

HUM@NÆ

Questões controversas do mundo contemporâneo

n. 17, n. 3

Direito e Sociedade em um Mundo em Mudança
Reflexões Interdisciplinares

CUMPRIMENTO DE PENA E REGIME ABERTO COM BASE NA LEI DE EXECUÇÃO E NO CÓDIGO PENAL

David da Silva BARBOZA¹
Josemar de Andrade SALES²

RESUMO

Os regimes de cumprimento de pena no Brasil são classificados em três tipos e entre eles está o regime aberto. Tanto na pena de reclusão, quanto na de detenção poderá o preso iniciar o cumprimento de pena no regime aberto. A progressão de regime é um meio pelo qual se alcança o regime aberto, mas também pode o condenado cumpri-lo desde a sentença. A casa de albergado é o estabelecimento destinado para o cumprimento de pena no regime aberto. Nela o preso deverá permanecer durante a noite e de dia deverá trabalhar. Cada região deverá ter uma casa de albergado que deverá não possuir obstáculos para fuga. Também, deve ter estrutura para aplicar cursos e palestras. O regime aberto é a forma mais branda de cumprimento de pena no Brasil.

Palavras chave: Regime. Pena. Progressão. Albergado.

ABSTRACT

Penalty enforcement regimes in Brazil are classified into three types and among them is the open regime. Both in terms of imprisonment and detention, the prisoner may start serving his sentence under the open regime. Regime progression is a means by which the open regime is achieved, but the convict can also comply with it from the sentence. The shelter house is the establishment destined to serve sentences under the open regime. There the prisoner must remain overnight and during the day he must work. Each region must have a shelter house that must have no escape obstacles. Also, it must have structure to apply courses and lectures. The open regime is the mildest form of serving time in Brazil.

Keywords: Regime. Feather. Progression. Hosted.

1 Bacharel em Direito. Email: david.barboza@gmail.com

2 Graduado em direito pela Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito das Relações Internacional pela Universidad de la Empresa. Professor da Faculdade de Ciências Humanas – ESUDA. Email: jandrade2005@globol.com

1. INTRODUÇÃO

As prisões no Brasil tem sido palco de um verdadeiro dilema, onde o problema carcerário tornou-se uma situação de extrema preocupação da sociedade e um desafio às autoridades que, embora não pareça ser suas maiores preocupações, tendo em vista o aparente descaso, não pode ser ignorado frente as cobranças constantes de uma solução urgente que se exige.

Diante deste fato, considerando o cumprimento de pena no Brasil ter como base legal a Lei de Execução Penal, se faz necessário elencar as condições impostas para aplicação do Regime Aberto e seus respectivos resultados, tendo em vista, que muitos condenados não têm seu direito respeitado, quando passa a cumprir a pena, em razão da aplicação da lei não seguir o seu devido propósito.

A de se falar que é muito ampla a Lei de Execução Penal que trata do respectivo tema, como também o código penal e de processo penal, e as demais leis específicas do direito penal existentes no ordenamento jurídico Brasileiro. Frente a essa demanda, que se coloca como um desafio a ser vencido, se tem alguns pontos a serem analisados do ponto de vista jurídico, considerando mais especificamente a Lei de Execução Penal e o Código Penal. O regime fechado, semi-aberto e aberto são os tipos de regimes utilizados no Brasil para o cumprimento de pena, e diferencia as três espécies de pena privativa de liberdade que são a pena de reclusão, a de detenção e a prisão simples.

A Lei 7.210/84(lei de execução penal) e a Lei 2848/40 (Código Penal) aplicada de forma a atender o texto constitucional, no que diz respeito ao cumprimento de pena no Regime Aberto, não só a aplicação correta da medida privativa, mas também, o acompanhamento do apenado durante o cumprimento da medida privativa de liberdade, trata da execução da pena aplicada ao condenado com o propósito de punição, mas também como forma de recuperação do apenado. Sabe-se que o regime imposto ao condenado para cumprimento da pena se dá considerando alguns critérios previstos em lei, que mais a frente será abordado, verificando as condições do apenado, especialmente aquele cujo cumprimento de pena se dar no Regime Aberto.

O regime aberto a ser cumprido em casa de albergado, frente às reais condições de vagas que se encontram os respectivos estabelecimentos e as decisões judiciais para o cumprimento de pena quando o cumprimento da pena não

for possível em casa de albergado, bem como a execução da pena em face das exigências para o preso usufruir o direito ao regime aberto, são aspectos levantados e expostos a luz do ordenamento jurídico, da jurisprudência e da doutrina, considerando a aplicação da Lei de Execução Penal e do Código Penal.

2. Regime Aberto

Antes de adentrar no Regime Aberto, se faz necessário uma breve menção aos demais regimes existentes no Brasil. O Código Penal Brasileiro trata dos tipos de regimes de execução penal aplicado aos condenados por práticas criminosas. Considerando alguns critérios para aplicar a fixação da pena, o art. 59 do Decreto-Lei 2848/40 (Código Penal) estabelece a fixação da pena, cujo cumprimento se dará em possíveis três tipos de regimes, a saber: Regime fechado, Regime semi-aberto e, Regime Aberto.

O Regime Fechado é a forma mais dura para o cumprimento de pena. Sua aplicação se dá baseado no art. 33, parágrafo 2º, alínea “a”, do Código Penal, onde o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado. O juiz decidirá, observando alguns critérios, como o condenado cumprirá a pena, e é no art. 59, caput, da Lei 2848/40, que se estabelecem os critérios para aplicação da pena. No Regime Fechado, a execução da pena, se dará em estabelecimento de segurança máxima ou média.

O Regime Semi-aberto é aplicável ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), conforme o Art. 33, parágrafo 2º, alínea “b”, do Código Penal. A pena será executada em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

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

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

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

O Regime Aberto é a forma mais branda de cumprimento de pena privativa de liberdade prevista no código penal, e existem duas maneiras distintas para se enquadrar em tal regime. A progressão de regime é uma delas. O Artigo 33, parágrafo 2º, do Decreto-Lei 2848/40, institui que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, contanto, que venha atender alguns critérios e com ressalvas a hipótese de transferência a regime mais rigoroso.

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

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A alínea “C” do parágrafo 2º do Art. 33 diz que:

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

Então, se tem duas situações onde o regime aberto é possível de ser aplicado. Na Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal, no Art. 110, o regime no qual o condenado iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade será estabelecido na sentença. No art. 112 da referida Lei, a execução da pena privativa de liberdade se dará em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso. Essa transferência de regime, a ser determinada pelo juiz, atenderá alguns critérios, sendo eles descritos nos incisos I,II,III,IV, V, VI alíneas a, b,c, d, e incisos VII e VIII, parágrafos 1º, 2º, 3º, incisos I,II,III,IV e V, e parágrafos 4º, 5º e 6º do art. 112 da Lei 7210/84.

Seguindo o princípio da individualização da pena, prevista na constituição federal no Art. 5º, inciso XLVI, que tem como objetivo uma aplicação justa, proporcional, com a finalidade de aplicar uma punição ao criminoso, a individualização da pena é uma razão para fixação do regime. Então, tem-se que o regime aplicado ao condenado deva ser uma etapa do princípio da individualização da pena. Portanto, é de suma importância entender o regime aberto, como forma de punição adequada àqueles que estão enquadrados nos critérios exigidos.

Como anteriormente citado, o Art. 112 da Lei 7210/84, trata da progressão de regime, onde estão elencados os critérios para progressão do regime, como por exemplo, se o preso tiver cumprido 1/6 da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; ou cumprido 1/5 da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça. Em todos os casos previstos no artigo 112 da referida lei, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitada as normas que vedam a progressão, conforme o parágrafo 1º.

A progressão de regime, conforme exposto, se dá seguindo o que determina a lei, e para progredir para o regime aberto é necessário atender algumas exigências legais, quais sejam: a aceitação do programa do regime aberto pelo condenado, e as condições impostas pelo juiz. Só podendo ingressar no regime aberto o condenado que se enquadrar no art. 114, incisos I e II da Lei 7.210/84. Ou seja, que esteja trabalhando ou que possa comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente. E que irá apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de ajustamento, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Além da progressão de regime, o condenado poderá iniciar desde a sentença, o cumprimento da pena em regime aberto. Como preceitua o Art. 33, parágrafo 2º, alínea “c”, da Lei 2848/40:

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

O condenado poderá iniciar o cumprimento da pena desde o início no regime aberto, e o preso em regime semi-aberto, por meio da progressão de regime poderá obedecendo aos requisitos legais, também gozar do direito ao regime aberto, que será cumprido teoricamente em casa de albergado.

3. O regime aberto e a Casa de Albergado

O Brasil é um país de dimensões continentais com uma grande população carcerária, com uma estrutura prisional deficitária para o cumprimento de pena, seja qual for o regime. E, quando se trata do Regime Aberto é preciso

compreender que não são diferentes as condições dos estabelecimentos destinados para esse fim. A Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84 no seu artigo 93, estabelece que a casa de albergados seja o destino para cumprimento de pena privativa de liberdade ao condenado ou preso em Regime Aberto. A mesma Lei no Art. 94, diz que a localização do prédio a que se destina o estabelecimento deve se situar em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos e suas características sejam de não possuir obstáculos físicos a fuga. E o artigo 95 da Lei 7.210/84 expressamente diz:

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

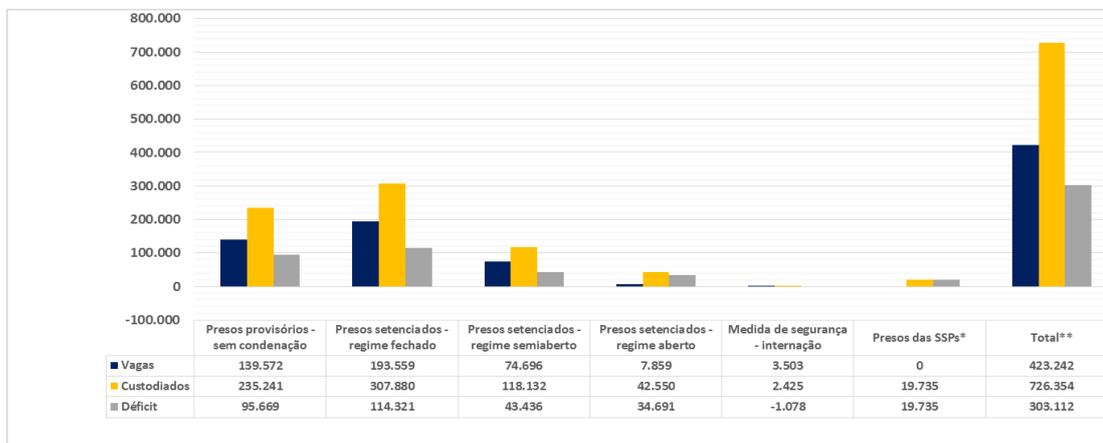
É patente o que estabelece a Lei de Execução Penal, porém, na prática não é o que acontece com os condenados a cumprir o Regime Aberto, tendo em vista as reais condições de vagas existentes no sistema prisional, especialmente a casa de albergado, quando é possível encontrá-la, pois, poucas são as regiões no Brasil que existem tais estabelecimentos.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, no período de julho a dezembro de 2019, existiam 748.009 (setecentos e quarenta e oito mil e nove) presos nas unidades prisionais no Brasil. Destes, 25.137(vinte e cinco mil e centro e trinta e sete) no Regime Aberto, representando 3,36% do total da população carcerária.

No ano de 2017, até o mês de junho, eram 22 (vinte e dois) tipos de estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena no Regime Aberto. Conforme dados do Departamento Penitenciário Nacional, no total de 1.507 (hum mil quinhentos e sete) unidades prisionais, apenas 22 destinava-se ao Regime Aberto. Considerando o quantitativo de presos condenados ao regime aberto até junho de 2017 e o número de vagas existentes o déficit foi de 34.691(trinta e quatro mil e seiscentos e noventa e um). Foram 42.550(Quarenta e dois mil e quinhentos e cinqüenta) custodiados para 7.859 (Sete mil, oitocentos e cinqüenta e nove).

O gráfico abaixo mostra a distribuição das vagas por tipo de regime ou natureza de prisão:

Quantidade de vagas e pessoas privadas de liberdade por tipo de regime ou natureza da prisão



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

* Foram considerados os dados apresentados no 2º semestre de 2016

** Foram considerados os custodiados em Medida de segurança - tratamento ambulatorial (391 detentos) e outras modalidades de vagas existentes (4.053 vagas) no sistema

Diante dos dados apresentados percebe-se a grande dificuldade para aplicar a pena restritiva de liberdade no Regime Aberto, levando o poder judiciário a tomar medidas que nem sempre obedece ao que estabelece a Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84 com previsão expressa no Art. 93, caput:

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

Assim, surge à possibilidade de levar o condenado ao cumprimento de pena em outra modalidade de prisão, a de prisão domiciliar. As decisões judiciais na sua maioria têm sido em direção a essa opção, tendo em vista o número de vagas existentes no sistema prisional não atender a essa demanda. A Lei de Execução Penal, Lei 7210/84, é taxativa quanto aos critérios de admissão ao recolhimento do beneficiário do Regime Aberto para residência particular. No Art. 117, caput, e os seus respectivos incisos estão estabelecidos o seguinte:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
 I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
 II - condenado acometido de doença grave;

- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante.

Embora o rol de critérios no referido artigo seja taxativo, as decisões judiciais tem sido contraditórias ao beneficiário do Regime Aberto. O Supremo Tribunal Federal em sua súmula vinculante nº 56 expôs o entendimento que:

“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Cumprimento de pena em regime fechado, na hipótese de inexistir vaga em estabelecimento adequado a seu regime. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. 3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, § 1º, b e c). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. 4. Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. [RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 11-5-2016, DJE 159 de 1º-8-2016, Tema 423.]

Portanto, a aplicação da prisão domiciliar para o condenado ao regime aberto, quando não for possível o cumprimento da pena em casa de albergado, como disciplina a Lei de Execução Penal, é uma possibilidade real e já existente no Brasil, porém, nem sempre favorável ao preso, considerando a situação crítica dos estabelecimentos para cumprimento de pena em regime aberto, tendo em vista as casas de albergados não serem suficientes para atender a demanda crescente dos apenados e as disponibilidades de vagas.

Decisões como do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em resposta ao agravo em execução penal impetrado pelo Ministério Público de Minas Gerais, em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de

Bom Despacho que decidiu pelo benefício da prisão domiciliar ao condenado em regime aberto, em razão de não existir vaga no estabelecimento adequado, ou seja, casa de albergado, mostra à posição de alguns tribunais serem favoráveis a aplicação do cumprimento de pena no regime aberto ser convertido em prisão domiciliar.

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DOMICILIAR CONCEDIDA DIANTE DA AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº. 56 DO STF. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

- Nos termos da Súmula Vinculante nº. 56, do STF, "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS" e, dentre esses parâmetros, está a possibilidade de deferimento da prisão domiciliar aos condenados que se encontrarem nessa situação.

- Apesar da concessão da prisão domiciliar não ser a melhor solução, a priori, a mesma pode ser admitida, pelo menos até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas no bojo do RE 641.320/RS, tais como a saída antecipada, a liberdade eletronicamente monitorada e a imposição de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado. V.V.

- As hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, elencadas no art. 117 da Lei de Execução Penal, são taxativas e não estando o sentenciado inserido em nenhuma dessas hipóteses, inviável a concessão de tal benefício. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0074.17.006032-6/001, Relator(a): Des.(a) Adilson Lamounier, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/07/2018, publicação da súmula em 06/08/2018)

Prosseguindo, ainda, no entendimento jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão de Agravo Regimental no REsp 1389152/RS, Relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, pontuou:

(...) "E assente nesta Corte o entendimento de que a falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime aberto não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas. Em casos tais possível é a concessão, em caráter excepcional, da prisão domiciliar, no caso de inexistir no local casa de albergado, enquanto se espera vaga em estabelecimento prisional adequado." (AgRg no REsp 1389152/RS, Rei. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 04/11/2013).

Assim sendo, resta salientar que o cumprimento de pena no regime aberto, com previsão no artigo 33, parágrafo 1º, alínea “c”, do Código Penal, Decreto- Lei 2848/40, preconiza a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado. No entanto, a situação dos estabelecimentos prisionais no Brasil é deficitária, pois, o déficit de vagas é muito grande como já apresentado.

Teoricamente, o preso do regime aberto deveria sair durante o dia para trabalhar e voltar à noite para a casa de albergue. Ocorre que isso na maioria das vezes não acontece especialmente nas cidades do interior, que não dispõe dos respectivos estabelecimentos, e o preso tem que cumprir pena na capital. Muitos desses presos não voltam para os estabelecimentos à noite e como os familiares moram distante terminam dormindo nas ruas. A reincidência é comum nesses casos.

O art. 36, parágrafo 1º, do Decreto –Lei 2848/40 estabelece que o condenado no regime aberto deve trabalhar fora do estabelecimento e sem vigilância, ficando recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. Além do trabalho deverá freqüentar curso ou outra atividade autorizada.

Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Interessante observar que o trabalho desempenhado pelo preso no regime aberto não configura trabalho prisional, como escreve o autor Norberto Avena:

Relativamente aos condenados do regime aberto, naturalmente, o trabalho externo é permitido desde o ingresso do apenado nessa modalidade. Nesse caso, já se firmou o entendimento de que “o trabalho externo prestado por condenado em regime aberto não configura o trabalho prisional, previsto na Lei das Execuções Penais”, razão pela qual se reconhece “relação de trabalho que se sujeita à tutela da CLT”¹⁴. (AVENA, Norberto. Execução Penal, 6º Edição, Pag.)

A jurisprudência já pacificou esse entendimento de que o preso do regime aberto tem como dever a atividade laboral, partindo do princípio que o trabalho é condição para ingresso no regime aberto. Como já definido no parágrafo 1º do art. 36 do Decreto-Lei 2828/40 (Código Penal). Em decisão tomada pelo juízo do trabalho da Vara de Bom Despacho/MG, processo nº 0011212-29.2018.5.03.0050 em

benefício do reclamante, a este preso do regime aberto, foi perfeitamente aplicável os direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho. Vejamos a decisão da Dra. Angela Cristina de Avila Aguiar Amaral, Juíza Titular:

“Superados todos estes pontos, na peça exordial, assevera o reclamante que teria laborado no período compreendido entre 12.10.2017 até 17.05.2018, data em foi dispensado de forma injusta e imotivada e sem que tenha sido realizado o acerto rescisório devido, não teve o registro do contrato de trabalho em sua carteira profissional, o que agora pleiteia.

A reclamada nega o fato e contesta a pretensão, sustentando que o reclamante foi contratado na condição de recuperando da APAC, tendo em vista sua situação especial, as normas que regem a relação entre as partes estão previstas na Lei de Execução Penal-LEP, e são totalmente diversas das de natureza trabalhista.

Analisemos a questão.

Observa-se que o disposto no § 2º do artigo 28 da Lei de Execução Penal, no sentido de que "*o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho*" não pode servir de óbice ao reconhecimento da relação de emprego entre as partes.

Isso porque no trabalho prestado em regime fechado, interno ou externo não há como ter vínculo empregatício, pois o trabalho nesse caso é um dever, não havendo autonomia de vontade, impedindo a formação do contrato de trabalho. Todavia, é diversa a situação daqueles em regime semi-aberto ou aberto.

Por outro modo, deixar de garantir os direitos trabalhistas aos condenados penalmente, mas sujeitos à menor restrição de liberdade de ir e vir, em razão da progressão do regime de pena, afrontaria os direitos sociais, na medida em que o arcabouço de direitos trabalhistas da pessoa condenada deve ser o mesmo da pessoa comum.

O exame dos autos evidencia que o autor, de fato, detém a condição de recuperando da APAC, conforme documento id 2435cbe- Pág. 1, encontrando-se submetido ao regime aberto, tal como se extrai do teor do documento juntado aos autos, id 2cadc18 - Pág. 1, não impugnado por prova diversa.

Nesta ordem de ideias, em que pese entendimento firmado em sentido contrário, a natureza do regime decorrente da pena imposta ao autor c/c o declarado objetivo patronal de "promover a sua recolocação no mercado de trabalho, autorizam o reconhecimento do vínculo empregatício postulado, desde que preenchidos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT".

(<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011212-29.2018.5.03.0050>)

É importante salientar que o trabalho no regime aberto não conta para remissão da pena do preso, tendo em vista que o trabalho é parte das exigências

previstas no Art. 36, Parágrafo 1º, do Código Penal Brasileiro e também no Art. 114, inciso I, da Lei de Execução Penal. Mas quando se trata dos cursos freqüentados por presos do regime aberto, esses cursos poderão servir para remição da pena do preso, conforme previsto no Art. 126, Parágrafo 6º, da Lei 7210/84, pela freqüência em curso regular ou profissionalizante.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela freqüência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

A atividade educacional é fundamental não só para a remição da pena, mas pela finalidade de proporcionar uma mudança cultural e profissional ao preso, pois, quando estiver em liberdade, poderá usufruir de uma melhor aceitação pela sociedade.

4. o regime aberto e as condições especiais, gerais e obrigatórias para sua concessão

Além das condições abordadas no tópico anterior, previstos no art. 114, como a exigência do preso estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, o ingresso no Regime Aberto exige algumas condições gerais e obrigatórias previstas na Lei de Execução Penal, Lei 7210/84, condições estas estabelecidas no art. 115, incisos I,II,III e IV.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

- I - permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;
- II - sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;
- III - não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;
- IV - comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

O caput do artigo 115 fala que “o juiz poderá estabelecer condições especiais para concessão de regime aberto”, isto sugere que o juiz tem certa liberdade para

aplicar essas condições especiais, porém, é importante mencionar que essas “condições” não são claras, pois, não há norma legal disciplinadora do que seriam essas “condições especiais”. Utilizar as penas restritivas de direito, como a prestação de serviço comunitário como condição especial para ingresso no regime aberto, como ocorreram com algumas decisões tomadas pelos tribunais de justiça por meio de normas complementares não são admitidas. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é contra a tais medidas. A súmula 493 do STJ expressa o seguinte:

Súmula 493 - É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto. (Súmula 493, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012)

Vejamos decisão tomada pelo STJ:

"[...] Cinge-se a controvérsia em definir se cabe ao magistrado, no momento da fixação do regime aberto, estabelecer a obrigatoriedade de prestação de serviços à comunidade, como condição especial prevista no art. 115 da Lei de Execuções Penais. [...] A jurisprudência desta Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça orientava-se no sentido de que 'o Magistrado, nos termos previstos pelo art. 115 da LEP, está autorizado a fixar outras condições, além das gerais e obrigatórias, para o cumprimento da pena em regime aberto' (HC 157.716/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 04/10/2010). A Sexta Turma, por sua vez, em recentes precedentes, divergiu desse posicionamento, afirmando que '[a] prestação de serviços à comunidade não pode ser prevista como condição especial do regime aberto, já que é pena restritiva de direitos, que deve ser considerada autônoma e substitutiva da pena privativa de liberdade.' [...], firmou posicionamento de que não é possível a fixação da prestação de serviços à comunidade como condição especial para o regime aberto, pois estar-se-ia submetendo o Reeducando a uma dupla apenação. É o que se extrai do informativo n.º 460 desta Corte [...]."
(HC 139457 SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 01/06/2011)

As condições Gerais e Obrigatórias estão expressas na Lei e serão impostas pelo juiz, e as condições especiais ficam a critério do juiz, pois é uma decisão discricionária, mas é preciso respeitar os limites da lei. Como condições especiais poderiam citar a proibição de freqüentar bares, casas de show, e outros eventos que entender incompatível com o regime aberto. Nenhuma das penas

restritivas de direito, previstas no artigo 43 do Decreto-Lei 2848/40, poderão ser utilizadas como condições especiais para o regime aberto.

5. Considerações

Com o presente trabalho se conclui que o regime aberto é a forma mais branda de se aplicar a execução da pena vigente em nosso país. Desde a sentença até a execução, e conseqüentemente a liberdade do preso, a Lei Penal é o meio pelo qual se alcança o objetivo na aplicação da justiça, se valendo da jurisprudência como norte e da doutrina como contraponto as interpretações diversas da lei e na operação do direito.

O regime aberto é baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade, sem essas características não é possível o ingresso do preso nessa forma de regime, considerando ainda a atividade laboral como obrigação do preso e a frequência em cursos profissionalizantes para remição da pena. Infelizmente o déficit de vagas nas casas de albergados para atender a demanda de condenados no regime aberto é uma realidade que não se podem ignorar, os registros dos presos que cumprem pena no regime aberto mostra que se faz necessário um olhar mais atento a esta situação.

A Lei de Execução Penal , bem como as leis aplicáveis no direito penal , teoricamente tem se mostrado eficiente e satisfatória para manutenção e aplicação da justiça e, mais especificamente os dispositivos que tratam do cumprimento de pena no regime aberto. Porém, em razão do descaso do estado frente à demanda por vagas nas casas de albergados, o propósito estabelecido na lei para a recuperação do preso e conseqüentemente o seu retorno a sociedade está comprometido, tornando o sistema prisional ineficiente.

Portanto, se deve atentar para corrigir esse problema de falta de vagas no Sistema Prisional Brasileiro para que na prática, a Lei de Execução Penal e o Código Penal possam na sua essência produzir o efeito determinante pelo qual foram criados, especialmente os dispositivos que tratam do Regime Aberto. É preciso estabelecer condições para que o preso que tem direito a progressão de

regime ou quer tenha sido sentenciado a cumprir pena em regime aberto possam usufruir desse direito, condições estas que além de vagas em casa de albergado, tenham também disponibilidade de cursos profissionalizantes e oportunidades de trabalho que é uma condição para o Regime Aberto.

6. Referências

AVENA, Norberto **Execução penal** / Norberto Avena. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen. **Estabelecimentos prisionais**. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>

SINOSINI, Giovanni Carvalho. **REGIME DE CUMPRIMENTO, PROGRESSÃO E REGRESSÃO DA PENA**. Disponível em: <http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol10_n3_2014/REGIME-DE-CUMPRIMENTO-PROGRESSAO-E-REGRESSAO-DA-PENA.pdf>

Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Repercussão. **Cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado**. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423>>
Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>>

Tribunal Regional do Trabalho. **Processo/0011212-29.2018.5.03.0050**. Disponível em: <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0011212-29.2018.5.03.0050>>