

NOVOS PANORAMAS AO REGIME PRISIONAL ABERTO

NEW PANORAMAS TO THE OPEN PRISON REGIME

RICARDO GAGLIARDI¹

RESUMO

O estudo objetiva analisar a relação entre os critérios para a aplicação do regime aberto da pena privativa de liberdade e das penas alternativas, e suas consequências jurídicas, especialmente depois do precedente da Corte Suprema brasileira (Recurso Extraordinário 641.320). Como meio exploratório, foram realizadas revisões sistemáticas de literatura e de jurisprudência, buscas em obras consagradas, inclusive em pesquisas empíricas nacionais. Conclui-se haver interpretações judiciais equivocadas e falta de legislação coerente, o que tem gerado contradições no sistema e a violação de vários princípios e regras. Evidencia-se irrefutável similitude entre os critérios dos referidos institutos e que seria viável uma interpretação judicial que os transformasse em um modelo único e uniforme. As consequências jurídicas são a possibilidade de substituição à pena alternativa sempre que for fixado o regime aberto, a aplicação da pena alternativa ao tramitar do regime aberto e o fortalecimento dos princípios da preponderância da pena alternativa e da obrigatoriedade do cumprimento de pena.

Palavras-chave: execução penal; penas alternativas; regime aberto; interpretação judicial.

ABSTRACT

The study aims to analyze the relationship between the criteria for applying the open regime of custodial sentences and alternative sentences, and their legal consequences, especially after the precedent of the Brazilian Supreme Court (Extraordinary Appeal 641.320). As an exploratory means, systematic reviews of literature and jurisprudence were carried out, searches in consecrated works, including national empirical research. It concludes that there are erroneous judicial interpretations and lack of coherent legislation, which implies in contradictions in the system and the violation of several principles and rules. There is an irrefutable similarity between the criteria of the referred institutes and that a judicial interpretation that would transform them into a single and uniform model feasible. The legal consequences are the possibility of substituting the alternative sentence whenever the open regime is fixed, the application of the alternative sentence when processing the open regime and the strengthening of the principles of alternative sentence's preponderance and the obligation to serve the sentence.

Keywords: penal execution; alternative sanctions; open prison regime; judicial interpretation.

1 Doutorando em Teoria de Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2020). Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (2018). Especialista em Criminologia pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (2014). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru, Instituição Toledo de Ensino (2001). Graduado em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (1996). Vínculo e principal atividade profissional: Juiz de Direito e Gestor Público, membro do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Professor da Escola Superior da Magistratura Tocantinense. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6382-925X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

GAGLIARDI, Ricardo. Novos panoramas ao regime prisional aberto. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 282-306, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i2.8253>.

1. INTRODUÇÃO

Há grande celeuma entre os operadores do direito penal no Brasil, especialmente diante da ausência de estrutura necessária ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. Não há casas do albergado ou estabelecimentos congêneres suficientes para atender os condenados que cumprem penas ou progrediram ao regime aberto. Segundo o voto do Ministro Mendes, da Corte Suprema brasileira (BRASIL, STF, RE 641320, 2016) (BRASIL, 2016e), retratando a situação brasileira, ainda atual:

No regime aberto, temos 15.036 (quinze mil e trinta e seis) pessoas presas, para 6.952 (seis mil, novecentas e cinquenta e duas) vagas.

Esses números do Ministério da Justiça não levam em conta as pessoas submetidas à prisão domiciliar. Levantamento do CNJ – Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil, Processo 2014.02.00.000639-2 –, datado de junho de 2014, apontou 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentas e trinta e sete) pessoas em prisão domiciliar no país.

Ou seja, em junho de 2014, eram 104.675 (cento e quatro mil, seiscentas e setenta e cinco) pessoas institucionalizadas nos regimes semiaberto e aberto, ao passo que, na metade de 2014, temos mais do que o dobro desse número – 147.937 (cento e quarenta e sete mil, novecentas e trinta e sete) – em prisão domiciliar.

É certo que alguns dos presos estão em prisão domiciliar por razões humanitárias – art. 117 da Lei 7.210/84 ou art. 318 do CPP.

Além disso, o regime aberto é simplesmente desprezado por várias unidades da federação.

Dezessete unidades da federação – Acre, Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, São Paulo, Sergipe e Tocantins – simplesmente não adotam o regime aberto.

Ou seja, a lei prevê os três degraus da progressão, mas o último simplesmente não existe em mais da metade do país.

No entanto, na prática, esses modelos de estabelecimento foram abandonados.

Os números do Departamento Penitenciário Nacional, relativos a dezembro de 2013, apontam apenas 73 (setenta e três) colônias agrícolas ou industriais e 65 (sessenta e cinco) casas de albergado. Não tenho números exatos da capacidade dessas casas, mas existe a premissa operacional de que esses estabelecimentos precisam ser pequenos. Ou seja, a massa de atendidos é irrisória. A maior parte dos estados nem sequer conta com estabelecimentos dessa ordem.

[...] O programa estabelecido pela legislação para execução das penas em tais regimes está longe de uma implementação satisfatória.

De forma decrescente em rigor de pena, alguns julgados impõem regime de prisão domiciliar. Outros substituem por penas alternativas. Um terceiro grupo mantém pessoas condenadas em liberdade, com algumas condições interditivas de direitos, sem ou com monitoramento eletrônico, porém, sem quaisquer meios de orientação, acompanhamento e fiscalização, ou

que gerem de alguma forma meios de inclusão social ou perspectiva de integração social, como determina o artigo 1º da Lei de Execuções Penais.

O modo divergente de tratar o mesmo resultado jurídico, no entanto, contraria o ordenamento jurídico no aspecto da igualdade de aplicação da norma (RAWLS, 2003) e pode gerar efeitos nefastos ao sistema penal. Isso não poderia ser diferente diante da tão conhecida diferenciação entre igualdade formal e material (SILVA, 2006, p. 211-229).

Nesse aspecto, a Corte Suprema brasileira, de forma inovadora, baseado em interpretação constitucional principiológica, por meio do RE 641.320, definiu que, em não havendo vaga em estabelecimento adequado, a decisão do juiz deve se basear nos parâmetros fixados, não sendo possível legalmente a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Elencou hipóteses que poderiam contemplar a forma de cumprimento do regime aberto: saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; ou o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto.

A importância do trabalho traduz-se especialmente no alto percentual de casos em que é aplicado o regime aberto em detrimento dos demais regimes prisionais, especialmente quando a pena aplicada tem patamar de até quatro anos. Em trabalho empírico realizado por este pesquisador (GAGLIARDI, 2018, p. 222), foi demonstrado que, em um dos Estados da Federação, das 840 ações penais baixadas, considerando a condenação definitiva em penas de até quatro anos, em período de dois anos recentes, 2,9% das penas privativas de liberdade se deram no regime fechado, 13,3% no semiaberto, e a maior parte, 83,8%, aplicado o regime aberto.

Tendo como ponto inicial a dogmática penal e o precedente da Corte Suprema brasileira (BRASIL, STF, 2016) (BRASIL, 2016), o estudo pode ser caracterizado como descritivo e analítico, fundamentado em revisão de literatura e de jurisprudência. A pesquisa bibliográfica abarcou a produção científica constante das bases dos seguintes bancos de dados: Google Scholar, Portal de Periódicos Capes, e Scielo, a partir dos descritores, “regime aberto e pena alternativa”. Engendrou-se buscas em obras consagradas, inclusive em pesquisas empíricas nacionais (ILANUD, 2006; IPEA, 2015). Recorreu-se à jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O método consistiu em realizar breve análise da evolução histórica e da legislação acerca do regime de pena criminal aberto e das penas restritivas de direitos (penas alternativas à prisão), a partir dos elementos da natureza dos delitos, requisitos para a concessão, formas de cumprimento e aspectos subjetivos; e um mapeamento das consequências jurídicas nas perspectivas que relacionam os institutos e envolvendo aspectos da pessoa condenada, alicerçado em paradigma da Corte Suprema brasileira, para se desenvolver a reflexão sobre a reinterpretação dos referidos institutos.

O presente artigo objetiva analisar a relação entre os critérios para a aplicação do regime aberto da pena privativa de liberdade e das penas alternativas, e suas consequências jurídicas, com lastro na doutrina e jurisprudência especializadas.

2. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS LEGAIS DOS INSTITUTOS INVESTIGADOS

Há forte relação entre os institutos do regime de pena aberto e das penas alternativas. Há semelhanças intrínsecas baseadas: na natureza dos delitos, nos requisitos para concessão, na forma de cumprimento e nos aspectos subjetivos envolvendo a pessoa condenada. Ambos são destinados aos casos envolvendo delitos de natureza leve, são cumpridas em liberdade limitada ou condicionada, sem ou com vigilância reduzida, baseado no senso de responsabilidade e autodisciplina da pessoa condenada.

No aspecto histórico acerca da elaboração das leis penais, pode-se verificar certa intromissão de um instituto no outro, muitas vezes gerando antinomias ou aparentes contradições e, por outras, equiparando os fundamentos. E mais, foram criados institutos consensuais e instrumentos despenalizadores que delimitaram e reconheceram a menor gravidade dos delitos apenados até quatro anos.

A Lei 6.416/77 (BRASIL, 1977), alterou o Código Penal e instituiu o sistema progressivo em três regimes: fechado, semiaberto e aberto, além do livramento condicional. Seria aplicado regime aberto se a pena fixada fosse de até quatro anos, progredindo para este regime depois de cumprir um terço do regime anterior.

Com a reforma do Código Penal pela Lei 7.209/84 (BRASIL, 1984a) e com a publicação da Lei de Execução Penal (BRASIL, Lei 7.210, 1984) (BRASIL, 1984b), foi mantido o sistema progressivo de forma ainda mais moderada, mantendo-se os mesmos parâmetros do tempo de pena privativa de liberdade fixada em relação aos regimes de pena, e reduzindo-se o tempo para progressão depois de cumprido um sexto do tempo da pena. Regulou-se o regime aberto vigente nos moldes atuais.

Pode-se asseverar que o sistema progressivo instituído no Brasil veio a carrear uma forma de desencarceramento mais rápido, com a previsão de acompanhamento e fiscalização das pessoas condenadas durante o regime aberto, porém, fora das mazelas do cárcere, até o adimplemento dos requisitos subjetivos e objetivos para a concessão do livramento condicional.

O processo de produção de alternativas penais ao encarceramento se aprofundou com a inserção das penas alternativas no Código Penal pela Lei 7.209/84 (BRASIL, 1984a), no entanto, limitada a aplicação de pena privativa de liberdade inferior a um ano ou se o crime for culposo a qualquer tempo.

As inovações do sistema jurídico nacional foram crescentes nos anos seguintes, principalmente nos anos de 1988, 1995, 1998, 1999, 2002, 2006 e 2019, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil e posteriores emendas constitucionais, e das Leis 9.099, 9.714, 10.259, 11.313, 11.343 e 13.964, respectivamente.

As medidas não privativas de liberdade em geral foram encorajadas pelas Regras de Tóquio (regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua Resolução 45/110, de 14 de dezembro de 1990) (BRASIL, CNJ, 2016) (BRASIL, 2016a), e podem ser empregadas antes ou após iniciado o processo penal.

As medidas aplicadas antes de iniciada a ação penal, na forma do art. 98, I, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), e art. 76, da Lei 9.099 (BRASIL, 1995), nas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo², referem-se às composições civis por danos e às transações penais. Estas são medidas despenalizadoras e descarcerizadoras devidamente autorizadas pelo texto constitucional, pois afastadas de plano as pretensões punitivas estatais originais, quais sejam, a imposição de um juízo de culpabilidade³ e a consequência das penas de prisão e de multa, e também, sem a possibilidade de substituição ou conversão para penas privativas de liberdade (GRINOVER *et al.*, 1996, p. 18-20; CAPEZ, 2014, p. 428-429).

As medidas ainda são aplicadas após iniciada a ação penal e antes da instrução processual e da sentença, na hipótese da suspensão condicional do processo (BRASIL, Lei 9.099, art. 89, 1995) (BRASIL, 1995). São estabelecidas condições e algumas delas são verdadeiras medidas restritivas de direitos, como a proibição de frequentar determinados lugares.

A Lei 9.714/98 (BRASIL, 1998) impôs nova reforma ao Código Penal, inserindo novas hipóteses de penas alternativas e ainda ampliando de forma substancial as condições de tempo para a substituição da pena privativa de liberdade, na forma dos artigos 43 a 48 do Código Penal, ampliando para as penas aplicadas de até quatro anos, ao crime que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo.

A Lei 13.964 (BRASIL, 2019) instituiu o acordo de não persecução penal, incluindo o art. 28-A ao Código de Processo Penal, às hipóteses de não arquivamento das peças de investigação formal, em moldes assemelhados à transação penal, sem análise de juízo de culpabilidade, porém, de maneira mais ampla, e se cumprir, entre seus requisitos, os seguintes: investigado ter confessado os fatos circunstancialmente; infração penal sem violência ou grave ameaça; pena mínima cominada inferior a quatro anos, consideradas as causas de aumento e de diminuição, e com exceção dos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Regra geral, portanto, observando-se as normas acima, todas as contravenções penais e os crimes cominados com pena de até dois anos são considerados infrações de menor potencial ofensivo, e por isso, tendem a se resolver antes de iniciada a ação penal, por meio consensual. Os casos que envolvem crimes sem violência ou grave ameaça com pena mínima cominada em menos de quatro anos, poderão ser resolvidos antes de iniciada a ação penal, por meio de acordo de não persecução penal e aplicação de medidas alternativas. Os crimes que têm a pena mínima cominada em até um ano, depois de iniciada a ação penal, por meio de acordo e cumprimento de condições e medidas restritivas de direitos, resolvem-se sem a necessidade de uma sentença de mérito.

Por sua vez, os crimes com a aplicação da pena em concreto de até quatro anos, em julgamento de mérito da ação penal, podem ter as penas substituídas para penas alternativas, presentes os demais requisitos legais. Essa hipótese aplica-se, inclusive, aos casos que envolvem infrações de menor potencial ofensivo, acordo de não persecução penal, e depois

2 Art. 61, da lei 9.099/1995. "Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".

3 A aplicação da sanção não importa reincidência (art. 76, parágrafo 4º, da L. 9.099/1995), e não constará dos registros criminais, exceto para o efeito de impedir nova transação penal no prazo de 05 anos (art. 76, parágrafos 4º e 6º, da L. 9.099/1995).

de instaurada a ação penal, na suspensão condicional do processo, quando não houve acordo prévio ou no caso de o acusado não ter se apresentado ou ainda de não terem sido cumpridas e nem justificadas devidamente as condições. As condenações apenadas com até dois anos, envolvendo crime com violência ou grave ameaça, não substituída para pena alternativa, podem ser suspensas, por meio do instituto do *sursis* se presentes os demais requisitos, na forma do art. 77, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Assim, dadas as similaridades dos institutos discutidos, no contexto histórico da produção da norma, envolvendo a natureza dos delitos, os requisitos para concessão, e a forma de cumprimento, interpreta Gomes:

[...] o legislador, certamente, inspirou-se nos parâmetros do regime aberto para adotar o limite (de quatro anos) para a substituição. Antes, em relação aos crimes dolosos, o limite era “pena inferior a um ano”; depois da Lei 9.714/1998, “a pena não superior a quatro anos”. No fundo e muito singelamente o raciocínio foi certamente o seguinte: a pena de prisão até quatro anos, no Brasil, em geral, admite regime aberto, isto é, em regra não implica a prisão. Logo, antes de chegar na fase executiva da pena, preferível é a sua substituição. (GOMES, 2007, p. 783-784)

No regime aberto é traçado “um pacto de confiança recíproca ao estimular o binômio: responsabilidade-disciplina” (COSTA, 2016, p. 238). Baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 36, *caput*, 1940) (BRASIL, 1940).

A execução do regime aberto se dá na casa do albergado ou em outro estabelecimento adequado (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 33, parágrafo 1º, “c”, 1940) (BRASIL, 1940), mesmo que não se qualifique como casa do albergado, conforme aresto destacado mais abaixo, ou até em residência particular, nas hipóteses legais, quando se tratar de condenado nas seguintes condições: condenado maior de setenta anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e condenada gestante (BRASIL, LEI 7.210, art. 117, 1984) (BRASIL, 1984b).

São condições principais do regime aberto: o condenado trabalhar sem vigilância fora do estabelecimento penal, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e dias de folga (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 36, parágrafo 1º, 1940) (BRASIL, 1940). São ainda condições gerais e obrigatórias: 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 onde reside, sem autorização judicial; comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

A lei expõe que outras condições especiais poderão ser fixadas pelo juiz (BRASIL, LEI 7.210, art. 115, 1984) (BRASIL, 1984b), porém, precedente do Superior Tribunal de Justiça, não tem admitido a aplicação de penas alternativas com tal intuito (BRASIL, STJ, Súmula 493, 2012) (BRASIL, 2012b), com o fundamento de que tem naturezas autônomas, sendo que a pena alternativa visa substituir a pena privativa de liberdade e não se cumular. Deve-se atentar para um detalhe em tal aresto: todos seus precedentes referem-se à hipótese de cumulação de condições do regime aberto e cumulação com a pena alternativa específica da prestação de serviços à comunidade. Além disso, a interpretação foca nos conceitos formais, o que, como se mostrará mais adiante, tende a se alterar.

Por sua vez, as penas alternativas substitutivas, por todo o asseverado, são as que se prestam a proporcionar melhores condições para a harmônica integração social do condenado (BITENCOURT, 2007), pois “[...] busca humanizar o direito penal recorrendo a novas medidas que não o encarceramento; que pretende fazer da execução da pena a oportunidade para sugerir e suscitar valores, facilitando a resolução de conflitos pessoais do condenado [...]” (REALE JÚNIOR, 2013).

Dessa forma, também gera uma relação de confiança entre a pessoa condenada e o Estado, e baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade. É aplicada nas infrações penais de menor gravidade e considera obrigatoriamente a natureza do delito e as circunstâncias judiciais. Muitas interdições de direitos, o recolhimento domiciliar dos crimes ambientais e a limitação de fim de semana para fins de realização de cursos e estudos se assemelham às condições do regime aberto.

No entanto, as penas alternativas não impõem pernoite em estabelecimento específico, ou ainda prisão domiciliar nas hipóteses legais excepcionais (BRASIL, Lei 7.210, art. 117, 1984) (BRASIL, 1984b). Ainda, podem ser cumpridas em tempo menor que a pena privativa de liberdade aplicada, baseado no princípio do encerramento antecipado da pena, aplicável às hipóteses de substituição para pena pecuniária e/ou prestação de serviços à comunidade (BRASIL, CNJ, 2016, p. 19; BRASIL, CP, art. 46, parágrafo 4º, 1940; BRASIL, Lei 7.210, art. 148, 1984) (BRASIL, 1940, 1984b, 2016a, p. 19). De qualquer forma, ambas as medidas são mais brandas que o encarceramento, conforme exposto acima, e se baseiam em semelhantes fundamentos principiológicos, como supra esclarecido.

Os institutos divergem em relação ao tratamento no aspecto formal. O único elemento que a fez caracterizar pena privativa de liberdade no Brasil foi a necessária custódia da pessoa ao Estado, porém, apenas de forma parcial, durante a noite e nos dias de folga, como uma restritiva de liberdade, em um estabelecimento não semelhante ao cárcere, pois não constituído por celas. Tem regime próprio, pois deve estar separado dos demais estabelecimentos penitenciários, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga (BRASIL, Lei 7.210, art. 94, 1984) (BRASIL, 1984b). Durante as atividades fora do estabelecimento, não há vigilância. Dessa forma, encontra-se distante de sofrer os efeitos nefastos da prisão, conforme tratados pela doutrina (BARATTA, 2011, p. 178-180; FOUCAULT, 2009, p. 250-277; SHECAIRA, 2013, p. 302-303).

Outra relação intrigante nesse ponto é do estabelecimento do regime inicial de pena e do critério da suficiência para a substituição. Seus requisitos. O juiz utiliza dos dispositivos previstos no art. 33 e seus parágrafos e do art. 59, ambos do Código Penal, para estipular o regime inicial. Da mesma forma, utiliza dos artigos 44 e 59 da mesma lei e de suas bases principiológicas para analisar a possibilidade de substituição à pena alternativa. Em ambas as situações, substituindo-se a pena para alternativa ou fixando-se regime aberto, à pessoa condenada são esperadas senso de responsabilidade e autodisciplina (BRASIL, LEI 7.210, art. 114, II, 1984) (BRASIL, 1984b).

A primeira aparente contradição que pode ocorrer evidencia-se quando esse intérprete, nas hipóteses de penas aplicadas em até quatro anos, justifica a não substituição da pena diante do não cumprimento do critério da suficiência, ou seja, baseado nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, e, no entanto, fixa o regime inicial aberto, sem observar o mesmo dis-

positivo, violando-se o disposto no parágrafo 3º, do art. 33, bem como o próprio *caput* do art. 59, do estatuto penal brasileiro.

A segunda aparente contradição na interpretação da norma que pode ocorrer se dá na hipótese em inverso. Trata-se da situação em que foi aplicado regime de pena mais gravoso, semiaberto ou fechado, considerando-se a regra geral prevista nas alíneas do parágrafo 2º, do art. 33, do Código Penal e a regra específica presente no mesmo dispositivo legal, agora no parágrafo 3º, e mesmo assim foi substituída a pena para alternativa. Segundo a alínea “c”, do referido dispositivo, “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto”.

Essas contradições ocorrem frequentemente nos Tribunais. Em pesquisa empírica sob a coordenação deste autor em um dos Estados da Federação (GAGLIARDI, 2018, p. 223), demonstrou-se que em 59,4% das sentenças houve substituição da pena privativa de liberdade para pena alternativa; em 31,1% não houve a substituição, sendo mantida a pena privativa de liberdade; em 6,9% a pena foi suspensa (*sursis penal*); em 2,2% foi aplicada a pena alternativa como pena principal; e em 0,5% dos casos foi aplicada unicamente a pena de multa.

E mais. Analisando-se os regimes de penas aplicadas de acordo com as substituições para pena alternativa ou não e a aplicação de outras medidas ou penas alternativas ao cárcere, das penas não substituídas, em 58,4% o regime aplicado foi o aberto (aqui se encontra a primeira contradição), em 33,2% o semiaberto, e em 8,4% o regime fechado. Das penas suspensas (*sursis*), em 96,7% o regime fixado foi o aberto, e em 3,3% foi fixado o semiaberto (outra incoerência).

Atinentes às penas substituídas, em 95,6% o regime aplicado foi o aberto, em 4% o semiaberto (segunda contradição), e em 0,4% houve a aplicação de regime fechado (segunda contradição) (GAGLIARDI, 2018, p. 224). É que, regra geral, se o juiz considerou as circunstâncias judiciais negativas ou desfavoráveis ao condenado, e por isso aplicou regime de pena mais gravoso, seria pela mesma medida, imprópria a substituição à pena alternativa.

Assevere-se que algumas leis em vigor, desde o ano de 1990, no entanto, favoreciam essas contradições. A Lei 8.072/1990 determinava, a partir da alteração legislativa em 2007, em seu art. 2º, parágrafo 1º, que a pena por crime hediondo ou equiparado, seria cumprida inicialmente em regime fechado. Essa normatização abstrata poderia dar azo à segunda situação demonstrada contraditória, que representa a substituição de pena e a fixação de regime de pena inicialmente fechado. A lei 11.343/2006, por sua vez, por seus artigos 44 e 33, parágrafo 4º, vedava a conversão de suas penas em penas alternativas. Essa, por sua vez, compatibiliza-se com a hipótese colocada como primeira contradição, que representa a não substituição de pena e a fixação de regime aberto.

O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, STF, HC nº 111.840/ES, 2012; BRASIL, STF, HC nº 97.256/RS, 2010) (BRASIL, 2010b, 2012f) reconheceu a inconstitucionalidade difusa, e com efeitos *ex nunc*, dos dispositivos cominados em leis que determinavam, diante da gravidade do delito cominado abstratamente, a aplicação do regime inicial de pena sempre fechado, como ocorria com os crimes considerados hediondos, por descrição ou equiparação, como o tráfico de drogas, e ainda proibia a substituição para penas alternativas. A segunda hipótese teve a inconstitucionalidade concebida pelo Senado com relação ao tráfico de drogas privilegiado (BRASIL, SENADO, Resolução n. 5, 2012) (BRASIL, 2012a).

A Corte Suprema brasileira (BRASIL, STF, RHC 114865, 2013) (BRASIL, 2013) reconheceu que os requisitos de concessão de ambos os institutos são os mesmos: “[...] considerando que os requisitos para a conversão são os mesmos exigidos para a imposição do regime inicial de cumprimento, ou seja, a não reincidência e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o recorrente faz jus à benesse.” Ou seja, regra geral, pode-se dizer que em todas as hipóteses em que não couber a substituição para a pena alternativa, também não possibilitará a aplicação do regime aberto, e vice-versa. Isso abrange o tempo da pena e o critério da suficiência.

Uma situação, no entanto, de cunho excepcional, ocorre em dois patamares de interpretação da norma, com suporte na visão tradicional ou fundamentado na releitura dos requisitos legais para a substituição. Esta segunda visão está lastreada em interpretação sistemática constitucional, detalhadas em nosso estudo anterior (GAGLIARDI, 2019, p. 163-166), ao concluir pelo direito à substituição à pena alternativa em caso de condenações em crimes em que forem cominados institutos despenalizadores, independentemente dos requisitos limitadores previstos no Código Penal, inclusive da violência e grave ameaça à pessoa, gerando menor grau de encarceramento e privilegiando resoluções mais éticas e dignas.

O cenário que pode acarretar a maior discussão interpretativa ocorre exatamente quando há crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Considera-se significativo nesse quesito o *desvalor da ação* que gera o resultado material, traduzido em violência física (BITENCOURT, 2007, p. 482).

Na visão tradicional, em interpretação gramatical, o reconhecimento desse elemento gera a não substituição da pena, mas não influencia o regime de pena, que, se não houver outra influência, deve ser o aberto. E isso foi notado quando da análise de pesquisa empírica (GAGLIARDI, 2018, p. 228-229). O motivo técnico de maior incidência para os juízes não substituírem a pena privativa de liberdade para pena alternativa foi o critério da violência ou grave ameaça contra pessoa (44%).

Em nova leitura, segunda posição, por outro lado, a partir de todo o contexto histórico e de análise sistemática e interpretação conforme a Constituição, especialmente diante das demais alternativas penais supracitadas, tal contradição somente iria permanecer na hipótese de condenações com pena fixada entre mais de dois e até quatro anos, considerados crimes de rigor leve ou vistos como crimes comuns ou denominados de médio potencial ofensivo (CAPEZ, 2014, p. 431), e desde que a pena mínima cominada fosse superior a um ano, e em qualquer situação, os casos envolvendo crimes de lesão corporal praticada com violência doméstica contra a mulher.

Na pesquisa empírica já externada (GAGLIARDI, 2018, p. 233-234) verificou-se que em 38,2% das hipóteses de penas privativas de liberdade não substituídas por restritivas de direitos poderiam ser aplicadas alguma das medidas despenalizadoras previstas especialmente na L. 9.099/1995.

Realizando-se mais um esforço hermenêutico, defende-se que, excetuando a última hipótese (crimes de lesão corporal praticada com violência doméstica contra a mulher), em todas as demais, se estiverem presentes os requisitos para a substituição da pena privativa ou da imposição do regime aberto, o resultado deveria ser o mesmo. Ou as duas situações estão presentes ou nenhuma delas está. Não há sentido algum diferenciá-los quando da aplicação da pena.

A exceção, por sua vez, relacionada aos crimes de violência doméstica contra mulher, deve ter uma interpretação específica, a partir de todo o conjunto normativo. Neste aspecto, a Corte Suprema, em 09.02.2012, ao reconhecer a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41, da Lei 11.340/06, destacou “as particularidades que lhe são inerentes” e a “desigualdade de gênero”, merecendo a proteção diferenciada (STF, ADI 4.424 e da ADC 19, 2012) (BRASIL, 2012d). Nos casos envolvendo violência doméstica contra mulher, há um preceito expresso (art. 41, da Lei 11.340/2006) que afasta a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes, desenhado por rigorosos estudos científicos, que tornaram sólida a referida política criminal, sobretudo, baseado em seus princípios moduladores próprios (Lei 11.340/2006, artigos 1º. a 3º). A referida lei não afasta, por si só, por outro lado, a possibilidade de substituição da pena para restritiva de direito, embora, o STF realize a interpretação extensiva para proibir a referida substituição (BRASIL, STF, HC 137888/MS, 2017) (BRASIL, 2017). Impõe, conforme o art. 17 da Lei 11.340/2006, a vedação de aplicação de certas penas restritivas de direito, como a prestação pecuniária, a prestação inominada consistente em cestas básicas, e a multa isolada. Entendimento contrário é do STJ (BRASIL, Súmula 588, 2017) (BRASIL, 2017e).

Nessa situação, pode ser cabível na hipótese a suspensão condicional da pena, se a pena aplicada na sentença for de até dois anos. Esse instituto demonstra ser mais gravoso que a aplicação de penas alternativas, já que não se pode antecipar o seu fim, embora seus requisitos de aplicação quanto ao tempo sejam mais brandos, com exceção ao elemento violência ou grave ameaça. Se a pena tiver sido superior a dois anos ou a pessoa condenada não cumprir as condições, voltaria a cumprir a pena em regime aberto. E assim remanesce aberta a dicotomia.

O cumprimento da pena alternativa, ainda assim, é considerado mais brando e de menor caráter coercitivo quanto à restrição da liberdade e de direito do que as penas privativas de liberdade em regime aberto. Por outro prisma, analisando-se do ponto de vista pragmático, tendo em vista a notória falta de estruturação do Estado ao não criar e instalar as casas do albergado (NUCCI, 2008, p. 395), a fim de alojar a restrição da liberdade proposta, tornou-se de pouca eficácia no sentido do cumprimento dos fins da pena.

Diante de tal situação, para Reale Júnior (2013, p. 413) cabe ao juiz a tarefa de “verificar quais as exigências para a concessão da prisão albergue e a realidade de sua transformação em prisão domiciliar, e sopesar se seria o caso de optar pela aplicação das penas restritivas [...]”.

Sendo esta a realidade na maior parte das Comarcas, não havendo vaga em estabelecimento adequado, segundo precedente do plenário em repercussão geral da Corte Suprema (BRASIL, RE 641320, STF, 2016), deve basilar a decisão do juiz os seguintes parâmetros fixados, não sendo possível legalmente a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso:

[...] (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. (BRASIL, 2016e)

Referida decisão tem fundamento em interpretação conforme a Constituição, com base no princípio da legalidade e da proporcionalidade, e baseando suas disposições do art. 59 do

Código Penal, no sentido de que as penas não estejam tão aquém do *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. Vejam-se os fundamentos do aresto:

(iii) Penas restritivas de direito e/ou estudo. A princípio, a liberdade eletronicamente monitorada poderia ser aplicada aos regimes semiaberto e aberto. No entanto, seja para evitar a sobrecarga, seja para assegurar uma medida que melhor permita o cumprimento da pena e a ressocialização, podemos pensar em medidas alternativas mais eficientes para os sentenciados em regime aberto. Via de regra, se não há estabelecimentos adequados ao regime aberto, a melhor alternativa não é a prisão domiciliar, mas a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

Atualmente, as penas restritivas de direito são aplicáveis apenas de forma autônoma – art. 44 do CP. Não há progressão, no curso da execução penal, de uma pena privativa de liberdade para penas restritivas de direito.

No entanto, ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar.

De modo geral, não vislumbro boas razões para preferir manter o sentenciado que progride ao regime aberto em prisão domiciliar, em vez de impô-lhe penas alternativas. Se o sentenciado que já demonstrou ter condições para o regime aberto está disposto a prestar serviços a comunidade, por exemplo, não há razões para mantê-lo preso em casa.

As penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade, mesmo em regime aberto. Além disso, as penas alternativas dependem sempre de adesão do sentenciado que, recusando, poderá ser submetido ao encarceramento. Assim, a substituição não é vedada pela reserva de legalidade – art. 5º, XXXIX. Por outro lado, não será possível encaminhar todos os sentenciados para penas alternativas. O sentenciado ao regime aberto inicial que tem negada a substituição pelo juiz da ação penal, por não satisfazer os requisitos legais, não poderá ser beneficiado com a medida. (grifo nosso)

Dessa forma, foi reconhecida pela Suprema Corte brasileira certa equiparação das penas, medidas ou condições impostas no regime aberto com relação às penas alternativas, especialmente diante da evidente falta de estrutura de cumprimento de pena em regime aberto. Se tal execução deve ocorrer em estabelecimento tal, aparelhado de equipamentos suficientes, e gerido por profissionais habilitados, e nada disso há, faz-se necessário, com base na lei, buscar soluções ao cumprimento da pena.

O precedente gerou a súmula vinculante de enunciado 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.” (BRASIL, STF, 2016) (BRASIL, 2016f).

Este entendimento, de uma forma ou outra, acabou por se destoar do enunciado da súmula de jurisprudência nº 493 do STJ (BRASIL, STJ, 2012) (BRASIL, 2012b), que entende inadmissível a fixação de pena alternativa substitutiva como condição especial ao regime aberto, por suposto *bis in idem* entre a pena privativa de liberdade e a restritiva de direito. Essa posição foi criticada por gerar um antagonismo com a própria função da integração social (BREGA FILHO; BROOCKE, 2015, p. 650-653).

Embora os argumentos jurídicos sejam outros, baseado na falta de estrutura para o cumprimento da pena, originalmente prevista em lei, e de ser o recolhimento domiciliar apenas mais uma opção e mais gravosa, o que se propugna é o cumprimento de pena em regime aberto com a aplicação de penas alternativas, sem duplas penalizações, sem cumulação, como se fosse uma só pena, um só instrumento ou instituto.

Portanto, segundo a Corte Constitucional, não tendo a estrutura adequada, pode o juiz competente autorizar o cumprimento do regime aberto, impondo penas alternativas, inclusive da pena de prestação de serviços à comunidade, e, somente em último caso, compelindo a restrição ou ao recolhimento domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico.

Essa última possibilidade com o uso de monitoramento eletrônico, embora possa ser um meio de cumprimento de pena, ou mais propriamente, de fiscalização (controle social), além da provável estigmatização pelo uso da tornozeleira, não introduz, por si só, a pessoa condenada ao processo de inclusão social (SOUZA; CORREA; RESENDE, 2015, p. 226-231). Na verdade, pode ser um incentivo a sua exclusão (VASCONCELLOS, 2018, p. 413). Necessárias, portanto, em conjunto ou exclusivamente, o estabelecimento de medidas impostas ou dialogadas que possam encaminhar à inclusão social, (SÁ, 2015, p. 295-298).

Mais uma vez, interpreta-se por meio da regra de coerência e pela aplicação do critério da hierarquia, a fim de resolver as antinomias (BOBBIO, 2014, p. 94-95, p. 108-111), mesma aquelas que se traduzem em aparente antinomia imprópria teleológica (DINIZ, 2011, p. 503) por omissão legislativa, por revelar contradição da lei com a realidade e com a própria função da pena exposta pela lei de execução penal brasileira e com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal baseou-se na ausência de estrutura para o cumprimento da pena em regime aberto. Frise-se que essa omissão do Poder Executivo perdura há mais de quarenta anos.

Da conjuntura atual do que é regime prisional aberto, não há custódia pelo Estado da pessoa condenada. Não há privação de liberdade, o que gera evidente equívoco na nomenclatura. As condições e medidas impostas são assemelhadas às penas alternativas de interdições temporárias de direitos, limitação de fim de semana e recolhimento domiciliar.

A Lei 20.603/2012 do Chile, por exemplo, entende todas as medidas em que a pessoa condenada cumpre pena em liberdade, mesmo que parcial ou restrita, e não esteja em uma prisão ou custódia estatal, como penas substitutas ou penas alternativas ao cárcere, como, a remissão condicionada (espécie de suspensão condicional da pena), a reclusão parcial (espécie de recolhimento domiciliar parcial com monitoramento eletrônico), a liberdade vigiada e a liberdade vigiada intensiva (espécie de interdição de direitos de frequência a locais e horários, obrigatoriedade de participação de reabilitação clínica, de cumprir determinados programas de estudos ou trabalho, e ainda controlado por monitoramento eletrônico) (ECHEVERRÍA; PEILLARD, 2019).

Com os meios tecnológicos de acompanhamento e fiscalização, como o monitoramento eletrônico, e com a possibilidade de aplicação ou substituição para penas alternativas, o antigo e em desuso regime prisional aberto tornou-se totalmente inviável, seja do ponto de vista econômico e político seja como de qualquer outra função que a pena criminal possa conter, especialmente, a integração social.

De outra vertente, assevera-se que a substituição às penas alternativas demonstra mais vantagens à pessoa condenada, à vítima e à sociedade, pois além de ser pena mais humana (ECHEVERRÍA; PEILLARD; MORALES, 2017; REALE JÚNIOR, 2013), pois pensada nos adjetivos da integração e da pacificação social (SICA, 2002; ILANUD, 2006), inverte a responsabilidade do Estado para a pessoa condenada em satisfazer uma obrigação, dando-lhe oportunidade de praticar atos que possam demonstrar sua responsabilidade, em um processo proximal de interação recíproca (DINIZ; KOLLER, 2010, p. 68).

Seu uso é recomendado por significar menor reincidência frente àqueles que cumprem pena privativa de liberdade e trazem maior custo-benefício, frente a uma perspectiva de eficiência econômica com mais ou pelo menos iguais benefícios sociais (ECHEVERRÍA; PEILLARD; MORALES, 2017).

Daqui ressoa a proposta, por meio de alteração legislativa, de se extirpar o regime aberto das penas privativas de liberdade, pois não se trata de pena que priva a liberdade, diante da evidente ineficiência gerencial e ineficácia normativa. As penas restritivas de direitos passariam a ter a função do regime aberto, não mais substituindo a pena privativa de liberdade e sim sendo aplicada de forma direta, principal, como meio para o cumprimento das penas, nos casos mais brandos, conforme preceitos legais atuais, e também nas hipóteses de progressão, em novo modelo de regime aberto. Nesse espírito, por meio de alteração legislativa, um dispositivo poderia prever que aos crimes em que há grave ameaça e/ou violência contra a pessoa e que não se aplicassem os institutos despenalizadores e nem a suspensão condicional do processo, sejam fixados pelo menos o regime semiaberto, ou que penas alternativas mais rigorosas sejam impostas nesses casos.

Dessas interpretações, independente de inovação legislativa, várias consequências jurídicas necessariamente são geradas, nos momentos da aplicação da pena privativa de liberdade e sua substituição ou não à pena alternativa; da aplicação da pena alternativa ao cárcere, como pena principal e direta, na forma aplicada da atual pena privativa de liberdade em regime aberto; da progressão da pena; da conversão da pena alternativa em pena privativa de liberdade; da hipótese de regressão de pena privativa de liberdade; e ainda voltada à pessoa do condenado.

3. ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NOVA EXEGESE

As consequências jurídicas dessa nova interpretação são analisadas em duas perspectivas: envolvendo a junção dos institutos investigados e sua relação com a pessoa do condenado.

Na primeira perspectiva, muitas consequências jurídicas seriam recorrentes na hipótese de se compreender os institutos da pena privativa em regime aberto e das penas restritivas de direito como semelhantes, integrados ou justapostos um ao outro, porém, sem complementaridade. A análise que se propõe funda-se nos aspectos legais atualmente estabelecidos, e conforme duas lógicas na aplicação da pena alternativa. A primeira, como a própria pena em

regime aberto, sem cumulação e sem substituição (nova lógica), e a segunda, como meio de substituição da pena privativa de liberdade (lógica tradicional).

Como preceito primário, no momento da aplicação da pena, o intérprete deveria sempre relacionar os requisitos da aplicação do regime aberto e da substituição à pena alternativa. Somente haveria substituição se o regime de pena fosse o aberto.

Na hipótese de crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa, em que não se apliquem institutos despenalizadores, especialmente os previstos na Lei 9.099/1995, enquanto não advém mudança legislativa a fim de corrigir as incoerências do sistema penal, e se apliquem penas de até quatro anos e presentes os demais requisitos, deve ser imposto à pessoa condenada o regime aberto, aplicando-se diretamente penas alternativas mais rigorosas, conforme decisão da Corte Suprema com efeito de repercussão geral aos demais Tribunais e juízos. Mesma situação sucede se houver progressão de pena de regime mais rigoroso ao regime aberto, independente das demais condições próprias para a substituição às penas alternativas (BRASIL, CÓDIGO PENAL, art. 44, 1940) (BRASIL, 1940).

Se houver o descumprimento das penas alternativas, não justificados razoavelmente, duas situações poderiam ocorrer. Se advier de substituição de pena privativa de liberdade em regime aberto para pena alternativa, sobrevém o instituto da conversão de penas (BRASIL, CP, art. 44, parágrafo 4º, 1940) (BRASIL, 1940). Se for decorrente de descumprimento não justificado de pena alternativa aplicada como o próprio regime aberto, poderá haver a regressão de regime de pena (BRASIL, LEI 7.210, art. 118, 1984) (BRASIL, 1984b).

A Lei de Execução Penal traz alguns exemplos que configuram motivos para a conversão: não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido; ou desatender a intimação por edital nas hipóteses em que foi julgado à revelia, conforme precedente do STJ (BRASIL, RHC 58023/MG, 2015) (BRASIL, 2015); não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço ou cumprir as atividades determinadas; recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; praticar falta grave, na forma dos artigos 51 e 52 da Lei 7.210 (BRASIL, 1984b); sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa (BRASIL, Lei 7.210, art. 181, 1984) (BRASIL, 1984b), sendo as penas incompatíveis (BRASIL, CP, art. 44, parágrafo 5º, 1940; BRASIL, HC 317181/DF, 2016) (BRASIL, 1940, 2016b).

A conversão da pena alternativa substituída se dá para o regime fixado na sentença, o aberto, e, por falta de estrutura, gera a possibilidade da imposição de novas penas alternativas, por força do precedente com repercussão geral da Corte Suprema, agora dentro da nova lógica, como próprio regime aberto, no entanto, com a imposição de penas alternativas mais gravosas, a fim de privilegiar a coercibilidade mínima (princípio da suficiência), também reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina. Essa alteração de cumprimento de pena não ocorre mais por regra de conversão (substituição) e sim como meio de cumprimento de pena mais branda que a referida privativa de liberdade, executada como pena substitutiva, diante das escassas condições materiais do Estado.

Se assim não se entender, há a possibilidade de cada vez mais haver juízos artificiais na fixação de regime inicial de pena, gerando contradições, como já explanado, e de se estabelecer um sistema de penas sem coesão, e sem força coativa suficiente, em total dissonância à inteligência do art. 44, parágrafo 4º, do Código Penal (BRASIL, 1940).

De qualquer forma, a conversão ao regime aberto ou sua posterior regressão ao regime mais gravoso (semiaberto ou fechado) deve observar os adágios dos princípios da preponderância e da alterabilidade das penas alternativas (GAGLIARDI, 2018, p. 74-77), de acordo com os itens 14.3 e 14.4 das Regras de Tóquio (BRASIL, CNJ, 2016, p. 20) (BRASIL, 2016a), e observando-se o disposto no art. 148 da Lei 7.210 (BRASIL, 1984b) em conjunto com o art. 59 do Código Penal, em sua parte final.

Em outras palavras, deve-se entender a conversão da pena alternativa como última alternativa, ou seja, somente se não existirem outra solução alternativa e adequada para o fim de reprovação e prevenção do delito. Gomes (2007, p. 798) entende que o legislador deveria ter previsto outras medidas alternativas, a fim de garantir que a prisão fosse à última a ser utilizada.

Quer dizer que mesmo que haja a violação e descumprimento injustificado da pena alternativa anteriormente fixada, ao juiz competente cabe avaliar se caberia a aplicação de outra pena alternativa, com tendência mais rigorosa, a fim de garantir acatados os princípios da preponderância e da necessidade e suficiência da pena alternativa, com a qualidade de ser possível de ser satisfeita pela pessoa condenada, considerando as justificativas por ele apresentadas.

Acerca da segunda perspectiva, há certa celeuma doutrinária e jurisprudencial de ser ou não direito subjetivo da pessoa condenada ou de ser ato discricionário do juiz a substituição de pena privativa de liberdade para pena alternativa, e demais questões correlacionadas.

Parte da doutrina e a jurisprudência, regra geral, não tratam esse instrumento alternativo à prisão como direito subjetivo da pessoa condenada, mas sim dentro do campo da discricionariedade judicial vinculada. O antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por exemplo, decidiu que “inexiste direito subjetivo do réu à substituição da pena privativa de liberdade pela pecuniária, devendo o Juiz examinar, em cada caso, a possibilidade de operar-se ou não essa troca, pois inequívoco o benefício conferido ao réu quando ela se mostra viável” (SÃO PAULO, TACRIM, RJDTACRIM 21/251 apud MIRABETE, 2002). Mirabete (2002, p. 557), no mesmo sentido, defende que a substituição não é um direito subjetivo do sentenciado e sim uma faculdade de aplicação do magistrado, pois, além de *cabível*, na forma do art. 44, do Código Penal, *necessário ser suficiente* para os critérios de reprovação e de prevenção, como expõe o art. 59, do mesmo estatuto legal. Mesma posição tem Prado (2013, p. 691). Reale Júnior (2013, p. 378) defende que o juiz tem poder discricionário para substituir a pena, bem como na escolha das penas alternativas a serem aplicadas.

Por outro lado, o próprio STJ (BRASIL, HC 108930/RJ, 2010) (BRASIL, 2010a) reconheceu como direito subjetivo do condenado a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, desde que preencha os requisitos do art. 44 do Código Penal, esclarecendo, no entanto, que o tipo de sanção alternativa a ser cumprida depende da avaliação do juízo, não sendo faculdade do réu. Ambos os Tribunais Superiores brasileiros reconheceram que, satisfeitos os critérios legais objetivos e subjetivos, na hipótese da figura típica do tráfico de drogas privilegiado, deve ser substituída a pena para alternativa, estando reconhecido, portanto, que há um direito subjetivo (BRASIL, STF, HC 110248/MS, 2012; HC 138160/SP, 2016; STJ, AgRg no REsp 1365150 / MG, 2017) (BRASIL, 2012e, 2016d, 2017b).

Precedentes jurisprudenciais não reconheceram como direitos subjetivos da pessoa condenada às seguintes disposições: a escolha de regime de pena (BRASIL, STF, RHC 80919/

SP, 2001) (BRASIL, 2001b), a possibilidade de escolher entre a manutenção da pena privativa de liberdade em regime aberto e a pena alternativa (BRASIL, STJ, REsp 1524484/PE, 2016) (BRASIL, 2016c), e a escolha entre as espécies de penas alternativas (TOCANTINS, TJTO, AP 0012747-67.2014.827.0000, 2015) (TOCANTINS, 2015).

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em seu voto no Recurso Especial nº. 1.524.484/PE, descreveu:

O art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal apenas estabelece que o condenado não reincidente, condenado a pena igual ou inferior a 4 anos poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Referido dispositivo legal não traça qualquer direito subjetivo do condenado quanto à escolha entre a sanção alternativa e a pena privativa de liberdade, que é a tese sustentada no recurso. [...]. A escolha da pena e do regime prisional, bem como do preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal insere-se no campo da discricionariedade vinculada do magistrado. (BRASIL, STJ, 2016, p. 4-5) (BRASIL, 2016c).

Esse esforço intelectual do juiz à individualização à sanção penal é reconhecido como “discricionariedade juridicamente vinculada” (JESCHECK apud PRADO, 2013, p. 728; NUCCI, 2008, p. 428). A jurisprudência também comumente utiliza o mesmo termo.

Mas o que são os direitos públicos subjetivos?

Ferraz Jr. (2015, p. 119-120) caracteriza o direito subjetivo como “a posição de um sujeito numa situação comunicativa, que se vê dotado de faculdades jurídicas (modos de interagir) que o titular pode fazer valer mediante procedimentos garantidos por normas”.

Caracteriza-se o direito subjetivo por ser um atributo da pessoa, um poder, faculdade ou domínio da vontade de forma juridicamente protegida. A teoria eclética que fundiu as teorias da vontade (teorias do sujeito) e do interesse jurídico estabelece que além da vontade do sujeito reconhecida pelo ordenamento jurídico importa o interesse jurídico dele (FERRAZ JR., 2015, p. 106, 114-115). No mesmo sentido:

Jellinek achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. Nem o interesse só, tampouco apenas a vontade, nos dão o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo. O conceito de direito subjetivo implica a conjugação desses dois elementos, motivo pelo qual ele dizia: direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer (REALE, 2002, p. 255).

Portanto, requer a presença de alguns elementos estruturais: o agente (sujeito titular de um direito, capacidade e competência), o conteúdo (obrigação e responsabilidade), o objeto do direito (bem protegido), e a relação jurídica (normas de conduta e normas de competência). (FERRAZ JR., 2015, p. 116-120, 129-134).

Sobre as perspectivas das relações jurídicas, normas de conduta “estabelecem obrigações, proibições, faculdades e impõem sanções”. Tratam de relações de coordenação entre os agentes, baseadas na igualdade. “Normas de competência configuram poderes, os delimitam, limitam seu exercício e preveem nulidade quando descumpridas.” Nestas, as relações são de subordinação, de diferença entre os agentes (FERRAZ JR., 2015, p. 132-134). As relações jurídicas que circundam a aplicação da pena alternativa desenvolvem-se por normas de competência e relações de subordinação.

O direito público subjetivo envolve o Estado e suas relações com os cidadãos. Define-se como um mecanismo de defesa contra abusos do poder estatal na esfera individual e social, e se constitui um meio de proteção. Essa defesa deve abranger todas as formas de Poder, religioso, político ou econômico, ainda mais potencializadas pelo progresso tecnológico (BOBBIO, 2004, p. 58, 209-210).

Para Bobbio (2004, p. 58), “no Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos”. Ou seja, o sujeito passivo, representante estatal, em uma situação inversa, na hipótese o juiz, tem o dever de cumprir a norma jurídica, como direito de seu titular, o cidadão, mesmo que seja o direito de lhe ser imposto uma pena menos rigorosa.

O direito público subjetivo, portanto, consiste em instituto que põe o seu titular (cidadão) em situação dotada de determinadas “faculdades jurídicas” que são garantidas através de normas.

Porém, esse direito discutido que ora se coloca em análise é limitado pela própria norma de execução penal. A *faculdade* que é garantida a pessoa condenada não significa *opção* de não querer essa pena ou *direito de dispor* dela, no sentido de *capacidade de decidir ou escolher* ou *poder de efetuar ou não*, pois, como se detalhou acima, trata-se de norma de competência.

A sanção negativa e a pena como consequência dela é uma obrigação, uma imposição estatal. Não se trata de direito e sim de dever. O fato de haver um direito subjetivo à pessoa condenada seria controverso, pois se para a teoria eclética há a necessidade de conjugação da vontade do titular do direito e de seu interesse jurídico, uma coisa não existe sem a outra. Explica-se. Como pode existir um direito subjetivo a uma pena? Daí a contradição. O que se pode entender, concluindo, é que não há direito subjetivo do réu em certa pena ou condição, pois isso lhe é um dever imposto, como consequência por um ato anterior (sanção).

Há direito público subjetivo à substituição de uma pena mais gravosa e abusiva, encarceradora para uma pena alternativa, não diante apenas da vontade do sujeito, mas também de seu interesse jurídico e da sociedade. Por isso, na hipótese que se coloca, há um direito da pessoa condenada, mas de uma só via. Não há mão dupla, já que não há o direito de não ter a pena substituída, se presentes os requisitos legais para a substituição (BRASIL, STJ, REsp 1524484/PE, 2016) (BRASIL, 2016c). Tanto é que estando presentes os requisitos legais *deve* o juiz substituir a pena, como obrigação legal da autoridade, sob pena de nulidade do ato. Não há campo para discricionariedade judicial, conforme a conveniência e oportunidade. Em cada caso em concreto deve ser observada a necessidade e suficiência da pena para a reprovação e a prevenção do delito, que envolvem a culpabilidade, a proporcionalidade, a igualdade e a justiça.

Para não fazer a substituição da pena, deve o juiz apresentar os argumentos, em um juízo de interpretação com base nas normas jurídicas postas, fundamentando sua decisão (BRASIL, CF, art. 93, IX). A necessidade da motivação das decisões judiciais é consectário do direito fundamental à garantia do devido processo legal (BRASIL, CF, art. 5º, LIV). Dentro desse contexto, nasce o direito público subjetivo da pessoa condenada em exigir a substituição, caso não tenha ocorrido e se a norma assim descrever.

Por sua vez, dois conceitos sobressaem quando se discute ato discricionário. O primeiro, fruto da tradicional tese de direito administrativo, “é o que o direito concede à Administração,

de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo” (MEIRELLES, 2014, p. 133). O segundo decorre a partir de nova visão de discricionariedade, envolvendo além do mérito administrativo, também, o tema da inteligência dos “conceitos vagos, imprecisos, elásticos, fluidos, indeterminados, práticos”, caracterizados como “plurissignificativos”, “pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade”. (MELLO, 2011, p. 974-976).

Segundo vários autores, processualistas, o fato de o juiz ter certa margem de liberdade em decidir não significa que está livre para realizar escolhas, conforme a conveniência e oportunidade, como as têm o administrador público. O juiz decide dentro de um juízo de interpretação das normas jurídicas (LOPES, 2008, p. 94-97; GÓES, 2008, p. 87-93; GUIMARÃES, 2008, p. 99-101; CRAMER, 2008, p. 107-113).

Mesmo quando há conceito jurídico indeterminado, a sua interpretação não se confunde com ato discricionário. Neste, não há atividade interpretativa. O que há são escolhas livres de qualificação jurídica. Os critérios de escolha extraem-se de “circunstâncias fáticas que denotam a conveniência e oportunidade da situação que se apresenta. [...] A interpretação resulta como consequência na liberdade do intérprete nas escolhas entre as possíveis soluções corretas [...]” (GÓES, 2008, p. 89), dentre as previstas em lei, e mais justas no caso em concreto (LOPES, 2008, p. 95). A interpretação, como enfatiza Lopes, segue critérios e técnicas, mas sempre analisando o próprio sistema normativo.

A discricionariedade judicial em um nível subsidiário, como exceção, pode existir, mas sempre com a autorização legal (GÓES, 2008, p. 90-91; CRAMER, 2008, p. 113).

Na primeira hipótese colocada em discussão, se a pessoa condenada tem o direito de exigir a substituição da pena, satisfeitos os requisitos legais, a resposta deve ser positiva. Não há, no caso, poder discricionário judicial ou opção livre. O que há, é uma ação interpretativa do juiz e não “espaços para escolhas não qualificadas no mundo jurídico”, como juízo de oportunidade e conveniência (GÓES, 2008, p. 92).

Mesmo diante de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, como “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59, *caput*, 1940) (BRASIL, 1940), e “harmônica integração social do condenado” (Lei 7.210, art. 1º, 1984) (BRASIL, 1984b), deve o juiz socorrer-se de princípios e regras jurídicos em um exercício de interpretação. A própria lei determina no *caput* do art. 59, primeira parte, assim como o fez no art. 44, III, ambos do Código Penal, quando descreveu como um dos requisitos para a substituição, quais os fundamentos que o juiz deve ter para realizar a substituição e ainda para escolher as penas mais aptas dentre as opções legais. E eles devem se basear no juízo de subsunção da norma com o caso em concreto, relacionado à avaliação das circunstâncias judiciais previstas em lei.

Com relação à hipótese concernente à fixação do regime de pena, como exemplo, da mesma forma, está presente o direito público subjetivo da pessoa condenada. Embora a jurisprudência, regra geral, possa não reconhecer expressamente (BRASIL, STF, RHC 80919/SP, 2001) (BRASIL, 2001b), são muitos os casos de reforma de sentença alterando o regime de pena (BRASIL, STJ, REsp 1687995/TO, 2017) (BRASIL, 2017d).

Por fim, relativo aos casos de possibilidade de a pessoa condenada escolher entre a manutenção da pena privativa de liberdade em regime aberto para excluir a pena alternativa, e na escolha entre as espécies de penas alternativas a serem aplicadas, conclui-se que não há

direito público subjetivo da pessoa condenada, pois se trata de um aspecto da sanção como dever imposto, que ainda assim deve ser motivada, a partir das opções legais, conforme precedentes (BRASIL, STJ, REsp 1524484/PE, 2016) (BRASIL, 2016c) e (BRASIL, STJ, HC 108930/RJ, 2010; STJ, HC 386785/SC, 2017; STJ, AREsp 977656/SP, 2017) (BRASIL, 2010a, 2017c, 2017a), respectivamente, bem como ancorado nas lições dos autores acima citados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As leis brasileiras editadas em momentos diversos sobre medidas e penas criminais em liberdade parcial ou restrita, sem a custódia estatal, alternativas ao cárcere, a partir de políticas desconformes, impuseram várias incoerências ao sistema penal, que geram ineficiência gerencial e ineficácia normativa, com consequências jurídicas desastrosas e efeitos desiguais na aplicação da norma na seara pragmática, conforme se demonstrou quando das análises da dogmática penal, de suas consequências jurídicas e fáticas.

Como resposta a esta situação e decorrente de omissão executiva e depois legislativa, a partir de uma interpretação lógica, sistemática e especialmente conforme a Constituição, da decisão paradigmática exarada pela Corte Suprema, em 2016, e das várias contradições visualizadas nos achados teóricos e pragmáticos, compreende-se que a pena privativa de liberdade em regime aberto deveria ser extirpada do sistema jurídico nacional, por ter se demonstrado inviável e contraditória em si.

Por sua vez, preservar-se-ia a pena restritiva de direito, na categoria de pena principal, não mais substitutiva, como meio para o cumprimento da pena criminal nos casos mais brandos, conforme preceitos legais atuais, e também nas hipóteses de progressão de regime de pena, em novo modelo lógico de regime aberto, melhor denominado modelo de pena criminal em liberdade e sem a custódia estatal. Restariam dois regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade: fechado e semiaberto. Nesse diapasão, um dispositivo legal poderia prever que ao condenado por crime em que há grave ameaça e/ou violência contra a pessoa e que não se aplicasse os institutos despenalizadores, fosse fixado pelo menos o regime semiaberto, ou que penas alternativas mais rigorosas sejam impostas nesses casos.

Enquanto isso não desponta no horizonte legislativo, no campo da hermenêutica jurídica, em uma primeira perspectiva, cabe reconhecer a similaridade entre os institutos do regime aberto da pena privativa de liberdade e da substituição da pena privativa de liberdade à pena restritiva de direito, baseados na natureza dos delitos, nos requisitos para concessão, na forma de cumprimento e nos aspectos subjetivos envolvendo a pessoa condenada, e a necessidade de integração entre eles.

A aplicação da pena restritiva de direito, por sua vez, deve ser privilegiada sobre aquela, especialmente pela falta de total estrutura, mas também, diante da inviabilidade política e financeira do desenvolvimento de tal arranjo. Além disso, a pena restritiva de direito compreende-se como espécie de penalização que está mais próxima de resolver conflitos, de gerar um processo de interação recíproca entre os envolvidos e, diversamente da pena priva-

tiva de liberdade, pensada em teoria própria, distinta da racionalidade do cárcere e da violência punitiva.

Como consequência desta interpretação, caberia ao operador do direito sempre relacionar os requisitos da aplicação do regime aberto e da substituição à pena restritiva de direito. Nestes termos, como preceito essencial, sempre haveria substituição se o regime de pena fosse o aberto, exceto nas hipóteses de crimes praticados com grave ameaça ou violência à pessoa em que não se apliquem institutos despenalizadores, especialmente os previstos na Lei 9.099/1995. Ainda assim, na atual dogmática, o regime fixado seria o aberto se a pena definitiva for de até quatro anos e presentes os demais requisitos legais.

Por conseguinte, conviria se compreender as duas formas lógicas da aplicação da pena alternativa: a primeira consideraria a pena restritiva de direito não mais como uma alternativa à pena privativa de liberdade, uma substituição, mas como a pena principal; e a segunda, como tradicionalmente é aplicada, como meio de substituição da pena privativa de liberdade. Como resultado disso, em todas as hipóteses em que for fixado inicialmente o regime aberto e não for caso de substituição à pena restritiva de direito, e nas hipóteses de progressão de pena privativa de liberdade ao regime aberto, caberia a primeira forma.

Decorrente do descumprimento das penas restritivas de direito, conforme as regras atuais, as consequências seriam, no primeiro caso, a regressão de regime de pena para um mais gravoso, e no segundo, a conversão da pena para o regime aberto, passando-se a funcionar como a primeira forma lógica. Em qualquer caso, conversão ou regressão, pressupõe-se antes avaliar se caberia a aplicação de outra pena restritiva de direito, com tendência mais rigorosa, a fim de garantir o acatamento dos princípios da preponderância e da necessidade e suficiência da pena alternativa.

Em uma segunda perspectiva como consequência jurídica desta análise, relativo à possibilidade de a pessoa condenada escolher entre a manutenção da pena privativa de liberdade em regime aberto para excluir a pena restritiva de direito, e na escolha entre as espécies de penas restritivas de direito a serem aplicadas, entende-se que não há esse direito público subjetivo, pois se trata de um aspecto da sanção como dever imposto, que ainda assim deve ser motivada, a partir das opções legais, conforme precedentes. O que se pode entender, concluindo, é que há direito público subjetivo à substituição de uma pena mais gravosa e abusiva, encarceradora para penas restritivas de direito, não diante apenas da vontade do sujeito, mas também de seu interesse jurídico e da sociedade. Presentes os requisitos legais, deve o juiz substituir a pena, como obrigação legal da autoridade, sob pena de nulidade do ato. Não há campo para discricionariedade judicial, conforme a conveniência e oportunidade. Para não fazer a substituição da pena, deve o juiz apresentar os argumentos, em um juízo de interpretação, com base nas normas jurídicas postas, fundamentando sua decisão.

De forma derradeira, ao dispor sobre os novos caminhos do regime prisional denominado aberto, o texto deixa de transpassar a linguagem de encarceramento transmudando-se para um conceito em que as penas criminais para os casos mais brandos passam a se reger por outro paradigma, da restrição de direitos, sem a custódia estatal. Cabe ao legislador e depois ao juiz e demais operadores do direito refletirem sobre a possibilidade de assegurar um sistema criminal coerente, de linguagem tangível aos cidadãos e que pressuponha dignidade e igualdade na aplicação de penas, evitando, de um lado, a impunidade e, de outro, a banalização.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídica*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio - regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*. Brasília, DF: CNJ, 2016a. 24 p. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. Constituição, 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2848, 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 6416, 24 de maio de 1977*. Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688), e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6416.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 7.209, 11 de julho de 1984*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1984a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 1 fev. 2020.
- BRASIL. *Lei 7.210, 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7210.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 9.099, 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 9714, 25 de novembro de 1998*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 10259, 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 11313, 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11313.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.
- BRASIL. *Lei 11340, 07 de agosto de 2006*. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da CF, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência

da República, 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 11343, 28 de junho de 2006*. Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2º da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2006c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. *Lei 13.964, 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 01 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Resolução nº 5, 15 de fevereiro de 2012*. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da CF, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Brasília, DF: Senado Federal, 2012a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Congresso/RSF-05-2012.htm. Acesso em 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 977656/SP (2016/0233252-3)*. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 3 de fevereiro de 2017a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=977656.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental em Recurso Especial nº 1365150/MG*. Relator: Min. Jorge Mussi, 8 de agosto de 2017b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1365150&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *HC nº 108930*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 13 de abril de 2010a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=108930&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 386785*. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 4 de agosto de 2017c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=386785.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *Habeas Corpus nº 317181/DF*. Relator: Min. Antônio Saldanha Palheiro, 27 de setembro de 2016b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000052240%27>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *Recurso Ordinário de Habeas Corpus nº 58023/MG*. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@docn=%27000079971%27>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *Recurso Especial nº 1524484/PE*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 17 de maio de 2016c. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1524484&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *Recurso Especial nº 1687955/TO*. Relator: Min. Sebastião Reis Junior, 7 de novembro de 2017d. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1687955&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Seção). *Súmula nº 493*. É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto. 8 de agosto de 2012b. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27493%27\)](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27493%27)). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 588*. A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 13 de setembro de 2017e. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=588&b=SUMU&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de fevereiro de 2012c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000232843&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de fevereiro de 2012d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 97256/RS*. Relator: Min. Ayres Britto, 1 de setembro de 2010b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000164120&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Habeas Corpus nº 110248/MS*. Relator: Min. Celso de Melo, 27 de março de 2012e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28110248%2E%2E+OU+110248%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc4qgreg>. Acesso em: 22 nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 111840*. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de junho de 2012f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=249&dataPublicacaoDj=17/12/2013&incidente=4187084&codCapitulo=5&numMateria=196&codMateria=1>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Habeas Corpus nº 138160/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 6 de dezembro de 2016d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28138160%2E%2E+OU+138160%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ydcv98ff>. Acesso em: 13 mar. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 139717/SC*. Relator: Min. Dias Toffoli, 9 de março de 2017f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28139717%2E%2E+OU+139717%2EDMS%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ydcoux4ol>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 641320*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de maio de 2016e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000313908&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 80919/SP*. Relator: Min. Nelson Jobim, 12 de junho de 2001b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880919%2E%2E+OU+80919%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jy48bjd>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 114865*. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de março de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203073&base=baseAcordaos>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 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. 29 de junho de 2016f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BREGA FILHO, Vladimir; BROOCKE, Alexandre M. van der. Serviço público comunitário como condição especial do regime aberto. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 66, p. 641-659, jan./jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. I.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE - CEPAL. *Gestión de programas sociales en América Latina*. Santiago de Chile: Cepal, 1998. v. 1. (Série Políticas Sociales, 25). Disponível em: <http://www.cepal.org/pt-br/node/22600>. Acesso em: 8 maio 2017.

COSTA, Álvaro Mavrink. *Execução penal*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (ed.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 107-114.

- DINIZ, Eva; KOLLER, Silvia Helena. O afeto como um processo de desenvolvimento ecológico. *Educar*, Curitiba, n. 36, p. 65-76, 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602010000100006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 11 dez. 2019.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ECHEVERRÍA, Sebastián Salinero; PEILLARD, Ana María Morales. Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n. 52, jul. 2019.
- ECHEVERRÍA, Sebastián Salinero; PEILLARD, Ana María Morales; MORALES, Álvaro Castro. Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana. *Revista Política Criminal*, Santiago, v. 12, n. 24, dez. 2017.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- GAGLIARDI, Ricardo. *Microsistema de penas criminais alternativas nas comarcas de menor porte do Estado do Tocantins*: diagnóstico, tendências e proposições. 2018. 402 f. Dissertação (Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) - Universidade Federal do Tocantins, 2018.
- GAGLIARDI, Ricardo. Penas restritivas de direito: reinterpretação jurídica dos requisitos para a sua aplicação. In: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019, Belém. *Anais [...]*. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2019. p. 151-171.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Ed.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 87-93.
- GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. II.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais*: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A (im)possibilidade de discricionariedade judicial na inscrição do Magistrado no sistema *Bacen-Jud*. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Ed.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 99-106.
- ILANUD. Instituto Latino Americano das Nações Unidas Para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. *Levantamento Nacional sobre Execução de Penas Alternativas*: Relatório Final de Pesquisa. 2006. 286 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Tribunal/Downloads/penasAlternativasILANUDcompleto.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *A Aplicação de penas e medidas alternativas*: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: Secretaria de Assuntos Estratégicos: Livraria do Ipea, 2015. 100 p. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7517>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Ed.). *Os Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008. p. 94-98.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Execução penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral - parte especial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Fabiana Costa et al. Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação. *Boletim Científico*, [S. l.], p. 53-67, jan./mar. 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso de. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Rafaelle Lopes; CORREA, Marina A. P. da C.; RESENDE, Juliana Marques. A monitoração eletrônica de presos no regime aberto e a inclusão no mercado de trabalho. *Argumentum*. Vitória, v. 7, n. 1, p. 221-233, jan./jun. 2015.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça. (1. Turma). *Apelação nº 0012747-67.2014.827.0000*. Relatora: Juíza Adelina Gurak, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjto.jus.br/consulta?q=001274767.2014.827.0000>. Acesso em: 20 abr. 2018.

VASCONCELLOS, Patrícia Mara Cabral de; SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de. Semiaberto na domiciliar monitorada eletronicamente em Rondônia: o panóptico contemporâneo. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 01, p. 394-416, 2018.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 26/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 26/09/2020
- Avaliação 1: 13/10/2020
- Avaliação 2: 25/04/2021
- Decisão editorial preliminar: 26/04/2021
- Retorno rodada de correções: 04/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 04/06/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2