

Rogério Sanches Cunha
Ronaldo Batista Pinto

Código
de **PROCESSO PENAL** e
Lei de **EXECUÇÃO PENAL**
Comentados
— Artigo por artigo —

- Doutrina • Jurisprudência
- Destaques para aspectos circunstanciais

8^a | revista
edição | atualizada
ampliada

CPP+LEP
Comentados

2024

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

IV - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo em caso de violação das normas referentes à execução penal; (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

V - visitar os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento, e requerer, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

VI - requerer à autoridade competente a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

Parágrafo único. O órgão da Defensoria Pública visitará periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

Defensoria Pública - Dispõe o art. 1º da Lei Complementar nº 80, de 1994 (com redação dada pela Lei Complementar 132, de 2009), que: “A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial ou extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal”.

Dentro desse espírito, a Lei 12.313, de agosto de 2010, finalmente alterou a LEP para garantir assistência jurídica ao preso em processo de execução da pena, fixando as atribuições do órgão.

Em linhas gerais, incumbe à Defensoria Pública o acompanhamento da execução da pena, fazendo valer todos os direitos do preso assistido. O rol do artigo 81-B, incluído pela Lei 12.313, de 19 de agosto de 2010, é meramente exemplificativo, conclusão que se extrai do inciso I, letra “a” (*requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo*).

ATENÇÃO - Assim como incumbe ao representante do Ministério Público e ao Juiz da execução, a Defensoria Pública deverá visitar periodicamente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio.

TÍTULO IV DOS ESTABELECIMENTOS PENAIS

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. (Redação dada pela Lei nº 9.460, de 1997)

§ 2º - O mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa desde que devidamente isolados.

Estabelecimentos penais – são destinados aos condenados (regime fechado, semiaberto e aberto), aos submetidos à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso. Em resumo, abrangem:

- a) Penitenciária (destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado);
- b) Colônia Agrícola, Industrial ou Similar (destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto);
- c) Casa do Albergado (destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana);
- d) Centro de Observação (onde se realizam os exames gerais e o criminológico);
- e) Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal);
- f) Cadeia Pública (destina-se ao recolhimento de presos provisórios).

A lei, atendendo ao que dispõe o art. 5º, XLVIII, da CF (*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*), bem como preceito 11 das Regras Mínimas da ONU (atualizadas pelas de Mandela), assegura proteção às mulheres (com o intuito de protegê-las de violências sexuais) e pessoas idosas (em virtude da fragilidade física e emocional não raras vezes advindas da avançada idade).

ATENÇÃO – Com base em normativa aprovada pelo CNJ em 02.10.2020, as pessoas têm direito a se autodeclararem como pertencentes à comunidade LGBTQI+. Em caso de prisão da pessoa autodeclarada parte da população LGBTI, o local de privação de liberdade será determinado pelo magistrado em decisão fundamentada após consulta à pessoa acerca de sua escolha, que poderá se dar a qualquer momento do processo penal ou execução da pena, devendo ser assegurada, ainda, a possibilidade de alteração do local, visando assegurar a dignidade, a integridade física e moral e os direitos específicos dessa população. As Regras de Mandela recordam que para que tal princípio seja concretizado, “as administrações prisionais devem levar em conta as necessidades individuais dos presos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade” (preceito 2.2).

O mesmo local (terreno/espço) poderá abrigar estabelecimentos diversos, desde que devidamente isolados de acordo com o tipo de habitante prisional. Eventuais dificuldades materiais podem exigir do Estado que construa estabelecimentos no mesmo sítio, observando, porém, prédios próprios para mulheres, pessoas idosas, presos provisórios, condenados perigosos etc.

Abuso de autoridade – o art. 21, *caput*, tipifica como abuso de autoridade o fato de manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento.

O núcleo *manter* abrange não somente a conduta do agente ou autoridade que determina a inclusão indevida, como daquele que, ao tomar conhecimento da situação abusiva, se abstém de corrigi-la, mesmo tendo atribuição ou competência para tanto, mantendo o constrangimento ilegal.

Aparecem como elementos espaciais do tipo a *cela* ou o *espaço de confinamento*. *Cela* abrange o local destinado ao recolhimento dos presos, cautelares ou definitivos. *Espaço de confinamento*, por sua vez, alcança qualquer área ou ambiente não projetado para ocupação contínua do preso, como sítios de triagem, ambiente de custódia nos fóruns, veículos de transporte de presos (caminhão baú) etc.

O parágrafo único do art. 21 pune na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal como ocorre com a impossibilidade de existir cela compartilhada por pessoas de ambos os sexos, da mesma forma essa impossibilidade se estende para o compartilhamento de cela entre criança ou adolescente e pessoa maior de idade.

O art. 123 do Estatuto de Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990) diz textualmente que:

Art. 123. A internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração.

É importante alertar que, a depender das circunstâncias, as condutas descritas no artigo em comento podem configurar delito de tortura, art. 1º, § 1º, da Lei 9.455/1997.

Lei de Abuso de Autoridade	Lei de Tortura
<p>Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:</p> <p>Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.</p>	<p>Art. 1º Constitui crime de tortura:</p> <p>(...)</p> <p>§ 1º Na mesma pena [reclusão de 2 a 8 anos] incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.</p>

A violação à regra de separação de custodiados, acompanhada de sofrimento físico ou mental do custodiado (resultado quase sempre presente), fará com que a conduta melhor se subsuma ao crime da Lei de Tortura, infração penal mais grave, equiparada a delito hediondo, sofrendo todos os consectários da Lei 8.072/1990. Mais uma vez se exigirá muita atenção do intérprete ao aquilatar o caso concreto.

Nesse ponto, vale lembrar que no ano de 2007, a sociedade brasileira tomou conhecimento de um fato que chocou o país. Mais especificamente, foi noticiado pela imprensa que, no dia 21 de setembro do mesmo ano, no município de Abaetetuba, no Pará, uma adolescente, com apenas 15 anos de idade, foi presa e colocada numa cela com mais de

20 detentos do sexo masculino. Pelo que foi divulgado à época, a adolescente havia sido flagrada furtando alguns pertences na casa onde trabalhava como empregada doméstica. Irritado, seu “patrão” a trancou no banheiro e ligou para seu tio, um investigador de polícia. Agindo frontalmente contra lei, alguns policiais se dirigiram à residência onde se encontrava a adolescente e, querendo “corrigi-la”, em vez de a conduzirem à presença da autoridade judiciária competente, começaram a espancá-la.

Importante ressaltar, contudo, que a adolescente portava uma identidade que não revelava sua verdadeira idade, fazendo-se passar por pessoa imputável, constando como se tivesse 19 anos de idade. Como na cidade onde foi presa não havia penitenciária feminina, a delegada plantonista, após lavrar o auto de prisão em flagrante, acreditando ser ela maior de 18 anos, determinou a sua prisão juntamente com os demais presos do sexo masculino.

A adolescente ficou presa, em cela comum, juntamente com esses presos do sexo masculino, por 26 dias, tendo sido estuprada inúmeras vezes, muitas delas para que tivesse acesso a comida e a materiais de higiene pessoal, além de ter sido frequentemente espancada.

Ora, como não poderia ser diferente, o caso foi tratado como tortura. Os responsáveis foram condenados não apenas pelo crime de tortura, como também pelos crimes que vitimaram a adolescente na habitação prisional, na condição de garante ou garantidor.

Infelizmente, o crescimento da população prisional feminina é um fenômeno observado mundialmente. Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, no Brasil, o número de mulheres encarceradas aumentou, desde 2000, em 656%, totalizando 44.355 presas em 2016, posicionando-o atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia (Infopen, 2018, p. 14).

Especialmente em relação às mulheres, a severa repressão às drogas resulta na criminalização daquelas que ocupam majoritariamente posições subalternas nas redes de tráfico, cujo contato direto com a droga, seja no transporte ou armazenamento, aumenta significativamente o risco da prisão. O envolvimento no tráfico, para muitas, está relacionado a questões socioeconômicas e de gênero, que envolvem dificuldades de acesso ao mercado de trabalho formal, vulnerabilidade social, relacionamentos afetivos e a responsabilidade pelo cuidado da família. Nesse sentido, o tráfico pode representar uma alternativa que permite às mulheres, ao mesmo tempo, prover financeiramente e exercer as atividades de cuidado da família, tendo em vista que é uma atividade que pode ser exercida dentro do ambiente doméstico.

O aumento drástico da população prisional feminina coloca uma série de questões no centro do debate sobre o sistema prisional. Primeiramente, surge a necessidade de expansão física do sistema prisional, composto majoritariamente por unidades masculinas. Em segundo lugar, foi preciso adaptar as unidades já existentes e a própria legislação às especificidades das mulheres, que, como já abordamos, são frequentemente as únicas responsáveis pelo sustento e cuidado dos filhos. Nesse sentido, destaca-se as mudanças promovidas pela Lei n. 11.942/09 e, mais recentemente, pela Lei n. 13.769/18, que preveem a construção de espaços destinados ao exercício da maternidade, a conversão da prisão preventiva em domiciliar e diferentes lapsos temporais de progressão de regime para gestantes e mães.

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários. (Renumerado pela Lei nº 9.046, de 1995)

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

§ 3º Os estabelecimentos de que trata o § 2º deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas. (Incluído pela Lei nº 12.121, de 2009).

§ 4º Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante. (Incluído pela Lei nº 12.245, de 2010)

§ 5º Haverá instalação destinada à Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

O estabelecimento penal e a ressocialização do preso – Como esclarecemos nos comentários ao art. 1º, a pena tem como principal finalidade prevenir o crime, reeducar e ressocializar o preso. Para que esses objetivos sejam atingidos, os estabelecimentos penais devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outros tipos de assistências apropriadas (moral, espiritual, saúde, esportiva etc.).

O artigo em comento traz, justamente, as características que as instalações dos estabelecimentos penais devem ter para que neles possam ser exercidos os direitos do preso, bem como contribuir na sua ressocialização, permitindo-lhe valer-se das várias espécies de assistência enunciadas no artigo 11 da LEP.

Os estabelecimentos penais destinados a mulheres, por exemplo, serão estruturados com ambiente para amamentação e cuidado com os filhos, exigência garantida na Carta Maior: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (art. 5º, L). No mesmo sentido, preceito 29 das Regras de Mandela.

A Lei Complementar 153, de dezembro de 2015, estabelece que a implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinadas à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais serão custeadas pelos recursos do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional).

ATENÇÃO – A Lei 14.326/22, acrescentando ao art. 14 da LEP novo parágrafo (§4º), será assegurado tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como à mulher no período de puerpério, cabendo ao poder público promover a assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido.

A previsão de salas de aulas é medida positiva na ressocialização do condenado, além de necessária para que o preso em regime fechado consiga remir a sua pena.

O dispositivo reforça a determinação prevista no art. 16, § 2º desta lei, no que tange à instalação da Defensoria Pública, garantindo ao órgão desempenhar regularmente suas atribuições.

Art. 83-A. Poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, e notadamente: (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

I - serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

II - serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

§ 1º A execução indireta será realizada sob supervisão e fiscalização do poder público. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

§ 2º Os serviços relacionados neste artigo poderão compreender o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

Regime diferenciado de contratações – A Medida Provisória 678, de junho de 2015, convertida na Lei 13.190/15, dentre outras providências, adicionou à Lei de Execução Penal os artigos: 83-A e 83-B.

O artigo em comento prevê que poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares desenvolvidas em estabelecimentos penais, tais como: serviços de conservação, limpeza, informática, copeiragem, portaria, recepção, reprografia, telecomunicações, lavanderia e manutenção de prédios, instalações e equipamentos internos e externos; bem como os serviços relacionados à execução de trabalho pelo preso.

Para entendermos a mudança precisamos lembrar que a Lei 12.462/11 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável às licitações e contratos relativos aos eventos esportivos que foram realizados no Brasil nos anos de 2013, 2014 e 2016, assim como para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I, II do art. 1º da aludida lei (Copa das Confederações, Jogos Olímpicos etc.).

Em apertada síntese, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi criado com o objetivo de otimizar os processos licitatórios e contratos necessários para a execução dos eventos e obras acima mencionados. Com o intuito de dar às licitações e contratos realizados no âmbito das ações de segurança pública a mesma otimização e celeridade conferida aos eventos esportivos, criou-se a Lei 13.190/15.

Nos termos art. 8º da lei 12.462/15, a execução indireta de obras e serviços poderá ser feita pelos regimes: 1. empreitada por preço unitário; 2. empreitada por preço global; 3. contratação por tarefa; 4. empreitada integral; ou 5. contratação integrada.

A referida Lei (12.462/15), com vigência programada por mais 2 anos, foi revogada pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que, por sua vez, nasce num clima de desburocratização, assemelhando-se, e muito, a forma de contratação da lei revogada.

Vale observar que além das atividades mencionadas acima, também poderão ser realizados por meio de execução indireta o fornecimento de materiais, equipamentos, máquinas e profissionais. Além disso, importante notar que tudo deve ser supervisionado e fiscalizado pelo Poder Público.

Art. 83-B. São indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, e notadamente: (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

I - classificação de condenados; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

II - aplicação de sanções disciplinares; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

III - controle de rebeliões; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

IV - transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015).

Indelegabilidade do poder de polícia – Hely Lopes Meirelles conceitua poder de polícia como “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso, o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado” (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 120).

Sabendo da responsabilidade que deve guardar os agentes que exercem o poder de polícia, a Lei 13.190/15 adicionou à Lei de Execução Penal o art. 83-B, que assegura serem indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, tais como: classificação de condenados, aplicação de sanções disciplinares, controle de rebeliões e transporte de presos.

Questão importante surge com a realização de parcerias público-privadas (PPPs) na gestão do sistema prisional ou a “privatização dos presídios”. Trata-se de modalidade de contrato administrativo, prevista na Lei n. 11.079/04, que consiste essencialmente na concessão temporária de certas atividades realizadas pelo Estado à iniciativa privada. Firmadas no âmbito do sistema prisional, as PPPs estabelecem uma cooperação na gestão das unidades entre Estado e empresa privada, sendo que o primeiro continua incumbido das funções mencionadas neste artigo e o segundo se encarrega da realização de obras e da prestação de serviços, como alimentação, vestuário, assistência médica, entre outros. Como

exemplos, temos as experiências do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves-MG e do Complexo Penitenciário Anísio Jobim-AM.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§ 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

§ 2º O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

§ 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

§ 4º O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015).

Separação dos presos – A exigência de o preso provisório ficar separado do condenado por sentença transitada em julgado está assegurada tanto nas Regras Mínimas da ONU (atualizadas pelas de Mandela, preceito 11, “b”) como também na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica, artigo 5º, item 4): “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.”

Além disso, determina-se a separação entre o preso primário e o preso reincidente, merecendo cada qual processos diferentes de reabilitação. Como bem esclarece Mirabete: “Evitam-se o mais que possível contágio e as nocivas influências do condenado contumaz m relação ao primário, que os pode levar à corrupção, a uma fácil integração à ‘subcultura carcerária’ e às maiores dificuldades no caminho da reinserção social” (ob. cit. p. 254/255).

No caso de preso (provisório ou não) funcionário da Administração Criminal, como forma de garantir a sua segurança diante de possíveis represálias, atritos etc., a lei prevê seu recolhimento em prisão especial, isto é, em dependência separada. A guia de recolhimento deve fazer menção acerca dessa qualidade do condenado (art. 106, § 3º, LEP).

ATENÇÃO – O nosso ordenamento jurídico prevê inúmeras outras hipóteses de prisão especial (I – para dirigentes de entidades sindicais; II – pilotos de aeronaves mercantes; III – oficiais da Marinha Mercante; IV – juízes de paz etc.). Contudo, somente o funcionário da Administração Criminal tem garantido, mesmo depois do trânsito em julgado da condenação, prisão especial. No mais dos casos, a providência de cautela só tem sentido durante o período de prisão provisória. O art. 439 do CPP, com a nova redação dada pela lei 12.403/11, não mais assegura prisão especial àquele que tenha exercido efetivamente a função de jurado.

A Lei 13.167/15 altera o art. 84 para estabelecer critérios objetivos e subjetivos aptos a orientar a separação dos presos (provisórios e definitivos), considerando, essencialmente, a sua primariedade ou reincidência e gravidade dos crimes pelos quais são acusados ou cumprem pena.

Todavia, devido à precariedade do sistema prisional brasileiro, o Estado não é capaz de garantir a organização dos presos com base nas características previstas aqui. Na prática, o que se tem é a manutenção de presos provisórios e definitivos nas mesmas unidades, tendo em vista que cerca de 40% da população prisional sequer ostenta condenação definitiva (INFOPEN, 2017).

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

Estabelecimento penal e sua lotação máxima – O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. É do conhecimento de todos que esse comando não é respeitado no Brasil, onde a superlotação carcerária há muito vem sendo um problema crônico. Nesse sentido, é o teor da Súmula 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”

O RE 641.320, por sua vez, determinou que: “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.)

Buscando disciplinar a ocupação dos estabelecimentos penais, prevê o parágrafo único que o Conselho Nacional de Política Criminal determinará o seu limite máximo de capacidade, atendendo a sua natureza e peculiaridades.

O descumprimento injustificado do dever aqui estabelecido implicará para a Unidade da Federação respectiva não apenas a suspensão de qualquer ajuda financeira a ela destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança (art. 203, § 4º, LEP), como também a interdição do local (art. 66, inciso III, LEP).

ATENÇÃO – Presos submetidos a condições degradantes em presídios devem ser indenizados em dinheiro. O STF definiu a responsabilidade civil do Estado pelas pessoas que mantém presas. E se elas estão sem condições mínimas de humanidade, devem ser indenizadas, inclusive por danos morais. “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento” (RE 580.252).

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas.

§ 3º Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Transferência do preso – Em regra, o preso cumpre a reprimenda no local onde foi julgado. Entretanto, inúmeras circunstâncias podem indicar que a sua transferência para outro estabelecimento, mesmo que de Estado diverso, seja uma necessidade. Não sem razão, alerta Mirabete:

“A permissão do artigo 86, porém, não outorga ao sentenciado direito líquido e certo à concessão do pedido; a transferência é uma faculdade do juiz, fundada em razões de conveniência e oportunidade. Por isso mesmo, não pode ser concedida por meio de via do processo sumário do *habeas corpus*” (ob. cit. p. 259).

A construção de estabelecimentos penais de segurança máxima pela União se deu, principalmente, com o escopo de receber presos de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública (art. 3º da Lei 8.072/90).

A transferência deve ser previamente admitida pelo próprio juiz federal com jurisdição sobre o estabelecimento penal (art. 4º), sendo que no caso de prisão provisória o juízo de origem depreca apenas a execução e a fiscalização da medida, mantendo-se competente para o processo. Excepcionalmente, *em caso de extrema necessidade*, o juiz federal pode autorizar a inclusão do preso no estabelecimento antes do processo de instrução da transferência (art. 5º, § 6º), que pode ser provocado, após admissibilidade pelo juiz da origem, pela autoridade administrativa, pelo Ministério Público e pelo próprio preso, cabendo à Defensoria Pública da União prestar a assistência judiciária necessária.

Nada impede que a defesa seja ouvida antes da transferência, mas, como é comum em situações desta natureza, as circunstâncias podem demandar o deslocamento imediato do preso, normalmente envolvido em atividades criminosas dentro do próprio estabelecimento em que originalmente cumpre a pena ou está cautelarmente recolhido. Sendo este o caso, é evidente que a prévia oitiva pode contribuir para agravar a situação de insegurança no estabelecimento prisional. Por isso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a Súmula 639, que dispõe sobre a transferência ou permanência de presidiário em penitenciária federal sem anterior consulta ao advogado. O enunciado tem a seguinte redação:

“Não fere o contraditório e o devido processo decisão que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal”.

ATENÇÃO – Referindo-se expressamente às penas privativas de liberdade, o artigo 86 não autoriza a transferência do sentenciado para o cumprimento de outras penas, como restritivas de direitos.

CAPÍTULO II DA PENITENCIÁRIA

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime

fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Regime fechado – A Lei de Execução Penal fixa o estabelecimento penal próprio para cada um dos regimes (aberto, semiaberto e fechado). O artigo em comento cuida da penitenciária, destinada ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Nos comentários aos artigos 91 e 93 falaremos dos estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, respectivamente. Quanto ao RDD, ver comentários ao artigo 52 desta lei.

ATENÇÃO – A Lei 11.671/08 regula a transferência e inclusão de presos, condenados ou provisórios, em estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

Líderes de organização criminosa e o cumprimento de pena em estabelecimento de segurança máxima – O §9º, do art. 2º, da Lei 12.850/13, dispositivo introduzido pela Lei n.º 13.964/2019, estabelece que os líderes de organizações criminosas violentas devem iniciar o cumprimento de pena em estabelecimento penal de segurança máxima, destinados ao cumprimento da pena em regime fechado. Já havia disposição semelhante no art. 1º, VI, da Lei 12.694/2012 que implica na possibilidade de transferência do preso para estabelecimentos penais federais, situação regulada pela Lei 11.671/2008. A mudança de presos dos estabelecimentos estaduais para os federais é necessária quando a sua permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública (Lei 8.072/1990, art. 3º) e nas hipóteses do art. 3º do Decreto Federal 6.877/2009, *in verbis*: Art. 3º Para a inclusão ou transferência, o preso deverá possuir, ao menos, uma das seguintes características: I – ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa; II – ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem; III – estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD; IV – ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça; V – ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou VI – estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

Observe-se que, conforme já decidiu a 1ª Turma do STF no HC 115.539, desde que haja motivação idônea e existência de fatos caracterizadores de situação emergencial (v.g., rebeliões ocorridas em determinado período, com a morte de vários detentos; julgamento, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Brasil e do estado-membro em que localizada a penitenciária na qual inicialmente recluso o preso; interdição do presídio; periculosidade do paciente), a transferência de preso para presídio federal de segurança máxima sem a sua prévia oitiva não configura ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 5º, §§ 2º e 6º, da Lei nº 11.671/2008, sobretudo se considerarmos que não há direito subjetivo do condenado de cumprir a pena em penitenciária específica. (STF, 1ª Turma, HC 115.539/RO, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03/09/2013).

O STJ decidiu também recentemente que “*acaso devidamente motivado pelo Juízo estadual o pedido de manutenção do preso em presídio federal, não cabe ao Magistado Federal exercer juízo de valor sobre a fundamentação apresentada, mas apenas aferir a legalidade*”.

de da medida.” (AgRg no CC 168851/RJ. Agravo Regimental No Conflito de Competência 2019/0309786-5. Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca. 3º T. j. em 27/11/2019).

Embora o novo dispositivo se refira estritamente às organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição, em razão das outras disposições legais vigentes é possível a inclusão de presos em estabelecimentos federais de segurança máxima, ainda que mero integrante de organização criminosa desarmada, interpretação que se extrai ainda das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 no art. 52, § 1º, inciso II, e § 3º, da LEP de modo a possibilitar mesmo nos casos de organizações criminosas a aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

- a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
- b) área mínima de 6,00 m2 (seis metros quadrados).

Cela e a sua arquitetura – Trata-se de mais um artigo “simbólico” da LEP, prevendo a arquitetura mínima que deverá conter uma cela. Todavia, é conhecido o problema da superlotação das habitações prisionais enfrentado pelo Brasil, onde a realidade demonstra muitos presos dividindo o mesmo espaço criado para, na verdade, abrigar um único reeducando. Patente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em 2015 foram aprovadas as Regras de Mandela, que atualizaram as Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Reclusos. A regra 12, item 1, reforça a importância das celas ou quartos destinados ao descanso noturno não serem ocupados por mais de um preso.

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

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

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

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

Penitenciária para mulheres – O art. 5º, L, da CF, garante que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

No mesmo sentido dos arts. 14 e 83 da LEP, o presente dispositivo traz garantias para que as presas possam criar seus filhos sem que os infantes fiquem desamparados enquanto as genitoras cumprem pena encarceradas. Prevê, ainda, que os profissionais que auxiliarão durante esse período sejam qualificados para tanto.

Sem prejuízo, foi publicada a Lei 13.257/16, que alterou o art. 8º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) para assegurar a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Além disso, a nova lei incumbiu ao poder público a obrigação de garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância (abrange os primeiros 6 anos completos ou 72 meses de vida da criança), que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Por fim, a Lei 13.257/16 anuncia competir ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

ATENÇÃO – Segundo a Lei 14.326/22, acrescentando ao art. 14 da LEP novo parágrafo (§4º), será assegurado tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como à mulher no período de puerpério, cabendo ao poder público promover a assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Local de construção – Por razões de segurança, as penitenciárias deverão ser construídas em local afastado do centro urbano, mas que não impossibilitem a visitação, medida importante para que se mantenham e melhorem as boas relações entre o preso e sua família.

CAPÍTULO III DA COLÔNIA AGRÍCOLA, INDUSTRIAL OU SIMILAR

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

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

Regime semiaberto – O condenado que tiver que cumprir pena em regime semiaberto fica sujeito a trabalho em Colônia Agrícola, Industrial ou Similar. Explica Mirabete, citando as lições de Armida Bergamini Miotto: “entre a prisão fechada, servida de aparatos físicos ou materiais que lhe garantem segurança máxima em favor da disciplina e contra as fugas, e a prisão aberta, despida de quaisquer aparatos semelhantes, existe um meio-termo, que é constituído pela prisão semiaberta” (ob. cit. p. 273).

Nesse regime as precauções de segurança são menores, havendo maior liberdade de movimento para o reeducando, importante instrumento de transição do preso para o regime de liberdade. O trabalho externo é admissível, inclusive na iniciativa privada (para tanto a jurisprudência tem exigido prévia autorização judicial).

Os presos serão alojados em compartimentos coletivos, desde que feita uma prévia seleção adequada dos habitantes e respeite os limites de capacidade máxima que atenda os objetivos da individualização da pena.

ATENÇÃO – Anuncia a Súmula Vinculante 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Temos, ainda, corrente mencionando o **regime semiaberto harmonizado**, consistente na antecipação da progressão de regime, mediante o monitoramento eletrônico, de modo que, ao invés de regressar para a unidade prisional durante o pernoite, possibilita-se ao apenado o deslocamento entre sua residência e o local em que exerce sua atividade laborativa, sem prejuízo das regras do monitoramento.

JURISPRUDÊNCIA

Monitoramento eletrônico, Regime aberto. Súmula 56

A manutenção do monitoramento eletrônico ao apenado agraciado com a progressão ao regime aberto não implica constrangimento ilegal, pois atende aos parâmetros referenciados na Súmula Vinculante 56 (STJ – AgRg no HC 691.963, rel Min. Sebastião Reis Junior, j. em 19.10.21).

Cumprimento de pena em regime semiaberto ou aberto e estabelecimento prisional adequado

A Segunda Turma julgou improcedente reclamação ajuizada para garantir a observância, pela instância de origem, da Súmula Vinculante 56 (1). A Turma deliberou no sentido de serem aceitáveis estabelecimentos não qualificados como colônia agrícola ou industrial (regime semiaberto) ou casa de albergado ou estabelecimento ade-

quado (regime aberto). Entretanto, não é permitido o alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado. (Rcl 25123/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 18.4.2017)

Regime de cumprimento de pena e vaga em estabelecimento penal - 2 (Enunciado 56 da Súmula Vinculante)

O Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, acolheu proposta de edição de enunciado de súmula vinculante com o seguinte teor: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” — v. Informativo 777. O Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente) reajustou voto proferido em assentada anterior, acatando, assim, proposta redacional sugerida pelo Ministro Roberto Barroso. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que aprovava a proposta originalmente apresentada pelo Defensor Público-Geral Federal (“O princípio constitucional da individualização da pena impõe seja esta cumprida pelo condenado, em regime mais benéfico, aberto ou domiciliar, inexistindo vaga em estabelecimento adequado, no local da execução”). (STF – PSV nº 57-DF, j. 29.6.2016).

CAPÍTULO IV DA CASA DO ALBERGADO

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

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

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

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

Regime aberto – A pena privativa de liberdade em regime aberto e a pena restritiva de limitação de fim de semana serão cumpridas em Casa do Albergado. Manoel Pedro Pimentel bem assinalava:

“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 essa fatoração seja posta em cheque, reavaliada e substituída por comportamento diverso, o que jamais seria possível no ambiente da prisão fechada, porque é impossível treinar um homem para viver em liberdade” (O crime e a pena na atualidade, p. 144).

ATENÇÃO: Não se admite o cumprimento da prisão civil em regime aberto, sob pena de frustrar sua finalidade (coação para que o inadimplente cumpra seu dever alimentar).