPRESCINDIBILIDADE DE GARANTIR AO PRESO A SUA DIGNIDADE HUMANA E À SUA INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, RA n. 2010.029945-7, primeira câmara criminal, Rel. Hilton Cunha Júnior, J. 12/07/2011, grifo nosso).

EMENTA: RECURSO DE AGRAVO. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. (LEP, ART.117). DEFERIMENTO NA ORIGEM. PACIENTE SUBMETIDA AO REGIME FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA ACOMETIDA DE GRAVE QUADRO INFECCIOSO. DOCUMENTO DO ÓRGÃO PÚBLICO RECONHECENDO A IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO ADEQUADO NA LOCALIDADE. CONDIÇÕES DO ERGÁSTULO INADEQUADAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF/88, ART. 1º, III) E DIREITO À SAÚDE (CF/88, ART.196). EXCEPCIONALIDADE VERIFICADA. RECURSO IMPROVIDO.

A prisão domiciliar é inerente ao sistema aberto de resgate da pena, pressupondo a existência das situações específicas elencadas em lei, quais sejam, quando se tratar de maior senil ou de preso acometido de grave moléstia, dentre outras hipóteses (LEP, art.117). **Especialmente no caso de doenças graves, quando a manutenção do preso no cárcere concorrer para o agravamento do seu estado de saúde, ainda que a privação de liberdade cumpra-se em regime fechado, excepcionalmente estende-se ao segregado em tais condições os benefícios do art.117, da LEP, a fim de que sua incolumidade física seja resguardada, em obséquio ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** (TJSC, RA n. 2008.074928-5, segunda câmara criminal, Rel. Salete Silva Sommariva, J. 24/03/2009, grifo nosso).

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME FECHADO. PACIENTE COM IDADE AVANÇADA E ESTADO DE SAÚDE DEBILITADO. PRISÃO DOMICILIAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. Conquanto esteja recluso em regime fechado, verifica-se que o paciente possui mais de 70 anos e é portador de câncer de próstata, trombose e aneurisma abdominal, bem como apresenta quadro depressivo, conforme comprovado dos autos, necessitando de cuidados específicos e continuados. O que enseja a concessão da prisão domiciliar como medida, até mesmo, de cunho humanitário. 2. Ordem concedida afim de determinar a transferência do paciente para a prisão domiciliar, em virtude do seu comprovado estado de saúde debilitado e da sua idade avançada.

(STJ, HC n. 138986, sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assim Moura, J.17/11/2009)

EMENTA: RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ESTADO DE SAÚDE DO AGENTE. GRAVIDADE

COMPROVADA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. RECURSO NÃO CONHECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Da análise dos autos verifica-se que a questão não foi dirimida pela corte de origem, pois considerou a matéria suscitada já dirimida, sem tecer qualquer outra aferição sobre a controvérsia. Todavia, a questão é de suma importância, pois atinente ao direito de locomoção à liberdade, e à vida do paciente, albergados constitucionalmente (art.5, LXVII, da CF), não podendo, assim, esta corte deixar de apreciá-la. 2. A prisão domiciliar é prevista na Lei de Execução Penal para os condenados que estejam cumprindo pena no regime aberto, desde que atendam a alguns requisitos, expressamente elencados no art.117 do aludido diploma legal, dentre os quais estar o condenado acometido de doença grave. 3. **Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento que, em casos excepcionais, é possível a concessão da reclusão em residência para os portadores de doença grave, mesmo que encontre-se do regime fechado.** 4. In caso, há laudo médico que atesta a gravidade de sua enfermidade, bem como sugere a realização de tratamento curativo fora do estabelecimento prisional, em face da ausência de recursos necessários para a restauração da saúde do custodiado no âmbito carcerário. 4. Recurso não conhecido, contudo habeas corpus concedido de ofício para autorizar a transferência do recorrente para o regime de prisão domiciliar até que o seu quadro clínico o possibilite a cumprir a sanção impingida em estabelecimento prisional adequado, devendo o Juízo competente delimitar as condições da deferida excepcionalidade. (STJ, RHC 26814/RS, quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, J.23/02/2010, grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE IDOSO CONDENADO POR ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRETENSÃO DE TRANSFERÊNCIA PARA PRISÃO ALBERGUE EM RAZÃO DO PRECÁRIO ESTADO DE SAÚDE DO DETENTO.

O fato de o paciente estar condenado por delito tipificado por hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva inconstitucional à concessão da prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana, especialmente a dos idosos, sempre será preponderante dada a sua condição de princípio fundamental da república. Por outro lado, incontroverso que esta mesma dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionalíssimas em que o condenado estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento penal adequado. No caso deixou de haver demonstração satisfatória da situação extraordinária autorizadora da custódia domiciliar. Habeas Corpus indeferido. (STF, HC 83358/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, J.04/05/2004)

Consoante o exposto, infere-se que, embora não exista previsão legal de concessão da prisão albergue domiciliar aos condenados que, gravemente doentes, cumprem pena em regime fechado, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é favorável à sua atribuição, tendo em vista o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que assegura o respeito à integridade física e psicológica dos detentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho acadêmico, depreende-se que o tema em questão possui profunda relevância social, na medida em que analisa uma das muitas alternativas passíveis de tornar o sistema penitenciário brasileiro mais digno aos que a ele se submetem, dirimindo a crise que o assola.

De fato observa-se que com passar dos anos a pena privativa de liberdade, cumprida nos estabelecimentos prisionais, desde sua origem até os dias atuais continuou a ser uma afronta aos direitos dos criminosos que a ela se submetem, não conseguindo cumprir com as finalidades que lhe são inerentes.

E isto se dá em razão da omissão estatal, tão presente nestes locais. Onde deveria existir assistência material, religiosa, educacional, à saúde, etc, a regra é a superlotação, insalubridade e proliferação de doenças.

Como se extrai da leitura do que fora apresentado neste trabalho, grande parte dos detentos que se encontram enclausurados nas penitenciárias estatais estão acometidos de graves moléstias, como tuberculose, hanseníase, câncer e AIDS, e não recebem o adequado tratamento médico.

E esta ausência de assistência estatal no tocante à saúde faz com que estes condenados enfermos acabem recebendo uma dupla penalização, respondendo pelo delito praticado com a privação de sua liberdade e, muitas vezes, com a vida.

Diante desta problemática não há dúvidas de que a prisão domiciliar apresenta-se como solução mais viável, ao possibilitar que os detentos gravemente doentes cumpram pena em sua residência, proporcionando a estes um tratamento mais digno.

Não obstante a omissão dos nossos legisladores no tocante à atribuição desta benesse aos condenados em regime fechado, já que a Lei de Execução Penal apenas o concede aos que estejam no regime aberto, tem-se que a doutrina e a jurisprudência já vem entendendo ser ele estendível a esses casos.

E este entendimento representa uma grande evolução para a sociedade como todo, vez que apesar de ser imprescindível a atribuição de uma sanção ao criminoso, certo é que não se deve deixar de dar-lhe um tratamento humanitário no cumprimento da pena, não só em respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa

Humana, como também visando à reeducação do detento, já que, após pagar sua dívida para com a sociedade, sairá do enclausuramento.

Assim, conclui-se que é inquestionável a concessão da prisão domiciliar a estes condenados, proporcionando-lhes uma cura física e mental que culminará, após o cumprimento da pena, em um retorno à sociedade, onde este não procurará vingança, em razão do tratamento desumano recebido ao longo dos anos no cárcere, mas sim mudança, imbuído na vontade de retornar ao convívio social e buscar uma forma de sustento lícita para si e para sua família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT. Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI do Sistema Carcerário Brasileiro**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 10 de out. 2012.

_____. Lei nº 2.848, publicada em 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/del2848.htm>. Acesso em: 10 de out. 2012.

_____. Lei nº 3.689, publicada em 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/del3689.htm>. Acesso em: 10 de out. 2012.

_____. Lei nº 7.210, publicada em 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 de out. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 26814 RS, Ministro Jorge Mussi. Disponível:<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 106291 RS, Ministra Laurita Vaz. Disponível:<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 115941 PE, Ministra Maria Thereza. Disponível:<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 138986 RS, Ministra Maria Thereza de Assim. Disponível:<<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 83358, Ministro Carlos Britto. Disponível:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 83809 PE, Ministro Carlos Velloso. Disponível:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 85092, Ministra Ellen Gracie. Disponível:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 740456 RS, Ministro Maurício Corrêa. Disponível:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. RA n. 2008.074.928-5, Rel. Salete Silva Sommariva Disponível em:< [http:// app.tjsc.jus.br / jurisprudência / busca. do # resultado /ancora >](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do/#resultado/ancora) Acesso em 15 de Nov.2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. RA n. 2010.029.945-7, Rel.Hilton Cunha Júnior. Disponível:<[http://app.stj.jus.br /jurisprudencia/ busca.do #resultado/ancora >](http://app.stj.jus.br/jurisprudencia/busca.do/#resultado/ancora) Acesso em 15 de Nov.2012.

BRITO, Alexis Couto. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A prisão**. 1. ed. São Paulo: Publifolha, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Parte geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral.13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MARCÃO, Renato. **Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal**. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

MENDONÇA, **Andrey Borges de**. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. São Paulo: Método, 2011.

MIOTTO, Arminda Bergamini. **Curso de Direito Penitenciário**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MUAKAD, Irene Batista. **Prisão Albergue: reintegração social, substitutivos penais, progressividade do regime, penas alternativas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NEUMAN, Elías. **Prisión abierta**. Buenos Aires, 1974.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PESSINA, Enrique. **Elementos de derecho penal**. 2. Ed. Madrid: Hijos de Reus, Editores, 1913.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: RT, 1983).

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema penitenciário**. São Paulo: Atlas, 2007.

REVISTA CEJ. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Brasília, ano XI, n.39, p. 74 – 78, dez. 2007.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Execução Penal**. Porto Alegre: Magister Editora, 2006.

_____. Antônio Julião da. **Lei de Execução Penal interpretada pela Jurisprudência dos Tribunais de Justiça**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.