

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Fernanda Portela de Oliveira

PRISÃO DOMICILIAR NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

da (im)possibilidade de se alargar as hipóteses do artigo 117 da LEP.

Porto Alegre

2012

Fernanda Portela de Oliveira

PRISÃO DOMICILIAR NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

da (im)possibilidade de se alargar as hipóteses do artigo 117 da LEP.

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Orientador: Prof. Danilo Knijnik
Coorientadora: Prof.^a Raquel Scalcon

Porto Alegre

2012

FERNANDA PORTELA DE OLIVEIRA

PRISÃO DOMICILIAR NA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:

da (im)possibilidade de se alargar as hipóteses do artigo 117 da LEP.

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado como requisito parcial para a colação de grau no Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Aprovada em _____ de _____ de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Doutor Danilo Knijnik
Orientador

Prof. Doutor Odone Sanguiné

Prof. Me. Marcus Vinicius Aguiar Macedo

Dedico este trabalho a Deus, pelos caminhos que vem iluminando;

Aos meus pais João e Nilza, sempre tão presentes na minha vida, com sábios conselhos, dedicação e por terem me incentivado tanto a buscar e a lutar pelo conhecimento;

As minhas irmãs, Milena e Caroline, pelo colorido da vida, o que inclui alguns tons de cinza que são compensados com muitos arco-íris;

Aos amigos, meus companheiros de cafés, almoços e jantas sempre animadas, capazes de fazer feliz só por ter tido o privilégio de conhecê-los;

A outros tantos, que mesmo distantes participam da minha história;

Obrigada a todos vocês, por levarem um pouquinho de mim e deixarem um pouquinho de si em todos os momentos da minha vida

Não existe princípio do qual não possam abusar as paixões humanas. Mas este perigo é evidentemente mais grave em um princípio que não possua em si mesmo os próprios limites, e é muito menor em uma fórmula que ao mesmo tempo atribui o poder e circunscreve seus limites, como é aquela da tutela jurídica.
(Francesco Carrara, 1957)

RESUMO

A presente monografia se propõe a traçar os principais fundamentos acerca da divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a possibilidade ou impossibilidade de estender as hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar, previstas no art. 117 da LEP, ao condenado à pena privativa de liberdade em regime diverso do aberto, bem como nos casos de absoluta inexistência de Casa do Albergado ou ausência de vagas nos estabelecimentos penais adequados. Com intuito de alcançar o fim a que se destina, partiu-se de uma análise teórica sobre os principais institutos da execução penal, dentre estes, seus princípios informadores, a pena, as suas teorias, a finalidade da execução, os regimes da pena privativa de liberdade, os estabelecimentos penais, culminando tudo no exame do tema ora proposto: prisão domiciliar. Então, buscou-se analisar as hipóteses autorizadoras da medida e sua concessão fora das hipóteses legais. Os resultados obtidos apontaram que, embora o princípio da legalidade seja um dos princípios basilares de todo o sistema penal, as hipóteses contidas no artigo supramencionado vêm sendo alargadas para atender a outro princípio, com igual relevância e valor, o da humanidade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Domiciliar. Hipóteses Autorizadoras da Prisão Domiciliar. Lei de Execução penal Art. 17.

ABSTRACT

This paper proposes to trace the main fundamentals that concerns to the doctrinal and jurisprudential disagreement about the possibility or impossibility to extend the house arrest allowed hypotheses, under LEP art. 117, to the convicted to custodial sentence under other than open regimen, as well as in cases of absolute inexistence of House Housed or absence of vacancies in appropriated prisons. In order to achieve the purpose for which it is intended, we begin from a theoretical analysis about the main institutes of criminal enforcement, among them, its informing principles, the sentence, its theories, the enforcement purpose, the custodial sentence regimens, prisons, all culminating in the examination of the proposed theme: house arrest. This paper, then, sought to examine the allowing hypotheses of the measure and its concession out from legal hypotheses. The obtained results pointed that, although the principle of legality is one of the primary principles of the entire criminal system, the hypotheses contained in the above article have been extended to give effect to another principle, with equal relevance and value, the principle of humanity.

Key-words: House arrest. House arrest allowed hypotheses. LEP art. 117.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 O PODER PUNITIVO ESTATAL E A RESSOCIALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL	10
1.1 O SURGIMENTO DAS SANÇÕES: BREVE APANHADO SOBRE A HISTÓRIA DA PENA.....	10
1.2 PODER PUNITIVO	15
1.3 RESSOCIALIZAÇÃO COMO FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL.	20
2 INTRODUÇÃO À EXECUÇÃO PENAL	29
2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EXECUÇÃO PENAL	29
2.2 O EXEQUENTE E O EXECUTADO	37
2.3 DIREITOS NÃO ATINGIDOS DO RECLUSO.....	42
2.4 DESVIO E EXCESSO DE EXECUÇÃO.....	45
2.5 REGIMES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS ADEQUADOS.....	48
3 PRISÃO DOMICILIAR	52
3.1 SURGIMENTO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	52
3.2 HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA PRISÃO DOMICILIAR.....	55
3.3 PRISÃO DOMICILIAR FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS	60
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	71

INTRODUÇÃO

A prisão domiciliar, objeto do presente trabalho, consiste no recolhimento domiciliar do apenado que, estando no regime aberto, ostenta algum dos requisitos previstos no art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP), sendo a leitura do referido dispositivo realizada de forma restritiva dada a excepcionalidade da medida, cujas hipóteses, ainda mais excepcionais, cuidam de condições pessoais do detento e por isso deverão ser aferidas caso a caso.

Nada obstante, o tema tem rendido grande divergência jurisprudencial resultante da completa falta de recursos dos estabelecimentos penais, ensejando a precariedade de condições estruturais dos locais que abrigam os presos, enquanto cumprem sua pena. A situação periclitante em que se encontra sobreditos estabelecimentos contudo, aliada à inexistência de locais adequados para recolhimento de apenados nos regimes aberto e semiaberto, exigem soluções imediatas para fazer cessar a invasão nos direitos que o detento mantém, ainda que com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Este será o tema do presente trabalho, cuja primeira parte traz uma análise dos tempos mais primitivos da pena, explicando cada uma de suas teorias e as Escolas pelas quais foram defendidas.

Busca definir a finalidade da execução da pena privativa de liberdade, assim como dos princípios que regem a execução penal, além de fazer um apanhado sobre os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória, o poder punitivo estatal, sua legitimidade e limites.

Na segunda parte deste estudo, se analisa alguns institutos relevantes da execução, não buscando com isso eleger a solução correta, mas talvez a mais adequada ao deslinde da controvérsia atual – possibilidade ou impossibilidade de se alargar as hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar, especialmente com esteio na superlotação carcerária e inexistência de estabelecimentos penais adequados aos regimes impostos aos sentenciados.

Na terceira e última parte deste trabalho, apresenta-se a prisão domiciliar, as hipóteses que lhe autorizam a concessão e um apanhado de decisões divergentes emanadas dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde a discussão, na atualidade, tende a ser mais acalorada. Por fim, busca-se apontar a solução mais adequada acerca da possibilidade ou impossibilidade de conceder-se prisão domiciliar fora das hipóteses previstas no art. 117 da LEP.

1 O PODER PUNITIVO ESTATAL E A RESSOCIALIZAÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL

1.1 O SURGIMENTO DAS SANÇÕES: BREVE APANHADO SOBRE A HISTÓRIA DA PENA.

Antes de adentrarmos na questão de fundo deste trabalho, é preciso conhecer alguns institutos do direito penal, dentre os quais, a pena. Nesse contexto, vale dizer, que nos primórdios da humanidade já era possível visualizar uma espécie similar às sanções, as quais derivavam, no entanto, da vingança. Segundo apontam os autores Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez, “prevalencia a lei do mais forte ou do mais ágil. Era primordialmente instinto, selvágico, e não se conduzia por normas”¹.

Nesse âmbito, calha ponderar que:

Nos grupos sociais dessa era, envoltos em ambiente mágico (vedas) e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas (“*totem*”) encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses criaram-se série de proibições (religiosas, sociais e políticas), conhecidas por “tabu” que, não obedecidas, acarretavam castigos.²

Instituía-se, assim, a idéia mais primitiva da pena e do crime, originária de códigos morais e religiosos, consuetudinários e não positivados, onde não havia regras para conter o sentimento de vingança estabelecido, decorrendo daí, a ausência de proporcionalidade entre o delito e a sanção aplicável, inexistindo qualquer indício de justiça. Nesse aspecto, vale referir as considerações de Cezar Roberto Bitencourt:

A impregnação de sentido místico no Direito Penal ocorreu desde suas origens remotas, quando se concebia a repressão ou castigo do infrator como uma satisfação às divindades pela ofensa ocorrida no grupo social. Trata-se do direito penal religioso, teocrático e sacerdotal, e tinha como finalidade a purificação da alma do criminoso por meio do castigo. O castigo

¹ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p.41.

² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.16.

era aplicado, por delegação divina, pelos sacerdotes, com penas cruéis, desumanas e degradantes, cuja finalidade maior era a intimidação.³

Foi necessário percorrer um longo caminho para se chegar à pena com as finalidades hoje propostas. Nas palavras de José Eduardo Goulart:

A vingança e a expiação religiosa permaneceram por muito tempo como a finalidade principal da pena. A condenação à força era o castigo mais freqüente. [...] O uso mais acentuado da flagelação e a introdução de outras penas veio a corresponder uma mudança na finalidade das sanções, permitindo vislumbrar idéias de exemplo e melhoramento dos culpados.⁴

Com efeito, após o período da utilização da sanção como castigo, sob o prisma de uma vingança divina, a qual objetivava, precipuamente, conter a ira dos Deuses, passou-se a vingança privada. Nessa fase, existiam duas causas distintas para aplicação da sanção. A primeira relacionada à punição contra um membro de determinada sociedade que infringisse alguma regra de convivência daquele mesmo grupo, quer seja contra o todo, quer seja contra um membro específico. A outra causa, contudo, dizia com aplicação de uma sanção contra o estrangeiro que invadissem a esfera de poder daquela sociedade⁵, objetivando subjugar-las. Relaciona-se, pois, com a conquista de territórios e a dominação de um povo por outro, tão comum à época.

Nesse sentido, possível verificar, na história da humanidade, o nascimento de alguns dos Códigos mais antigos, como o Código de Hamurábi (Babilônia), Êxodo (povo hebraico) e Lei das XII Tábuas (Roma), os quais, embora não fossem desvinculados da idéia de retribuição e da severidade das punições, tinham por escopo impor certa limitação ao poder punitivo, buscando conter a vingança ilimitada e ao mesmo tempo, punir o transgressor.⁶ Vale destacar as anotações de Sidio Rosa Mesquita Júnior sobre o tema ora exposto:

³ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 60.

⁴ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 21.

⁵ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 201-202.

⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.17.

Na sociedade humana, onde há um ordenamento jurídico, mesmo de forma embrionária (*ubi societas, ibi ius*), suas primeiras manifestações ocorrerem no campo de Direito Penal pela função punitiva e em virtude da necessidade de assegurar a unidade, a coesão e a organização do grupo. Dessa forma a pena era tida como a reação contra o membro da sociedade que tinha violado a norma de convivência.⁷

A lei de Talião ou pena de Talião, como preferem alguns, centrava-se na retribuição do mal causado pelo transgressor com o mesmo mal, evidenciando, deste modo, certa medida de proporcionalidade na aplicação da sanção, numa tentativa, ainda bastante tímida, de humanização. Nessa mesma ótica, nos dizem Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez:

Pese embora hoje seja considerado um método retrogrado e arcaico, sem qualquer amparo nos modernos postulados penais, não se pode deixar de reconhecer que, em relação ao sistema irracional anteriormente em vigor, o Talião constituiu um avanço, na medida em que foi uma das primeiras tentativas de impor limites à retribuição.⁸

No mesmo sentido ideativo, o autor Sidio Rosa de Mesquita Júnior consigna que:

Toda legislação antiga encontra ecos na Lei de Talião, que representou a primeira tentativa de limitar o castigo. Enunciada pela conhecidíssima expressão “olho por olho, dente por dente”, a Lei de Talião contribuiu significativamente para a humanização da pena, pois representou a limitação da pena a ser aplicada ao infrator, ou seja, a sanção deveria corresponder ao dano causado.⁹

Com a Idade Média, os reis passaram a requerer para si o monopólio da violência, objetivavam, contudo, apenas manter o poder sob o povo, reprimindo especialmente aqueles que tivessem posições contrárias, fazendo-o por meio da pena. Não havia, porém, um Estado centralizado, a sociedade da época estava configurada sob a forma de feudos, onde a Igreja assumia um forte papel, inclusive, no que diz com a defesa social, daí porque sua posição estava acima da própria monarquia. Nesse âmbito, segundo assinala José Eduardo Goulart:

⁷ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal**: Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 1999. p. 46.

⁸ BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 45.

⁹ MESQUITA, op. cit., p. 48-49.

Vitorioso o cristianismo, coloca-se em Deus o fundamento do direito de punir. Assim, a expiação assume caráter de experiência espiritual. O que conta na pena é a dor que redime. Para atingir-se essa finalidade todos os meios exteriores são bons, eis que, visam a tirar o pecador de seu sonho tenebroso e abrir-lhe os olhos para luz e fazê-lo tornar a ver.¹⁰

Ainda conforme este autor, neste momento, inauguram-se as penas mais atrozes e cruéis, desvinculadas de qualquer utilidade, provenientes do perverso imaginário humano.¹¹

Em meio a isso, consolida-se o sistema inquisitivo que, baseado na busca da verdade real, impõe ao suposto autor de um crime todo o tipo de tortura física e psicológica, objetivando unicamente sua confissão. Suplantava-se, assim, a vingança pública, chancelada pelo Estado, em um processo sigiloso, onde o suspeito já era visto como transgressor, ainda que algumas das evidências pudessem levar à tese contrária. O inquisitivo era secreto, quer seja pelo temor aos efeitos que a divulgação das infrações podia causar na população, quer seja pelas medidas que eram tomadas ao longo da tentativa de obter do suposto infrator a confissão.¹²

A inspiração surgida com o Iluminismo, ancorada nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, contudo, trouxeram ao direito penal e à pena, um caráter mais humanitário. Acreditavam os pioneiros dessa revolução que o direito só poderia ser esclarecido e fundamentado sob o prisma do racionalismo, ou seja, a razão deveria ser a base de todo o pensamento filosófico-jurídico da época. Conforme René Ariel Dotti:

O Iluminismo abriu, pela primeira vez na história das ciências políticas e sociais, um grande e vigoroso debate sobre a pena de morte, largamente utilizada pelas legislações penais. O pensamento racionalista do Direito Natural fomentou grandes discussões a respeito da natureza e dos fins das penas que deveriam ser “estrita e evidentemente necessária”, conforme art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa em 26.08.1789.¹³

¹⁰ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 21.

¹¹ *Ibidem*, p. 23.

¹² BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51.

¹³ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 221.

Consagra-se, enfim, a idéia de “contrato social”, trazida por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), onde, segundo Edilson Mougnot Bonfim e Fernando Capez:

[...] o homem, para viver em sociedade, celebra um contrato com a coletividade, no qual se dispõe a abrir mão de certos direitos em troca de segurança. Em sendo assim, nenhuma pessoa, ao celebrar liame de tal natureza, poderia abrir mão de certos direitos fundamentais apenas para receber em troca alguma estabilidade. Daí por que o sistema punitivo representado pelo direito penal não pode jamais afrontar um núcleo básico de direitos e garantias individuais, das quais não se concede a ninguém o poder de transigir.¹⁴

Dentro dessa linha mais humanista da pena, era necessário, então, apreender “os fundamentos do direito de punir e a legitimidade das penas.”¹⁵, o que será tratado no próximo tópico. Antes, contudo, vale referir, que a pena, nos países fundados sob o alicerce de um Estado Democrático de Direito, representa o instrumento pelo qual se pune o infrator que infringe normas estabelecidas em lei em que sejam cominadas sanções e, nesse aspecto, portanto, não diverge dos tempos remotos.

Contudo, em países como o Brasil, por exemplo, a função da pena – o que serve para complementar-lhe o conceito e impor seus limites, está notoriamente relacionada à teoria mista ou eclética, o que analisaremos no momento oportuno.

Nada obstante, adiante-se desde logo, que objetiva, além de retribuir a infração perpetrada pelo delinquente, atuar como meio que previne a prática delitos, fazendo-o sob o ponto de vista de toda a coletividade e também do próprio detento. Ou seja, as normas, em sentido abstrato, ao imporem sanções, inibem a prática de crimes, relativamente a todos os cidadãos. De outro lado, o agente, ao receber a sanção que lhe foi imposta pela prática de um crime, apreende, no caso concreto, as consequências advindas daquela conduta e, em tese, não voltará a delinquir. Até porque, e aí a função primordial da pena, aquela medida extrema de privação de

¹⁴ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57.

¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.19.

liberdade que lhe é imposta, tem finalidade reeducativa, ou seja, busca readequar o preso aos padrões mínimos necessários para a convivência em sociedade. Segundo nos fala Alexis Couto de Brito:

Temos como fato que a pena é um mal. Quando aplicada toda pena se revela um castigo, um mal, até mesmo uma retribuição, ainda que esta palavra aflija a doutrina. Mas o fulcro da questão é o seu predicado depois de aplicada ou sofrida pelo condenado. O foco reside na fundamentação de sua aplicação. A pena não pode ser aplicada sob o fundamento de se castigar o autor do crime. Isto, no entanto, não lhe retirará o caráter de um mal, quando vier a ser sofrida pelo condenado. É o fundamento que deve despir-se da qualidade de retribuição, do “mal pelo mal”.¹⁶

Por todo o exposto, e ainda com intuito de compreendermos como a pena é vislumbrada na atualidade, passaremos ao estudo acerca do direito de punir, ou *jus puniendi* estatal e, mais adiante, trataremos da finalidade da execução, a qual vem intimamente ligada às teorias da pena, o que, também, analisaremos a seguir.

1.2 PODER PUNITIVO

Segundo acreditava, Cesare Beccaria, um dos maiores expoentes do pensamento iluminista, o direito de punir está relacionado “aos sentimentos indeléveis do coração do homem”¹⁷. A existência de tal direito, nessa medida, se explicaria pela necessidade de vivermos em sociedade, em que pese, para tanto, renunciemos parte de nossa própria liberdade.

Dessa forma, o direito de punir do Estado decorre do próprio “contrato social” de Rosseau, fundamentalmente porque o homem busca a liberdade, mas precisa de mecanismos para assegurá-la diante dos demais. Segundo ainda o autor:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas

¹⁶ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 32-33.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 18.

leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.¹⁸

Somente desta forma, ou seja, cedendo parte de sua liberdade ao Estado, é que, para nós, foi possível garantir maior segurança nas relações pessoais, sem prejuízo do restante de nossa liberdade. Legitima-se, assim, a existência de normas, com o fim de regular a conduta humana. Sem embargo disso, registre-se que continuamos livres para se adequar aos padrões de determinada sociedade ou violar esses mesmos padrões, momento em que, contudo, estaremos sujeitos, então, as consequências advindas dessas ações. Conforme anuncia Miguel Reale Júnior:

A aplicação do Direito Penal e a execução das sanções decorrentes de sua aplicação concreta constituem, portanto, mais que um direito, um poder do Estado, poder que não cabe deixar de atuar, para assegurar a harmonia social, não deixando ao talante dos particulares a sua efetividade, pois do contrário haveria, de um lado, uma *capitis diminutio*, com fragilização da soberania e de outro, instalar-se-ia uma profunda insegurança jurídica para a sociedade, pois dependeria a eficácia da norma do interesse da vítima ou de sua família, e insegurança para o infrator, pois o Estado se autolimitaria a aplicar o ditame da lei, enquanto o ofendido entregar-se-ia a todos os excessos.¹⁹

Vale dizer, no estado de natureza, onde a liberdade do homem era total, parecia lógico recorrer ao exercício das próprias razões, o que é sempre temerário, tendo em vista o elevado grau de arbitrariedade que essa solução impõe, sempre relacionada, inevitavelmente, ao autoritarismo e à barbárie, o que nos leva, inclusive, a ausência de liberdade.

Assim, na busca de uma alternativa, para afastar a insegurança gerada pelo estado de natureza, o homem opta pelo estado civil.²⁰ É precisamente neste momento que renuncia parte de sua liberdade e a sacrifica em nome do Estado, tornando-se um ser racional e político. Nessa conformidade, Salo de Carvalho:

O que diferencia substancialmente os dois estados é o (re)conhecimento da Lei, livremente consentida e tutelada por um sujeito que, ao abdicar das paixões, torna-se racional na resolução do conflito. O que funda o *status civitas* é a renúncia do gozo ilimitado, a imposição de limites e a sanção da

¹⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 19.

¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 15.

²⁰ CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31-32.

violência ao outro. O custo da renúncia em fruir e dispor ilimitadamente seria minimizado/compensado pela promessa de segurança.²¹

Contudo, a mera existência de leis, paulatinamente, torna-se frágil em meio à reação instintiva dos indivíduos, inerente à natureza humana, consistente em fazer valer a plenitude de suas liberdades, despojando, inclusive, a liberdade dos demais.²² Em razão dessa peculiaridade do homem, se fez necessário um instrumento que viabilizasse a vida em sociedade e o respeito às leis, daí porque foram criadas as sanções. Acerca da temática, acentua Haroldo Caetano da Silva:

Sendo o Direito Penal e a pena, como sua conseqüência, produzidos a partir do *dizer* e *fazer* humanos, devem as normas penais ser construídas com consciência da natureza do homem, do seu verdadeiro ser. Centrados na figura humana, o Direito Penal e a pena não somente deixarão de perturbar a autenticidade do indivíduo, mas, respeitando a natureza do ser humano e servindo-o a partir desta concepção, constituirão – mesmo que pareça paradoxal – instrumentos de *libertação* e poderão efetivamente contribuir para a auto-realização do homem. Se por outro lado, a norma penal é construída como reflexo de simples retribucionismo, sem aspiração ética, confundindo-se com a moral em detrimento da razão, se tiver por base o racionalismo puro, enfim, se não reconhecer a natureza do homem enquanto *ser* humano, a pena constituirá mero instrumento de repressão, deixando de ser necessária, útil ou efetiva.²³

No mesmo sentido, Anabela Miranda Rodrigues:

O que se quer salientar é que a pena tem uma *significação funcional* para a comunidade em que se insere que, já do ponto de vista constitucional, só é legitimada – representando como representa, em primeira mão, um sacrifício para quem a sofre – se o prejuízo jurídico que encerra para o recluso for exigido pela proteção de bens jurídicos essenciais a uma vida em convivência social.²⁴

Destarte, antes que se prossiga nesse estudo, há que se referir três conclusões inexoráveis. A primeira é que as sanções decorrem de lei e, só assim, é legítimo o direito de punir. A par disso, é preciso que se diga que apenas a menor fração possível da liberdade de cada um é que pode ser sacrificada, tudo que ultrapassar essa linha caracterizará abuso de poder. Por outro lado, há a

²¹ CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31-32.

²² BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 19.

²³ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 30.

²⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: Seu Fundamento e Âmbito**. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 74.

necessidade da existência de um terceiro imparcial – na atualidade, o juiz, para decidir acerca da lide, gerada pelo cometimento de um delito, entre o Estado e o agente infrator. Nesse âmbito, oportuno os ensinamentos do autor Sidio Rosa de Mesquita Júnior:

[...] a preocupação com o *direito de punir*, mormente, com quem dá ao Estado, ou a quem quer que seja, é oportuna nesse momento, pois não podemos conceber a imposição de uma pena por alguém que não tenha legitimidade para fazê-lo.²⁵

Portanto, conforme explicitado alhures, o direito de punir ou *jus puniendi*, surge a partir do “contrato social”, e tem na pena o seu instrumento para fazer cumprir as leis. Vale dizer, nos Estados Modernos, alguns valores ou bens, considerados de suma importância para determinada sociedade, são juridicamente tutelados através de normas que não podem ser desrespeitadas, sob pena de nos sujeitarmos às sanções, exercendo o Estado seu papel de fiscalizador e garantidor da segurança e da ordem. Assinala Fernando Capez:

Desse modo, em um primeiro momento sabe-se que o ordenamento jurídico tutela o direito à vida, proibindo qualquer lesão a esse direito, consubstanciado no dever ético-social “não matar”. Quando esse mandamento é infringido, o Estado tem o dever de acionar prontamente os seus mecanismos legais para a efetiva imposição da sanção penal à transgressão no caso concreto, revelando à coletividade o valor que dedica ao interesse violado. Por outro lado, na medida em que o Estado se torna mais vagaroso ou omisso, ou mesmo injusto, dando tratamento díspar a situações assemelhadas, acaba por incutir na consciência coletiva a pouca importância que dedica aos valores éticos e sociais, afetando a crença na justiça penal e propiciando que a sociedade deixe de respeitar tais valores, pois ele próprio se incumbiu de demonstrar sua pouca ou nenhuma vontade no acatamento a tais deveres, através de sua morosidade, insuficiência e omissão.²⁶

Ainda acerca da temática, Miguel Reale Júnior:

Dessa forma, o poder de punir apresenta-se primeiramente como um dado de realidade inafastável, inquestionado pela sociedade quando não atingidos interesses vitais de sua organização e desenvolvimento, correspondendo a uma exigência sentida não só pela vítima, mas por toda a

²⁵ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 27.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 2.

comunidade, que reconhece a necessidade de uma proteção promovida de forma organizada pelo Estado.²⁷

O poder punitivo, contudo, é um poder genérico que só vai ser concretizado quando houver o descumprimento de uma norma que cominar uma consequência jurídica. Essa é a idéia central e constitui a pedra angular do direito penal moderno, ou seja, *nulla poena sine crimine*. Por outro verbo: não há pena sem crime. Nas palavras de Luigi Ferrajoli:

Trata-se do *princípio de retribuição* ou do caráter de consequência do delito que a pena tem, que é a primeira garantia do direito penal e que, como escreve Hart, expressa não o fim senão justamente o critério de distribuição e de aplicação das penas. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou *ante delictum*, senão uma sanção retributiva ou *post delictum*²⁸.

Nessa conformidade, o direito de punir é exercido pelo Estado e legitimado pela própria sociedade, quando abdica de uma parcela de sua liberdade para tornar possível a convivência comum. Tem na pena seu instrumento de atuação na esfera privada do agente, razão pela qual, encontra aí o seu papel de retribuir, com certa dose de sofrimento, um mal causado pelo indivíduo que viola, por exemplo, e conforme antes mencionado, o direito à vida.

A idéia de retribuição, não é, contudo, seu único fim, na medida em que “se apresenta como guardiã do direito do infrator em não ser punido senão (proporcionalmente) pelo Estado”²⁹. Nem por outra razão que o poder punitivo é exercido pelo Estado, afastando-se, dessa forma, o caráter vingativo da pena, quer seja pela vítima (vingança privada), quer seja pela moral religiosa (vingança divina) ou pela própria sociedade (vingança pública).

²⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 17.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 339.

²⁹ CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 34.

1.3 RESSOCIALIZAÇÃO COMO FINALIDADE DA EXECUÇÃO PENAL.

Não há como dissociar a função de ressocialização da execução penal dos fundamentos basilares da pena. Em razão disso, antes de adentrarmos ao cerne da questão, é preciso que se faça algumas considerações acerca dos modelos de justificação da pena, explicitando os conceitos de cada um e indicando aquele que veio a ser adotado pelo Código Penal Brasileiro.

Há basicamente três teorias que buscam justificar a pena como instrumento do exercício do poder punitivo estatal: a teoria retributiva ou absoluta, a teoria preventiva ou relativa e a teoria mista ou eclética. A primeira está ligada intimamente à primeira impressão causada pela pena privativa de liberdade, ou seja, de retribuir com um mal, o mal causado pelo delinquente. Por esta teoria, a pena encerra um fim em si mesma, não havendo qualquer outra finalidade na sua aplicação.³⁰ Acerca da temática, bem expõe Julio Fabbrini Mirabete:

Para as teorias absolutas (retribucionistas ou de retribuição), o fim da pena é o castigo, ou seja, o pagamento pelo mal praticado. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral, sendo a pena imposta por uma exigência ética em que não se vislumbra qualquer conotação ideológica. Para a Escola Clássica, que considerava o crime um ente jurídico, a pena era nitidamente retributiva, não havendo qualquer preocupação com a pessoa do delinquente, já que a sanção se destinava a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito.³¹

Explicita, ainda, Sidio Rosa de Mesquita Júnior:

Pune-se o agente porque ele cometeu crime (*punitir quia peccatum est*). Se a pena e o crime são males, deve imperar a igualdade entre eles, uma vez que só o igual é justo. Destarte, a Lei de Talião seria a expressão mais fiel das teorias absolutas. Elas são unânimes em negar fins utilitários à pena, mas divergem quanto à natureza da retribuição oferecida pela lei. Muitos sustentam que o castigo tem caráter divino, outros dizem que a pena tem natureza moral e, finalmente, existem aqueles que constroem suas teses dizendo que a pena tem caráter jurídico³²

³⁰ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 31.

³¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 22.

³² MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

A teoria absoluta da pena está ontologicamente ligada à Escola Clássica, que veio a inculcar a ideia de proporcionalidade. Nesse âmbito, referida Escola, entendia que o castigo deveria ter como parâmetro o quão livre e são o homem é, sendo que a pena só era justificável quando proporcional ao delito cometido. Desse modo, apregoava a ideia de livre arbítrio e possuía íntima conexão com os postulados cristãos, ensinando que a responsabilidade do delinquente deve ser aferida de acordo com a liberdade de suas escolhas.³³ Nos fala Cezar Roberto Bitencourt:

A pena era, para os clássicos, uma medida repressiva, aflitiva e pessoal, que se aplicava ao autor de um fato delituoso que tivesse agido com capacidade de querer e entender. Os autores clássicos limitavam o Direito Penal entre os extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa.³⁴

É uma teoria há muito superada, tendo em vista que, na atualidade, o que se busca, fundamentalmente, é justificar essa “agressão” à liberdade do indivíduo, o qual como todos os outros deve ser entendido como um ser livre.

Avançando um pouco mais no tempo, surge a Escola Positiva, visando dar um fundamento utilitário à pena. Nesse sentido, para mencionada Escola, “os fatores biológicos, físicos e sociais predeterminam o crime”³⁵. O ponto central aqui era o de que alguns homens já carregavam em si mesmos uma tendência voltada à senda delituosa. Por conta disso, a pena era vista sob o prisma utilitarista, ou seja, deveria servir ao delinquente, tanto quanto à sociedade e servindo ao delinqüente, estaria, por óbvio, atuando como defesa social. Conforme acentua Julio Fabbrini Mirabete, na Escola Positiva, “a pena já não era um castigo, mas uma oportunidade para ressocializar o criminoso, e a segregação deste era um imperativo de proteção à sociedade, tendo em vista sua periculosidade”.³⁶

Nessa ordem de ideias, nascem as teorias relativas da pena que atribuem às sanções o caráter de prevenção do crime, o que deveria ser feito de dois modos:

³³ BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 61-62.

³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 85.

³⁵ BONFIM, op. cit., p. 69.

³⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.p. 22.

prevenção especial (em face do delinquente) e prevenção geral (em face de todos os cidadãos).

Vale dizer, a prevenção especial, ligada intimamente ao autor do delito, num primeiro momento, objetiva a cura de sua personalidade criminosa, ou seja, busca neutralizá-la, ao mesmo tempo em que visa sua reinserção social. Conforme Cezar Roberto Bitencourt:

Sob essa configuração intervencionista do Estado encontra-se o *idealismo positivista* como base fundamentadora: a ciência (positiva) fundamentava a ordem, a disciplina, a organização. A partir de então, o controle social se exerceria tendo como base fundamental os argumentos científicos em voga: há homens “bons”, ou seja, normais e não perigosos, e há homens “maus”, ou perigosos e anormais.³⁷

Essa era, portanto, a visão da Escola Positiva, fundamentada na antropologia e no determinismo, onde se analisava os criminosos como seres anormais, objetivando, especialmente, através de pesquisas científicas, a cura de suas patologias.³⁸ Apregoava uma divisão entre o homem “bom” e o homem “mal”, onde a ação humana estava condicionada a estas duas classes. Elucidativas, no ponto, as palavras de René Ariel Dotti:

O médico Cesare Lombroso, observando e estudando os delinquentes em sua vida e nos seus traços anatômicos, com os critérios e os métodos da Antropologia geral, criou um novo ramo dessa disciplina: a Antropologia Criminal, que compreende o estudo orgânico e psicológico do homem delinquente.³⁹

A prevenção geral, em outra medida, objetiva conter a criminalidade, encontrando na pena, seu instrumento de intimidação, além da proteção dos valores escolhidos pela sociedade. É reconhecido assim, no âmbito da prevenção geral, dois aspectos distintos: o aspecto negativo e o aspecto positivo.⁴⁰

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111.

³⁸ *Ibidem*, p. 86-87.

³⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 232.

⁴⁰ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A Função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 24.

O aspecto negativo da prevenção geral, em outras palavras, procura garantir, através da eficácia da ameaça penal, ou seja, aplicação e execução da pena, a defesa da sociedade, tendo como destinatário, especialmente, o conjunto de indivíduos que tenham propensão à prática de infrações penais. Por outro lado o aspecto positivo, busca estabelecer os parâmetros de conduta de determinada sociedade, fazendo-o através da proteção de certos valores ao inseri-los nos tipos penais, fixando as penas correlatas e o modo de sua execução. Nesse contexto, atua também gerando a confiança dos cidadãos frente ao direito penal, na medida em que é possível verificar sua efetiva aplicabilidade.⁴¹

Conforme aponta Bruno de Moraes Ribeiro:

[...] tal como a prevenção negativa, também a prevenção positiva se realiza através da cominação, aplicação e execução das sanções penais, dependendo sua efetividade do funcionamento eficaz do sistema penal em seu conjunto e, além disso, da medida em que os tipos penais retratem os valores mais importantes na sociedade e cuja defesa, aos olhos da sociedade, necessite da intervenção penal.⁴²

A prevenção especial, em outra medida, após algumas alterações de ordem teórica, passou a preocupar-se em gerar três efeitos: intimidação pessoal, onde o recluso, porque submetido à execução penal, sentir-se-á intimidado, evitando-se assim que volte a delinquir; neutralização física do condenado, diante de sua segregação compulsória, impedindo-o, através do cerceamento de sua liberdade que volte a delinquir; e reinserção social, onde o Estado, através de medidas de tratamento, trabalha na reeducação do preso, visando, de resto, sua não reiteração no crime.⁴³

Por fim, chega-se à teoria mista ou eclética, fundada nas Escolas Mistas, onde a pena não é apenas um meio de retribuição de um mal causado pelo autor do delito, tampouco será apenas neutralização do sujeito passivo ou instrumento de intimidação que visa também reeducar, mas todos esses fins, levando em conta a

⁴¹ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A Função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 28-30.

⁴² Ibidem, p. 32.

⁴³ Ibidem, p. 33.

preponderância da reintegração social do condenado e prestigiando, em outra medida, o princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

Aproveitando as idéias de clássicos e positivistas, separava-se o Direito Penal das demais ciências penais, contribuindo de certa forma para a evolução dos dois estudos. Referiram-se os estudiosos à causalidade do crime e não a sua fatalidade, excluindo, portanto, o tipo criminal antropológico, e pregavam a reforma social como dever do Estado no combate ao crime.⁴⁴

Essa é a teoria adotada no Brasil, precisamente porque, em uma sociedade como a nossa, de Estado Democrático de Direito, consagra-se os princípios da culpabilidade e da individualização da pena, tendo por base a dignidade da pessoa humana, evitando, nessa medida, a “coisificação” do recluso, máxime porque objetiva sua reintegração social, afastando da pena o caráter de mera retribuição trazido pela Escola Clássica.

Assim, a função de reintegração social remonta ao final do séc. XIX, época do positivismo criminológico, onde era possível constatar a decadência da teoria absoluta, marcada pela idéia de pena como fim em si mesma, vale dizer, cuja função era apenas a de sancionar, causar um mal, ao sujeito que praticasse uma infração penal. Nesse contexto, iniciou-se a busca por outra teoria que possibilitasse tornar efetiva a aplicação do direito penal e conter a criminalidade.⁴⁵ A partir de então, passou-se a entender que a pena deveria atuar não sob a culpabilidade do agente, mas sob sua periculosidade, de modo que a idéia de aplicar-se a pena não era apenas de retribuição, mas também de não reiteração no crime.

Conforme, ainda, Bruno Ribeiro:

Assim, sendo diversa a fundamentação da pena, que se deslocava do livre-arbítrio para o determinismo, da culpabilidade para a periculosidade, sua própria natureza seria também diversa. A negação das bases retributivas sobre as quais estava assentado o Direito Penal, até então, ocasionaria uma modificação profunda na feições das penas, que iriam incorporar,

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 22.

⁴⁵ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A Função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 54.

afinal, a função de reintegração social dos condenados, formulada no Positivismo basicamente como tratamento médico compulsório ou intervenção coativa sobre a personalidade, algo inconcebível sob o ponto de vista da Escola Clássica, que, pressupondo a imputabilidade dos condenados, não ultrapassava a idéia tradicional de emenda, de fundo religioso.⁴⁶

A mudança de paradigma, contudo, não foi imediata. No início, a Escola Clássica procurou utilizar sua fundamentação, justamente, para reforçar os conceitos sobre a pena por ela definidos, reforçando a idéia de punição como mera retribuição, através dos tratamentos terapêuticos aplicados ao recluso até que cessasse sua periculosidade, ou seja, por tempo indeterminado, reafirmando, portanto, o direito de punir do Estado em desfavor do delinquente.⁴⁷ Apenas, gradativamente, é que as idéias da Escola Clássica foram sendo superadas, senão integralmente, ao menos incutindo no sistema penal o discurso da reintegração social, como função preponderante da pena e, portanto, finalidade da execução.

Pois bem. Conquanto não seja possível apreender da nossa Constituição Federal tal finalidade, é possível extrair-se dela alguns limites, quer sejam positivos, ou negativos.

Dentre os limites negativos devemos destacar que, nos termos do art. 1º da nossa Carta Magna⁴⁸, especialmente pelo inciso III do citado dispositivo, não se pode “coisificar” o recluso, reduzindo-o a um objeto sob o qual pode recair toda e qualquer medida terapêutica a mudar-lhe a personalidade. Conforme aponta Miguel Reale Junior:

[...] a perda da liberdade não significa a perda da dignidade como pessoa humana, mesmo dentro do mundo do cárcere. Desse modo, trata-se como pessoa o recluso, malgrado estigmatizado pela condenação e fazendo parte de um universo inatural de cunho marcadamente repressivo.⁴⁹

Portanto, aquela ideia de unicamente retribuir já restou superada, até mesmo em prestígio ao princípio da dignidade da pessoa humana e de igualdade

⁴⁶ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A Função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 56.

⁴⁷ Ibidem, p. 62.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁴⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 343.

consagrados em nossa Constituição, não sendo lícita ainda, a prática de tortura que muitas vezes foi o meio utilizado para se alcançar esse objetivo. O delinquente, naquele contexto, era concebido como um ser doente, o qual necessitava de tratamento para corrigir sua personalidade, entendida como destoante dos padrões da sociedade e, portanto, anormal. Esse era, precisamente, o dogma da função de prevenção especial da pena e não deve ser este o objetivo da execução, o qual se funda, como já o dissemos, na idéia de ressocialização, tratando-se a todos como seres livres e responsáveis e, por conta disso, sendo inviável se falar em ressocialização coativa.

Por outro lado, embora se reconheça os efeitos intimidativos que a pena exerce sobre o recluso, não é esse também o objetivo da execução. Em casos tais, estaríamos legitimando a idéia de que a execução penal serve apenas para defesa da sociedade, buscando prevenir a prática de crimes, levando ao conhecimento dos cidadãos as conseqüências advindas das infrações penais, tornando o recluso um mero “bode espiatório” para os demais.

Irrefutável, contudo, que a execução também se preste à defesa da sociedade, fazendo-o através da privação de liberdade do delinquente, o qual, após um processo de ressocialização, em tese, estará apto a retornar ao convívio social. O que se quer dizer é que a função de intimidação que a pena representa, não deve ser entendida como uma finalidade única e tampouco a principal finalidade da execução penal.

Para definir, então, a função primordial da execução penal, é preciso ter em conta a alteração do Estado Liberal para o Estado Social. Ora, analisando por este ângulo, já aí, é possível detectar a mudança de paradigma, sendo o primeiro baseado na intervenção mínima, protegendo o cidadão frente ao Estado, ao passo que, no segundo modelo, o relevante é compreender o Estado desempenhando um forte papel intervencionista e, por isso, fala-se na defesa da sociedade frente ao delinquente. Lá, o Estado não estaria legitimado a intervir, sob pena de assim o fazendo violar a personalidade do cidadão. No Estado Social, ao contrário, tem o

poder-dever de proteger a sociedade da criminalidade.⁵⁰ A idéia de ressocialização social veio, então, tentar tornar possível tanto a proteção do delinquente frente ao Estado, quanto a proteção da sociedade frente ao delinquente, argumentos aparentemente contrapostos. Conforme, pontua, Bruno de Moraes Ribeiro:

De fato, do ponto de vista da sociedade, assegura-se a sua defesa, enquanto se prepara o recluso para, no futuro, conduzir, a sua vida sem que pratique crimes; do ponto de vista do recluso, assegura-se a salvaguarda da sua dignidade humana porquanto do que se trata é tão-só de lhe facultar alternativas para o seu comportamento criminoso, pondo à sua disposição meios que possibilitem a sua reinserção na sociedade.⁵¹

A idéia central da reinserção social contrapõe-se assim à finalidade encontrada na prevenção especial: lá, o propósito da pena era unicamente o de promover a cura da personalidade do delinquente; aqui, o que se quer é que desenvolva sua personalidade livremente, dando-lhe auxílio, resguardando a sua autonomia e assim fazê-lo também responsável pelo tipo de sociedade em que vivemos.

O fundamento da execução está jungido, portanto, a idéia de ressocialização do apenado, sendo esta a finalidade da execução penal, com previsão, inclusive, na Lei de Execução Penal (LEP), quer seja na sua exposição de motivos, quer seja em seu artigo primeiro⁵², o que prevê que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Contudo, a própria ressocialização do recluso deve ser observada sobre o prisma dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, pois segundo aponta Natalia Gimenes Pinzon:

[...] não podemos querer que o Estado, com a execução da pena, pretenda impor a transformação do *homem criminoso* em um *bom pai de família*, pois estaríamos ferindo seus direitos fundamentais, tais como a sua liberdade de consciência e, assim, sua dignidade humana. No entanto, não queremos,

⁵⁰ CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 213-215.

⁵¹ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A Função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 84.

⁵² BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

dessa forma, afastar do Estado seus deveres de prestação, especialmente de direitos sociais, que permitam que ele, querendo, conduza sua vida futura sem praticar crimes.⁵³

Ainda, conforme Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

A criação de hábitos de trabalho, a instrução, o ordenamento de sua vida familiar etc. não são fins em si mesmos da prevenção especial penal, mas todos eles poderão surgir como meios que contribuam ou que resultem da tomada de consciência a que nos referimos. [...] Esta seria *a única maneira de, respeitando os direitos humanos, se buscar a readaptação do condenado ao convívio social.*⁵⁴

Com efeito, a verdadeira reinserção social do condenado não vai acontecer tão somente porque teve sua liberdade cerceada, ao contrário, tal aspecto, embora necessário, culmina por afastar o recluso de todo o convívio social, inclusive, parentes e amigos. O Estado deve, então, propiciar meios de minimizar os efeitos do cárcere, quer seja promovendo programas educativos e de formação intelectual, quer seja auxiliando o preso a encontrar um ofício, oferecendo-lhe oportunidade, quer seja empregando-o. Tal medida, além de tornar a vida no cárcere menos monótona e improdutiva, auxilia no desenvolvimento do senso de responsabilidade do detento.

⁵³ PINZON, Natalia Gimenes. O Discurso Ressocializador e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: CODO CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 296.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 104.

2 INTRODUÇÃO À EXECUÇÃO PENAL

2.1 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA EXECUÇÃO PENAL

Como toda ciência jurídica, observada como direito autônomo desde 1930, a execução penal, traz consigo uma série de princípios, decorrentes do próprio Texto Constitucional, os quais orientam o juiz na melhor condução da reprimenda penal imposta ao segregado.

Pois bem. Dentre os inúmeros princípios que norteiam a execução penal, alguns sobressaem como sendo aqueles de maior importância, utilidade e relevância, ou mesmo servindo de princípio matriz para outros princípios que dele derive.

Assinala José Eduardo Goulart:

[...] os princípios informadores do direito da execução penal, observada sua fisionomia própria, atuam no sentido de iluminar suas bases ou fundamentos e, por igual, orientam sua aplicação e o sentido de sua compreensão. Daí porque, no tema da matéria penal executória, seus princípios informadores assumem natural relevância, em especial, em se considerando a necessidade de se esclarecer seu âmbito de aplicação e os respectivos limites.⁵⁵

Por conta disso, vale destacar aqui, os seguintes princípios: legalidade, isonomia, individualização da pena, devido processo legal, jurisdicionalidade, humanização e publicidade.

No que tange ao princípio da legalidade, note-se que é um dos princípios mais importantes, em matéria de execução, muito embora, na atualidade, venha sendo, em alguma medida, relativizado, diante do caos em que se encontra o direito penitenciário no Brasil. Adiante-se desde logo, será o princípio diretor deste trabalho, contudo, e por ora, cabe apenas situá-lo, definindo-lhe o conceito, bem como salientando alguns aspectos essenciais.

⁵⁵ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 86.

Nesse passo, advirta-se que o princípio da legalidade vem consagrado, expressamente no texto constitucional, especialmente no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, quando a norma regrante prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁵⁶ e art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Magna, o qual dá vigência ao brocardo latino “*nullus crimen nulla poena sine lege*”, fazendo-o de maneira mais restrita, máxime porque consolida também o princípio da irretroatividade da lei penal no tempo. Afirma Miguel Reale Júnior:

[...] o princípio da legalidade importa, destarte, o respeito ao princípio da taxatividade, devendo a lei ser *stricta* além de *prævia* e *scripta*. O requisito da lei *stricta*, de um lado, impõe certo grau de precisão à norma incriminadora e, de outro, *proíbe a analogia*, de forma a evitar a burla ao significado de garantia e segurança do princípio básico da legalidade.⁵⁷

A par disso, referido princípio, veio a ser expressamente definido no item 19 da Exposição de Motivos da LEP, como sendo aquele que “domina o corpo e o espírito do Projeto, de forma a impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do Direito Penal”.⁵⁸ Mas não só, observe-se que é invocado nos artigos 1º e 2º da LEP, estabelecendo o primeiro artigo que a execução penal terá seus limites na literalidade da sentença condenatória, ao mesmo tempo em que o art. 2º prescreve que a jurisdição da execução penal será exercida na forma da LEP e do Código Penal. Por outro verbo, segundo anota Adeildo Nunes:

A legalidade representa a garantia individual do detento de que não pode haver desvios e nem excessos durante a execução da penal, pois o condenado é obrigado a cumprir o conteúdo da sentença penal condenatória e as leis vigentes, sem que haja extrapolação dos limites fixados na decisão condenatória e na lei.⁵⁹

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁵⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 37.

⁵⁸ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁵⁹ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

Nesse diapasão, o princípio da legalidade dirige-se tanto às autoridades administrativas e respectivos servidores, quanto às autoridades judiciais, ou seja, os juízes. Trata-se, portanto, e como bem apregoa Julio Fabbrini Mirabete, de uma “garantia executiva”.⁶⁰ Por tal, deve ser assegurada ao recluso, quer seja para dar fiel cumprimento ao comando proveniente da sentença penal condenatória, quer seja, na aplicação dos dispositivos constantes na LEP e que regulam benefícios e sanções disciplinares cabíveis, as quais levam em conta o comportamento do apenado, especialmente aquelas condutas, observadas no trato diário, no interior do estabelecimento prisional. Nem por outro motivo que a LEP prevê as condutas dos encarcerados que serão consideradas faltas disciplinares, bem como os deveres e direitos do condenado que devem ser observados. Tal princípio é observado antes mesmo da ocorrência de uma conduta tipificada no Código Penal, e somente porque prevista em lei é que referida conduta pode dar azo a uma condenação. Na visão de Andrei Zenkner Schimidt:

O ideal da *segurança jurídica*, corolário fundamental do modelo liberal, impõe que o convívio social possa ser regulado por normas de conduta, dê que aos integrantes dessa sociedade seja conferida a devida previsibilidade das conseqüências de suas ações. Dessa necessidade é que surgem os quatro desdobramentos do princípio da legalidade, já consagrados pela doutrina em geral nas seguintes regras: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, b) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* c) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, e d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.⁶¹

Não se tergiversa, contudo, que na relação diária que mantém com o condenado, a Administração não tenha poder discricionário para aplicar ou deixar de aplicar sanções, inclusive, previstas no seu Regimento Interno. A questão é que, fazendo-o, deverá justificar sua decisão e, aqui, mais uma vez, presente o princípio da legalidade.⁶² Alude Anabela Miranda Rodrigues:

Sendo mais visível em certos casos, esta margem de discricionariedade e, contudo, inevitável, especialmente quando se adota uma técnica “preventiva” de regulação e restrição das liberdades em que se impõe a

⁶⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 28.

⁶¹ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CODO. CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 48.

⁶² PRADO, Luiz Régis (Coord.). **Direito de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

intervenção da autoridade administrativa como condição do exercício do direito.⁶³

Desse modo, e conforme conclui José Eduardo Goulart:

O princípio da legalidade, enquanto informador do sistema da execução penal e, pois, uma de suas verdades fundantes, tem extrema importância no interior de um ordenamento que se propõe a ser democrático e humanizador, atuando no sentido de conferir-lhe dignidade e estabilidade, proporcionando-lhe, pois, a indispensável funcionalidade, possibilitando que a exceção da pena se desenvolva de forma orientadora.⁶⁴

Já o princípio da isonomia, por igual, decorre da ordem constitucional (Art. 5º, *caput*, incisos XLI e XLII da Constituição Federal)⁶⁵, além de estar previsto no parágrafo único do art. 3º da Lei de Execução Penal⁶⁶. Nos termos deste dispositivo: “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.” Tal princípio visa garantir que o recluso tenha os mesmos direitos e deveres assegurados aos demais, além de vedar qualquer discriminação, especialmente, em razão da raça, religião ou condição social, dentre outros aspectos que possam ser considerados fatores de discriminação. No que tange ao princípio da igualdade ou isonomia, portanto, e nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete:

É proibido na execução penal qualquer tipo de discriminação e não pode esse princípio ceder inclusive a determinações fundadas apenas na alegação da necessidade de individualização da pena e do tratamento do sentenciado.⁶⁷

Insta advertir, contudo, que o princípio da isonomia deve ser analisado em sintonia com o princípio da legalidade. Em tendo os decretos de preceito condenatório conteúdo distinto entre os vários condenados, nada mais natural que possua certas variações, o que implica, por exemplo, na imposição de regime inicial aberto para alguns reclusos e regime inicial fechado para outros, sem ofensa ao

⁶³ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade: Seu Fundamento e Âmbito**. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 53.

⁶⁴ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 95.

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de dezembro 2012.

⁶⁶ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984: EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁶⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 42-43.

princípio da igualdade. Isso porque, “a sentença condenatória não atinge todos os condenados de maneira homogênea”.⁶⁸

Na mesma linha do acima exposto, tem-se o princípio da individualização da pena, o qual, sob a ótica executiva, leva em conta a personalidade do condenado. Trata-se, portanto, de uma “diferenciação positiva necessária”⁶⁹, não se confunde com discriminação.

A par de estar constitucionalmente previsto, tal como os demais, o princípio que se alude aqui, não tem aplicabilidade apenas na fase executiva. Nessa diretiva, segundo Sidio Rosa de Mesquita Júnior, o princípio da individualização da pena deve estar presente em três etapas distintas, quais sejam, na cominação, na aplicação ao caso concreto e na execução.⁷⁰

Portanto, e na primeira fase de aplicação do princípio ora exposto, conforme se pode observar da parte geral do Código Penal (art. 53)⁷¹, auxilia na cominação da pena, concebendo-a com variações necessárias, de acordo com cada bem jurídico tutelado pelo tipo penal correspondente.

Além disso, e na segunda fase, deve atentar para a gravidade concreta do delito praticado, permitindo, para tanto, uma margem de discricionariedade ao próprio aplicador da pena, no momento em que, estipula um mínimo e um máximo de pena a ser definido, depois, em consonância com as circunstâncias judiciais do crime.⁷²

Na terceira e última etapa, momento em que a pena previamente aplicada no processo de conhecimento é executada, o princípio da individualização da pena atua, nos termos do art. 5º, XLVIII, da CF, determinando que a reprimenda seja

⁶⁸ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 107.

⁶⁹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 32.

⁷⁰ Ibidem, p. 32.

⁷¹ BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁷² PRADO, Luiz Régis (coord.). **Direito de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

cumprida em estabelecimentos penais distintos, “de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”⁷³. É nesta fase que o detento verifica as consequências que advêm do descumprimento das normas penais, onde o comportamento do recluso será constantemente avaliado e, precisamente, inicia-se o processo de reintegração social.

Por tais razões, é nesse momento que se permite, inclusive, que sobredita avaliação propicie alterações nos regimes – progressão ou regressão, bem como redução do *quantum* punitivo imposto na sentença, como é o caso da remição de pena, tudo nos limites consagrados pela Lei de Execução Penal.

Nessa conformidade, Guilherme de Souza Nucci:

A sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. Um réu condenado ao cumprimento da pena de reclusão de dezoito anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la em exatos dezoito anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la em exatos dezoito anos, no regime fechado (basta ter péssimo comportamento carcerário, recusar-se a trabalhar etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se de benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.) [...]⁷⁴

Vale anotar, ainda, no tocante ao princípio da individualização da pena, o que nos diz José Eduardo Goulart:

[...] o princípio da individualização da pena consoante se procurou demonstrar, é sobremaneira relevante, eis que, ao invés de se apresentar como uma antinomia ao princípio da igualdade, reflete um conceito de justiça. E isso porque, justiça, no âmbito do direito penal, significa, também, tratar-se o homem segundo os critérios individuais de sua personalidade.⁷⁵

Além dos princípios acima expostos, temos o princípio da jurisdicionalidade, segundo o qual toda a carga de conflitos surgida, em meio ao processo executório, deverá ser submetida ao judiciário, ou seja, o juiz da execução tem o poder-dever de

⁷³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de dezembro 2012.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 988.

⁷⁵ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 106-107.

atuar na execução penal, garantindo ao apenado todos os direitos e deveres que lhe devem ser assegurados. Neste sentido, assinala Adeildo Nunes que referido princípio implica “na participação de um juiz em todo o decorrer da execução, ora atuando de ofício, ora por provocação com poderes especiais de fiscalizar e zelar pelo fiel cumprimento da Lei de Execução Penal.”⁷⁶

Noutro vértice, deste princípio decorre o princípio do devido processo legal, o qual se vislumbra, em matéria de execução, quando, por exemplo, as infrações ocorridas no ambiente carcerário e que acarretam sanções disciplinares devem ser, necessariamente, submetidas à instauração de um processo disciplinar, assegurando-se ao detento, em outra medida, o exercício do direito de defesa, nos termos do art. 59 da Lei de Execução Penal⁷⁷, ou seja, garantindo também o contraditório e a ampla defesa. Registre-se que conforme apregoa Julio Fabbrini Mirabete:

[...] não se admitem a aplicação e a execução da pena sem o devido processo legal (due process of Law). É preciso que o processo de execução possibilite efetivamente ao condenado e ao Estado a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas. A oportunidade de defesa deve ser realmente plena e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, sem as quais não pode caracterizar-se o “devido processo legal”, princípio inserido em toda Constituição realmente moderna.⁷⁸

Por outro lado, o princípio da publicidade guarda íntima conexão, especialmente, com as hipóteses em que a transparência dos atos processuais deve ser relativizada. Nos termos do art. 198 da LEP “É defesa ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso a inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena”.

Tal princípio, na execução penal, encontra duas faces. A primeira delas, naturalmente, a de divulgar, em regra, todos os atos processuais, até mesmo para que o condenado tenha conhecimento de sua situação no decorrer do processo

⁷⁶ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 3.

⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 30.

executório. A outra, visa vedar “a publicidade de atos que possam expor o condenado a inconveniente notoriedade no decorrer da execução penal”⁷⁹, bem como impedir que se divulgue fatos ocorridos no ambiente intramuros que possam comprometer a própria segurança no interior dos presídios, sem que, contudo, o exagero desta restrição à publicidade, comprometa a observância da legalidade desses atos.

Por fim, tendo em vista a finalidade ressocializadora da execução penal, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado em nosso ordenamento jurídico, o princípio da humanidade auxilia na reintegração social do condenado, vedando, e nos termos do art. 5º, inciso XLVII, da CF, a pena “a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, IXI; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”⁸⁰. Ainda o mesmo artigo, em seu inciso XLIX, assegura ao detento, sua integridade física e moral. Registre-se que essas espécies de pena “são incompatíveis com a dignidade da natureza humana, constituindo-se em modalidades de castigos, que repudiam ao senso moral da comunidade democrática”⁸¹. Nada obstante este e outros dispositivos vêm sendo inobservados, ensejando ao delinquente sujeição a penas degradantes, em locais inadequados para seu cumprimento e para a própria readaptação social do condenado. Não é outro o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete:

A tendência moderna é de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à idéia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso.⁸²

Assinala, ainda, Guilherme de Souza Nucci:

[...] o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da

⁷⁹ PRADO, Luiz Régis (coord.). **Direito de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁸¹ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 110.

⁸² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24.

pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

2.2 O EXEQUENTE E O EXECUTADO

Convém lembrar que, na orbe da execução penal, somente o Estado pode fazer valer o exercício do poder punitivo, objetivando dar cumprimento ao comando emergente do decreto de preceito condenatório, concretizado na sentença.

Como bem assinala Renato Marcão:

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, conforme anuncia o art. 1º da Lei da Execução Penal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.⁸³

Como em qualquer outro processo de conhecimento, com o trânsito em julgado da ação penal, surge, para o autor, um título. Em regra, somente através dele é que se poderá privar alguém da liberdade de ir e vir ou obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer algo, como é o caso, por exemplo, das penas restritivas de direitos, as quais não envolvem o cárcere. Para Haroldo Caetano:

A sentença condenatória constitui-se no título fundamental para a execução penal. Findo o processo penal de conhecimento e constituído o título executivo (a sentença penal condenatória), tem início o processo de execução penal, não como ação autônoma, mas integrando o processo penal condenatório, com sua necessária fase final.⁸⁴

A partir daí, instaura-se *ex officio*, o processo executivo, assumindo o Estado a posição de Exequente. Ou seja, tem o Estado, e somente ele, o poder-dever de aplicar a pena, nos limites impostos na sentença penal. No ponto, elucida Renato Marcão:

⁸³ MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

⁸⁴ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 42.

Depois, já em sede de execução penal, não há atuação do particular na condição de titular do direito de fazer cumprir o comando emergente da sentença, pois somente o Estado é que pode tornar efetiva a sanção penal, ainda que decorrente de condenação imposta em ação penal privada, inexistindo outro titular do direito de fazer cumprir, executar, o título que se formou com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou absolutória imprópria.⁸⁵

O executado exerce, porém, o papel mais importante do processo de execução penal, sobre ele centra-se, ou deveria centrar-se, todas as atenções. Nessa conjuntura, executado nada mais é que o recluso, preso definitivo (com sentença condenatória transitada em julgado) ou provisório (aquele contra quem não foi permitido apelar em liberdade e cuja ação penal encontra-se em fase de recurso). Há ainda, o internado, nos casos de medida de segurança e aquele que descumpriu qualquer das condições da transação penal.

Nesse sentido, conforme explicita José Eduardo Goulart, o direito da execução penal traduz um instrumento indispensável na relação que se estabelece entre exequente e executado, representando “o conjunto de normas jurídicas que tem por objetivo garantir e regular a execução de todas as penas, de seus substitutivos, dos incidentes de execução e das medidas de segurança”⁸⁶

Em tópico específico, analisaremos brevemente todos os princípios informadores do processo de execução penal. Antes disso, contudo, adiante-se desde já, que pelo princípio da humanidade ou princípio da humanização, o detento ou executado é e deve ser visto como sujeito de direitos. É inegável que as políticas criminais têm atuado positivamente para a reforma do sistema penal, basta ver que as primeiras prisões se valiam não só da privação da liberdade do condenado, mas também de disciplina severa, sujeitando os indivíduos submetidos à custódia do Estado, a tratamento cruel e humilhante.

Hoje, embora a prisão continue sendo vislumbrada, pela maioria da população, como um mal necessário à convivência social, há que se ter em conta a

⁸⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

⁸⁶ GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 54-55.

existência de um forte movimento, motivado pelo princípio da humanidade, que busca não só a melhora das condições carcerárias, mas também substituir a pena privativa de liberdade, gradativamente e sempre que possível, por penas alternativas, por exemplo. Diz Anabela Miranda Rodrigues:

O vasto movimento de respeito pelo indivíduo e de reconhecimento dos seus direitos humanos fundamentais vem-se alargando, decisivamente, ao âmbito das reformas do sistema repressivo, favorecendo, assim, a consagração de uma ampla base de humanidade sobre que se organiza a execução de medidas privativas de liberdade.⁸⁷

Paulatinamente, a sociedade tem observado o detento, não como um inimigo ou um objeto, desprovido de qualquer direito e sob o qual deve recair todo e qualquer tipo de sacrifício físico e psicológico, mas, antes, como um indivíduo desviante que precisa ser reintegrado à sociedade. Essa idéia, embora ainda não seja acolhedora, pressupõe sem qualquer dúvida a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, base de todo o nosso ordenamento jurídico.

Não podemos nos esquecer que somos todos parte de uma mesma sociedade, somos todos iguais perante a lei, segundo a própria Constituição Federal e nada mais lógico que os mesmos direitos assegurados a todos os cidadãos, sejam também assegurados ao executado. Em que pese, sua posição de executado exija alguma relativização no que diz com a liberdade, por exemplo, é preciso ter em mente que a segurança jurídica deve se estender também ao detento, por meio de normas e regras, contendo, assim, o poder punitivo estatal. Segundo Anabela Miranda Rodrigues “O respeito devido pela pessoa do recluso não se realiza enquanto não se protegerem e garantirem os seus direitos que são parte integrante e substancial da sua personalidade.”⁸⁸

De fato, não por outra razão que, a par do Estado estar limitado ao comando exarado na sentença, o poder punitivo sofre outras limitações ao longo da execução penal decorrentes da própria Lei de Execução Penal que faz às vezes de estatuto

⁸⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade**: Seu Fundamento e Âmbito. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 23.

⁸⁸ Ibidem, p. 26.

jurídico do executado, possibilitando a intervenção judicial e estabelecendo as diretrizes, direitos e deveres, bem assim as condições em que deverá ser cumprida a pena, quais as benesses, de acordo com a evolução de cada detento, e quais as sanções pelas faltas cometidas, tudo durante o período de cumprimento da reprimenda.

Importa salientar que, embora a posição jurídica de executado, o detento mantém a posição de ser humano que lhe é inerente. Ou seja, o exequente tem o poder-dever de assumir seu papel de aplicador da pena sem, contudo, tornar o indivíduo que se sujeita a ela, um mero objeto de realização do Estado como garantidor da segurança pública. Assinala Natalia Gimenes Pinzon:

[...] quando falamos em dignidade da pessoa humana não podemos olvidar que a pessoa não pode ser considerada apenas um meio, mas sempre um fim em si mesma. Com isso, o ser humano não é passível de qualquer espécie de coisificação e de instrumentalização.⁸⁹

Não se pode perder de vista, contudo, que a relação entre o exequente e o executado é de natureza complexa. Se por um lado, exige-se que a Administração cumpra com o seu papel de ressocialização e, ainda, de retribuição de um mal impingindo ao condenado pelo descumprimento de uma norma, já que a privação da liberdade, por óbvio, acarreta um mal. De outro lado, haverá sempre limites intransponíveis a fim de garantir a dignidade do executado, assegurando-lhe direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença.

Cabe aqui referir que, há sempre um conjunto de deveres, não só da Administração Pública na efetivação de prestações para a re-integração social do recluso, mas também deveres dos próprios detentos para com o Estado que clama pela sua participação ativa neste processo, justificando, inclusive, a existência de medidas limitativas dos direitos fundamentais. Diz Anabela Miranda Rodrigues:

A posição concreta do recluso na execução, a que a matéria dos direitos fundamentais dá corpo, reflete duas idéias fundamentais, que não é demais acentuar: por um lado, a proteção jurídica face a administração, baseada na

⁸⁹ PINZON, Natalia Gimenes. O Discurso Ressocializador e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: CODO CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 296.

sua consideração como ser humano; por outro lado, a sua (re)inserção na sociedade, como ser de novo inteiramente (co)-responsável pelo destino comunitário.⁹⁰

Neste sentido, chegamos à conclusão de que, em sede de execução, não há falar apenas nos direitos sociais individuais do recluso, mas também na limitação de seus direitos fundamentais, como tentativa de reinseri-lo na sociedade, sendo este precisamente o limite da atuação estatal na esfera privada do preso.

Não é menos verdade, contudo, que no processo de ressocialização a que se compromete o Estado faz-se necessário a participação do recluso. Ora bem. Se, por um lado, incumbe ao Exequente ofertar medidas de tratamento que conduzam a reinserção social do recluso como, por exemplo, através do trabalho, o qual, além de reduzir a antinomia entre o cárcere e a vida em sociedade, permite ao detento evoluir de forma significativa seu senso de responsabilidade e independência. De outro, não são todas essas medidas que podem ser impostas ao condenado, algumas delas, ele próprio deve aceitar voluntariamente, sujeitando-se, pois, às medidas disciplinares advindas de seu descumprimento.

A pena privativa de liberdade, por si só, dificulta a voluntariedade do recluso em aceitar sua participação na readaptação ao meio social. E, dessa forma, é imprescindível que o Estado, na sua posição de exequente, busque incentivar sobredita participação, procurando minimizar os efeitos do cárcere. Lembra Julio Fabbrini Mirabete:

O sentido inerente de *reinserção social*, conforme o estabelecido na lei de execução, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração [...].⁹¹

⁹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade**: Seu Fundamento e Âmbito. São Paulo: IBCrim, 1999. p. 64.

⁹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 26.

2.3 DIREITOS NÃO ATINGIDOS DO RECLUSO.

Na esteira do que preceitua o art. 3º da Lei de Execução Penal⁹², o comando emanado na sentença condenatória limita não só a quantidade de pena a ser impingida ao apenado, mas também o seu alcance e, por decorrência lógica, a própria pretensão punitiva.

Acresce Haroldo Caetano da Silva que

O desrespeito aos direitos não atingidos pela sentença significa punição extra, ilegal, portanto. São direitos garantidos, assim, ao condenado e ao internado, o direito à integridade física e moral, à saúde, ao trabalho, à assistência familiar, à propriedade, à liberdade de consciência e de convicção religiosa, à instrução, ao sigilo de correspondência etc.⁹³

Por certo, conforme antes explicitado, superada a visão de emenda do condenado, em que se buscava a cura de sua personalidade, na atualidade, além de ser reconhecido como sujeito de direitos, a função da pena não é mais a reforma de seu psíquico, mas a reeducação de seu comportamento, com intuito de ajustá-lo aos padrões mínimos de determinada sociedade. Constituindo este o limite da atuação do Estado e, tendo em vista a égide do Estado Democrático de Direito, sob o qual nos encontramos, o detento, muito embora estando segregado, mantém a sua condição de homem livre e, por tal, tem autonomia para decidir sobre os caminhos que tomará durante a execução da pena, sujeitando-se tanto às benesses, quanto às sanções disciplinares advindas do exercício de seu livre arbítrio. Segundo Andrei Zenkner Schimidt:

[...] os presos, por sua vez, possuem os mesmos deveres dos demais cidadãos – ou seja, o dever de respeitar os direitos individuais alheios – e outro que lhes é peculiar: o de cumprir a sanção penal imposta na sentença condenatória, com seus respectivos efeitos no curso da execução. Por outro lado, este mesmo preso terá todos os direitos dos demais cidadãos, menos

⁹² BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

⁹³ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 43.

um, que decorre de seu dever peculiar e diferenciado dos demais indivíduos: a liberdade de ir e vir. Nada mais, nada menos.⁹⁴

Dito isso, e tendo presente sempre o princípio da dignidade da pessoa humana que norteia todo ordenamento jurídico nacional brasileiro, há uma esfera de direitos individuais não atingidos pela sentença, a qual jamais poderá passar pelo jugo do Estado ou da sociedade. Fala-se aqui de direitos ligados, precisamente, ao foro íntimo do condenado e, portanto, a sua personalidade que, como já mencionado merece a proteção do Estado e não o seu aceite.

Segundo Natalia Gimenez Pinzon:

A liberdade de cada um não deve ser entendida apenas quanto ao aspecto de deslocamento, aquela de ir e vir. Falamos mormente de uma das mais nucleares liberdades do indivíduo: a liberdade de consciência. A liberdade de consciência engloba também várias facetas, dentre elas a liberdade de pensamento, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, e, principalmente, a liberdade de *ser*. Dessa forma, cria-se uma reserva de interioridade, em que a liberdade do homem é 'total', não sendo permitida a intromissão nem do Estado nem da Sociedade.⁹⁵

Não é outra a leitura que se faz do art. 41 da nossa Lei de Execução Penal que, de forma exemplificativa, trata dos direitos individuais não atingidos pela pena privativa de liberdade. Assim, e conforme bem apregoa Andrei Zenkner Schmidt:

[...] no que tange aos direitos do preso, não faz ele juz, apenas, às situações arroladas nos incisos do art. 41, senão também a todos os demais direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal, desde que compatíveis com a sua situação de apenado.⁹⁶

Nessa medida, vale destacar, algumas práticas polêmicas em estabelecimentos criminais. É o caso, por exemplo, da proibição de uso de aparelho

⁹⁴ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CODO. CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 266.

⁹⁵ PINZON, Natalia Gimenes. O Discurso Ressocializador e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: CODO CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 290-291.

⁹⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CODO. CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 224.

celular, entendido, pelo referido autor⁹⁷, como violadora do direito constitucional à comunicação, previsto no art. 5º, inciso IX da CF⁹⁸ e, inclusive, ao próprio art. 41, inciso XV da LEP⁹⁹, regras que permitem o contato do preso com as pessoas não segregadas. Contudo, tendo em vista o tema do nosso trabalho, fica apenas o registro de que os direitos expostos no art. 41 da LEP não encerram a totalidade de direitos que devem ou deveriam manter os reclusos.

Por outro lado, vale consignar que segundo aponta Guilherme de Souza Nucci¹⁰⁰, há direitos que devem ser relativizados, sob pena de assim não agindo, por em risco outro de maior relevância: o da segurança pública, o qual também está previsto na Carta Constitucional. Segundo, ainda, consagra o autor, isso justificaria, por exemplo, a violação de correspondência de presos, sem incorrer em ato inconstitucional.

Ainda, mantém os detentos direitos sociais, ou seja, aqueles direitos enumerados no art. 6º da CF e que constituem prestações positivas do Estado, não só para a parte da sociedade que não se encontra segregada, como da própria massa carcerária. Por certo que, problemas sociais como direito à saúde e à educação, especialmente no que tange ao primeiro, são questões que ainda não foram solvidas nem mesmo no ambiente extra-muros, contudo, isso não quer dizer, que o preso não merece a mesma atenção das autoridades acerca desses direitos. Até, pelo alto grau de vulnerabilidade e de impossibilidade de procurar outros meios para resolver tais necessidades.¹⁰¹

Sabe-se, através dos próprios meios de comunicação, que sequer o desempenho de atividade laborativa tem sido um direito atendido, no interior do ambiente carcerário, até mesmo pela ausência de vagas diante da quantidade de

⁹⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CODO. CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 225-226.

⁹⁸ RASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

⁹⁹ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 994.

¹⁰¹ SCHMIDT, op. cit., p. 233-234.

detentos e a própria dificuldade de firmar convênios com empresas que aceitem os presos como mão-de-obra. Ora. Nessa diretiva, mostra-se quase intuitivo que a finalidade ressocializadora da execução e que fundamenta, inclusive, a própria utilização da pena como instrumento adequado a esse fim, por óbvio, não vem sendo atendida.

Veja-se que, não se quer dizer aqui, que com isso se queira transformar as prisões em locais da mais suprema felicidade, retirando toda a carga negativa que a envolve, até porque o cárcere, como tal, ao cercear a liberdade do indivíduo, por si só, já constitui um mal. O que se quer é apontar que, em um ambiente tão hostil como, de fato, são as prisões, seja mantido aquele mínimo de direitos não atingidos pela segregação compulsória, querendo com isso, efetivamente, possibilitar a reinserção social do recluso à sociedade. Portanto, o que se busca é, meramente causar o *mínimo sofrimento ao delinquente*.¹⁰²

2.4 DESVIO E EXCESSO DE EXECUÇÃO

Sabe-se que a execução penal objetiva o cumprimento da reprimenda estabelecida na sentença penal condenatória e, ainda, a reintegração social do condenado à sociedade. Nesse âmbito, conforme alhures explicitado, a execução da pena é pautada por inúmeros princípios dentre os quais, destaca-se o princípio da legalidade, onde o cumprimento da sanção deve ser balizado nos limites impostos na sentença e na lei.

Como vimos, contudo, o legislador permite certa margem de discricionariedade à Administração e, tendo em vista as falhas inerentes a qualquer procedimento, qualquer dos incidentes ocorridos na esfera administrativa deve ser submetido à apreciação pelo poder judiciário em uma vara especializada.

Nessa ordem de idéias, trataremos agora do desvio e do excesso de execução, nos termos do art. 185 da LEP, os quais podem ser suscitados, consoante art. 186 da LEP, pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário,

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 331.

pelo próprio sentenciado, ou por quaisquer dos demais órgãos da execução penal e serão dirimidos pelo juiz da execução. Segundo conceitua Haroldo Caetano da Silva “a prática de qualquer ato que ultrapasse as disposições da sentença ou da lei constituirá, pois, excesso ou desvio de execução, devendo de pronto ser rechaçado pelo juiz da execução penal [...]”.¹⁰³

Dessa forma, temos que ocorrerá desvio ou excesso de execução quando a Administração falhar na condução do processo executório, ferindo direitos não atingidos pela sentença condenatória ou eximindo-se do seu papel de fiscalizar o cumprimento da sanção, o que, no mais das vezes, gera no sentenciado e na própria sociedade sentimento de impunidade frente à violação dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais.

Portanto, a instauração do incidente de execução deverá evitar “o arbítrio da Administração pela hipertrofia e abuso de poder que levam à desproporcionalidade entre o crime e a sua punição”.¹⁰⁴

Todavia, a lei não distingue excesso de desvio de execução, o que, de resto, é feito pela doutrina, tendo em vista que não se admite, no âmbito da legislação brasileira, palavras ou expressões inúteis, ou seja, desprovidas de um significado próprio. Haverá excesso de execução quando a sanção efetivamente aplicada foi quantitativamente superior àquela imposta na sentença ou na lei, ao passo que, o desvio de execução representa o descumprimento qualitativo dos mencionados limites da execução.¹⁰⁵

Assevera Haroldo Caetano da Silva:

Excesso quer dizer aquilo que excede ou ultrapassa o permitido, o legal, o normal. Logo estará caracterizado o excesso de execução quando o sentenciado é submetido a tratamento mais rigoroso do que o fixado na sentença ou determinado pela lei [...].¹⁰⁶

¹⁰³ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 311.

¹⁰⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 651.

¹⁰⁵ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 179-180.

¹⁰⁶ SILVA, op. cit., p. 311.

O excesso se caracteriza por ser prejudicial ao recluso, retirando-lhe os direitos não atingidos pela condenação que lhe são inerentes, ferindo de morte o princípio da dignidade humana, ao colocá-lo em situação mais gravosa daquela prevista na sentença. Já o desvio de execução, configura, em regra, um favorecimento indevido ao recluso, importando, em outra medida, além da violação ao princípio da legalidade, também ao princípio da isonomia, na medida em que tratará o condenado que esteja na mesma situação jurídica de outro detento de forma distinta.

Exemplifica Renato Marcão que o excesso de execução, dentre outras situações fáticas, poderá ocorrer quando a autoridade administrativa:

1) submeter o executado a regime mais rigoroso do que aquele a que tem direito em razão do fixado na sentença ou em decisão que concedeu progressão; 2) manter em cadeia pública ou estabelecimento inadequado aquele a que se impôs medida de segurança; 3) submeter o executado a sanção administrativa além do fixado em lei.¹⁰⁷

Por outro lado, segundo pontua Haroldo Caetano da Silva, o desvio ocorre, por exemplo quando “o agente, condenado a cumprir pena em regime fechado, é mantido em regime mais suave – aberto ou semiaberto – ou recebe benefícios descabidos, como a saída temporária ou o trabalho externo sem escolta.”¹⁰⁸

Para finalizar, vale trazer à baila, as palavras de Adeildo Nunes, acerca da temática:

Uma das maiores distorções que existe entre a efetiva aplicação da Lei e a prática carcerária, sem dúvida, está no abuso de autoridade e na certeza da impunidade que norteiam os agentes do Estado. Os maus-tratos e os desrespeitos à integridade física e moral dos presos, portanto, estão na certeza da impunidade e na falta de conhecimento da Lei de Execução Penal, além do que a provável punição não mais intimida.¹⁰⁹

Na visão de Julio Fabbrini Mirabete¹¹⁰, tais perplexidades, justificam a razão pela qual o art. 186 da LEP, contém um amplo rol de agentes e órgãos que detém

¹⁰⁷ MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 356.

¹⁰⁸ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 312.

¹⁰⁹ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 180.

¹¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 653.

legitimidade para instauração do incidente de execução, procedimento que visa corrigir tais equívocos. Até porque, nunca é demais lembrar, que a execução visa, preponderantemente, a reinserção social do detento e jamais o fará se tornar inócua a pena imposta na sentença ou se aplicá-la de maneira a afetar a dignidade do sentenciado.

2.5 REGIMES DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS ADEQUADOS.

Tratando o trabalho dos presos condenados à pena privativa de liberdade, três são os estabelecimentos prisionais que nos interessa citar: Penitenciária; Colônias Penais e a Casa do Albergado. Cada um deles corresponde, respectivamente, aos regimes fechado, semiaberto e aberto.

Segundo Julio Fabbrini Mirabete, a “individualização do tratamento, exige, por meio da adequada observação dos presos, sua classificação e destino ao estabelecimento mais adequado a sua personalidade.”¹¹¹ Nem por outra razão que a Lei de Execução Penal define estabelecimentos penais diversos, de acordo com o correlato regime de cumprimento da pena.

Nesse passo, as penitenciárias, nos termos do art. 87 da Lei de Execução Penal¹¹², constituem os estabelecimentos penais adequados para o condenado, em termos definitivos, a pena em regime fechado. Nesse âmbito, temos que a pena em regime fechado será cumprida pelo condenado a mais de oito anos de reclusão; mais de quatro anos de reclusão, se reincidente; ou a menos de quatro anos, em casos excepcionais, se as circunstâncias judiciais autorizarem a medida¹¹³. Aplica-se o regime inicialmente fechado também ao condenado por crime hediondo ou equiparado, independentemente do *quantum* punitivo aplicado, nos termos do art. 2º,

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 246.

¹¹² BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 519.

§ 1º, da Lei 8.072/1990 e, ainda, aos condenados por crime decorrente de organização criminosa, consoante o art. 10 da Lei 9.034/1995.¹¹⁴

Conforme expõe Adeildo Nunes:

No regime fechado, o condenado deve permanecer em celas individuais ou coletivas, com direito a sair do isolamento carcerário para banhos de sol, visitas de amigos e familiares, em dia e horário previamente estabelecidos pela direção do presídio.¹¹⁵

Por conta disso, o regime fechado é o mais gravoso do sistema penitenciário brasileiro, devendo obedecer aos requisitos previstos no art. 88 da LEP, tais como, conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, no interior de cada unidade celular, reduzindo os efeitos nocivos do cárcere com a observância de aspectos como salubridade (aeração, insolação e condicionamento térmico), e área mínima de seis metros quadrados.

Nas penitenciárias femininas, além destes requisitos básicos, deve ser dotado de “seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.” (art. 89 da Lei de Execução Penal)¹¹⁶

O regime semiaberto, por outro lado, deve ser fixado na sentença ao condenado à pena reclusiva superior a quatro anos que não exceda oito, desde que não reincidente, inteligência do art. 33, § 2º, letra b, Código Penal.¹¹⁷

Tal regime viabiliza o necessário escalonamento, ou seja, possibilita que o condenado em regime inicialmente fechado possa futuramente usufruir do regime aberto, desde que primeiro ingresse no regime semiaberto, se reunir, contudo, as condições objetivas e subjetivas definidas no art. 112 da Lei de Execução Penal.¹¹⁸

¹¹⁴ PRADO, Luiz Régis (coord.). **Direito de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 127.

¹¹⁵ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 140.

¹¹⁶ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

¹¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 251.

Da mesma forma, poderá ser posto no regime semiaberto, o condenado ao regime inicial aberto quando, por exemplo, no curso da execução, pratica falta de natureza grave.

As colônias penais são os estabelecimentos adequados a este regime, “onde o preso, usufruindo da semiliberdade, deverá desenvolver atividade laborativa ou educacional (art. 35, CP) no período do dia, devendo-se recolher no período noturno.”¹¹⁹

É, pois, um regime intermediário, em que já se nota na pessoa do condenado algum senso de responsabilidade a impedir as fugas e outras faltas disciplinares, razão pela qual o estabelecimento respectivo, em comparação com as penitenciárias, reduz, em parte, a vigilância sobre os detentos.

Por fim, a Casa do Albergado, é destinada aos sentenciados que usufruem do regime aberto, bem como, em se tratando de penas restritivas de direito, o condenado à limitação de fim de semana, tendo como principais características o fato de “situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga”¹²⁰, nos termos do art. 94 da LEP, aspectos, contudo, que na maior parte das vezes, não são observados. Conforme assinala Sidio Rosa de Mesquita Junior:

O regime aberto será cumprido em casa de albergado, estabelecimento que não tem estrutura de presídio, sendo que a única vigilância se restringirá à segurança das instalações, ou seja, o controle de entrada e saída do condenado na casa do albergado será feita por cartão de ponto. O condenado trabalhará externamente, com vínculo empregatício, durante o dia, retornando para a casa de albergado nos períodos de folga [...] ¹²¹

Dos regimes prisionais apresentados dois deles são de especial relevância para este trabalho, são eles o regime semiaberto e o aberto, onde a superlotação carcerária, ou mesmo a ausência de Casa de Albergado tem levado a inúmeras

¹¹⁹ PRADO, Luiz Régis (coord.). **Direito de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 117.

¹²⁰ MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 145.

¹²¹ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 220.

decisões acerca da concessão irregular e, *permissa venia*, ilegal, da prisão domiciliar, cuja análise das hipóteses de incidência constitui o tema do presente trabalho.

Ante que se prossiga, contudo, apenas um pequeno adendo, o qual bem elucida a problemática. É que a Casa do Albergado, embora tenha se apresentado, num primeiro momento, como uma proposta animadora, entre os juristas, porque reúne elementos positivos, tanto para o Estado (baixo custo para sua manutenção, além de redução de encarcerados), quanto para os reclusos (que não perdem o convívio com a família e amigos), jamais foi minimamente amparada pela Administração Pública para que se tornasse efetiva.¹²² Basta ter em mente que a maior parte dos pedidos que movem a máquina judiciária em busca de concessão da prisão domiciliar, tem por base a completa inexistência desses estabelecimentos, merecendo ressaltar as observações trazidas por Maurício Kuehne Curitiba:

Os dados do Infopen (setembro de 2008) registram 46 Casa de Albergado, sendo 7 (sete) do sexo feminino, daí porque o regime em questão (aberto) transmudou-se em "domiciliar" por firme orientação pretoriana, em que pese alguma resistência de poucos Juízos de Execução Penal [...].¹²³

¹²² BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 221.

¹²³ KUEHNE, Maurício. **Lei de execução Penal Anotada**. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 305.

3 PRISÃO DOMICILIAR

3.1 SURGIMENTO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Em abril de 1967, nos termos da Lei nº 5.256, a prisão domiciliar foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando, àquela época, o recolhimento dos condenados que preenchiam os requisitos para aguardar o desfecho dos respectivos processos criminais em prisão especial, os quais, por omissão da Administração Pública, não encontravam o estabelecimento adequado na Comarca do respectivo domicílio. Apenas dez anos mais tarde é que a prisão domiciliar passou a ser destinada ao preso definitivo, tendo em vista a inexistência de estabelecimento adequado também para presos do regime aberto - regime criado pela Lei nº 6.416/77.¹²⁴

Relembre-se que embora, na década de 30, a matéria relativa à execução penal tenha adquirido certa autonomia, a lei própria das execuções penais só veio a ser editada muito tempo depois, ou seja, em 11 de julho de 1984. Assim, os entes federativos, na busca de alternativas para a problemática da ausência de Casa do Albergado em alguns Estados do Brasil, encontraram guarita na utilização da prisão domiciliar, fazendo-o por meio de leis estaduais que, de resto, autorizavam a medida. Advirta-se que somente após a Constituição Federal de 1988 é que a União subtraiu para si a competência para legislar sobre direito penitenciário, o que, a partir de então, impossibilitou a manobra que a duras penas contornava o problema¹²⁵.

Assim, toda a legislação a respeito de prisão domiciliar foi revogada com o advento da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210), a qual enumerou hipóteses taxativas para o recolhimento em prisão domiciliar¹²⁶ e, dentre elas, não arrolou a inexistência de albergue ou superlotação carcerária. Sem embargo das mudanças legislativas, o problema perdura na atualidade, acrescido de outras impossibilidades

¹²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 22.

¹²⁵ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução Penal**: Questões Controvertidas. Porto Alegre: Estudos MP, 1989. v. 3, p. 52.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 52.

fáticas de se colocar presos em regime aberto nas respectivas Casas do Albergado, conforme será visto nos próximos tópicos.

Hoje, a prisão domiciliar é, pois, uma modalidade excepcional de prisão que pode ser intentada pelo condenado ao regime aberto, e somente neste regime, em determinadas situações taxativamente previstas em lei. Eis a redação do art. 117 da Lei de Execução Penal:¹²⁷

Art. 117 Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
II - condenado acometido de doença grave;
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
IV - condenada gestante.

Nesse passo, elucida o autor Sidio Rosa de Mesquita Junior que a “prisão domiciliar só poderá ser concedida excepcionalmente, quando incidir uma das hipóteses do art. 117 da LEP, em que pese a prática ser diversa”¹²⁸.

Nessa diretiva, a doutrina de Adeildo Nunes:

[...] o art. 117 da Lei de Execução Penal autorizou que em determinadas circunstâncias o condenado pode cumprir a reprimenda em prisão domiciliar, condicionando essa situação excepcional a quem está cumprindo pena em regime aberto, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, réu acometido de doença grave ou em relação à condenada gestante ou mãe de filho menor ou deficiente físico e ou mental.¹²⁹

Em conformidade com aquele autor, as palavras de José Antônio Paganella Boschi:

As hipóteses excepcionais do artigo 117 tem conteúdo diverso e dizem respeito às particularidades daqueles condenados que em razão de doença grave, idade, gestação, deficiência física, filiação, necessitam de cuidados

¹²⁷ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

¹²⁸ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

¹²⁹ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.187.

especiais, uma vez que o Estado, infelizmente, não aparelhou-se o suficiente para atender essa pequena parcela de condenados [...].¹³⁰

Portanto, a prisão domiciliar caracteriza-se por ser uma modalidade de prisão excepcional, na qual a liberdade do condenado é cerceada em sua própria residência, não podendo dela ausentar-se sem autorização judicial. Segundo René Ariel Dotti:

O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença (Lei 9.605/98, art. 13).¹³¹

Trata-se, por óbvio, de um largo benefício, na medida em que, cumprir pena no aconchego do próprio lar - ambiente familiar - é sempre menos gravoso que dividir espaço com outros condenados, tanto mais nas atuais condições em que se encontram a maior parte dos estabelecimentos penais no Brasil, local que não limita apenas a liberdade do indivíduo, mas invade de tal forma sua intimidade que leva a sua “despersonificação”, o que certamente traz reflexos negativos na maneira do recluso em enxergar os demais cidadãos.

Nem por outra razão que esse benefício vem sendo deferido a outros condenados que, contudo, não preenchem os requisitos legais. Sem embargo das louváveis decisões nesse sentido, não se pode perder de vista que a pena ainda carrega finalidade punitiva-retributiva, até mesmo com o fim de evitar o sentimento de impunidade a tornar os Códigos e Legislações Especiais, em matéria penal, meras folhas de papel, desprovidas de valor, inservíveis para a proteção dos bens jurídicos ali tutelados. Daí porque, elucida Renato Marcão:

O regime aberto ou prisão-albergue como regra não admite a execução da pena em residência particular. Pena em regime aberto, já o dissemos, deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado, conforme deflui do art. 33, §1º, c, do Código Penal. Somente nas situações

¹³⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução Penal**: Questões Controvertidas. Porto Alegre: Estudos MP, 1989. v.3, p. 52.

¹³¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 558.

excepcionais enumeradas taxativamente no art. 117 da Lei de Execução Penal, plenamente justificadas em razão das condições pessoais dos condenados, é que se admite o cumprimento em residência particular.¹³²

Logo, o deferimento deste benefício de forma indiscriminada, culmina, especialmente ante a carência de fiscalização, na descridibilidade do sistema penal, um problema que assola a realidade do direito penitenciário no Brasil. Isso porque o ideal utópico colocado na Lei de Execução Penal não condiz com aquilo que, de fato, ocorre. A fiscalização deveria ser intensa, o fato de cumprir pena em regime domiciliar, não desonera o preso de honrar com suas responsabilidades, não o desobriga do cumprimento da sanção imposta na sentença. Complementando o tema, importante aludir-se ao entendimento de Julio Fabbrini Mirabete:

O fato de o condenado recolher-se em residência particular não significa que esteja dispensado das normas de conduta do regime. As restrições, obrigações e horários deverão ser observados pelo condenado, sob pena de revogação do regime. Está ele também obrigado ao trabalho, a menos que suas condições de saúde ou encargos domésticos não o permitam, caso em que poderá ser dispensado da obrigação pelo juiz da execução.¹³³

Infelizmente, de bom alvitre registrar que o descaso com essas regras, não atinge qualquer das finalidades da execução, anteriormente expostas, quer seja a de retribuir, quer seja a própria reinserção social do detento.

3.2 HIPÓTESES AUTORIZADORAS DA PRISÃO DOMICILIAR

Nessa ordem de ideias, as hipóteses para concessão de prisão domiciliar são aquelas legalmente previstas, não cabendo ao poder judiciário, em regra e por ora, estendê-las sempre que achar conveniente ou oportuno, sob pena de ferir-se o princípio da legalidade.

Por outro lado, até mesmo nas hipóteses ali previstas, a interpretação deve ser restritiva, ou seja, em sendo a prisão domiciliar, modalidade excepcional, só deve ser concedida, por conta de condições pessoais excepcionalíssimas do apenado.

¹³² MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 187.

¹³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 394.

Nesse passo, no que tange ao sentenciado acometido por doença grave, nos termos do inciso II, do artigo 117, da Lei de Execução Penal, é preciso avaliar, caso a caso, algumas especificidades. Registre-se que nem todo portador de moléstia grave terá o benefício deferido. Vale dizer, entende-se que o conceito de “doença grave” deve ser aferido de maneira restritiva, levando-se em conta as circunstâncias em que, de fato, se encontra o apenado. A matéria já foi suscitada, no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual assim se posicionou, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ESTELIONATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. ESTABELECIMENTO PENAL COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. **Já decidiu esta Corte que para a excepcionalidade da colocação do preso provisório em prisão domiciliar, necessário estar devidamente comprovado que o recluso é portador de doença grave cujo tratamento não possa ser ministrado no próprio estabelecimento prisional em que esteja recolhido, ou que o tratamento médico ali prestado é ineficiente ou inadequado (HC 121.258/SE, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 15.12.2009).**

2. Verifica-se que a paciente não satisfaz os requisitos autorizadores para a concessão da prisão domiciliar, porquanto não cumpre pena em regime aberto (art. 117, caput da LEP), não é portadora de doença grave e está custodiada em estabelecimento adequado ao regime estabelecido na sentença (semiaberto), conforme afirmou o Tribunal Mineiro.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(Grifo nosso)¹³⁴

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. PRISÃO ESPECIAL (CPP, ART. 295). TRANSFORMAÇÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. RÉ ACOMETIDA DE DOENÇA GRAVE. AIDS. IMPOSSIBILIDADE.

- O cumprimento da pena em residência particular somente é admissível, além das hipóteses previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal, em situações excepcionais.

- O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, excepcionalmente, o cumprimento da pena em residência particular nos casos em que o réu é acometido de doença grave e diante da absoluta inexistência de estabelecimento especial adequado à sua condição pessoal.

- Não obstante ser a paciente portadora do vírus HIV, moléstia considerada grave, este fato, por si só, não enseja a concessão da prisão domiciliar, sendo necessário prova incontestante no sentido de que a condenada não está tendo a devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra.

- Habeas-corpus denegado.¹³⁵

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 166.156/MG**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

Sobre a temática, ainda, leciona o colendo Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PRISÃO DOMICILIAR. DOENÇA GRAVE. NÃO-COMPROVAÇÃO. TRATAMENTO POSSÍVEL NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. 1. Habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem, em que se pretendia o reconhecimento do direito à prisão domiciliar. 2. O art. 117, da Lei de Execução Penal somente admite a prisão domiciliar nos casos de execução da pena privativa de liberdade em regime aberto. 3. **Ainda assim, é indispensável a demonstração cabal de que o condenado esteja acometido de doença que exija cuidados especiais, insuscetíveis de serem prestados no local da prisão ou em estabelecimento hospitalar adequado** (HC nº 83.358/SP, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 04.06.2004). 4. Não havendo prova de doença grave do paciente, tampouco da inadequação ou insuficiência de eventual tratamento médico ministrado no estabelecimento prisional ao paciente, é caso de denegação do writ. 5. Ordem denegada. (Grifo nosso)¹³⁶

Destarte, possível inferir dos arestos colacionados que o deferimento da prisão domiciliar ao condenado acometido de moléstia grave está atrelado aos casos em que seja nítido o despreparo do Estado em manter confinado alguém que exige cuidados especiais, ou seja, onde o estabelecimento penal não disponha do tratamento necessário ou que, embora forneça assistência médica, seja ela inadequada ou ineficiente, em manifesto prejuízo à saúde do recluso. Na mesma linha, tem-se a argumentação de Julio Fabbrini Mirabete:

[...] tem direito à prisão domiciliar o condenado acometido de doença grave, ou seja, de moléstia de difícil cura, que exige longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente, Entre elas pode-se destacar a AIDS; segundo estatísticas de 1989, em cada nove presidiários um está contaminado pelo vírus da moléstia. É evidente, porém, que não tem direito à prisão domiciliar o condenado apenas por ser portador do vírus ou mesmo por já ter contraído a moléstia. É indispensável que, além de se ter deferido o regime aberto, não possa ser ele devidamente assistido pelo serviço médico do Estado na casa do albergado e se encontre na *fase terminal* da doença.¹³⁷

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 24.256/RJ**. Relator Ministro Vicente Leal, julgado em 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.092/RJ**, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 03 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 dez. 2012.

¹³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 393.

Diante dessa realidade, embora a gravidade intrínseca da AIDS, por exemplo, conceder-se indiscriminadamente a todo e qualquer detento que seja portador do referido vírus, o benefício da prisão domiciliar, sem tecer as peculiaridades do caso concreto, seria o mesmo que liberar um número ímpar de presos, propagando-se o terror a toda uma sociedade, a qual também assiste o direito constitucional à segurança.

Em outra medida, a hipótese do inciso I, do artigo 117 da LEP, que diz com a senilidade, ou seja, a concessão de prisão domiciliar ao recluso maior de 70 anos representa aspecto objetivo a ser apreciado. Nessa linha, em sendo o apenado maior de 70 anos e cumprindo pena em regime aberto, não se tergiversa que o benefício, nesses casos específicos, deverá ser deferido. Tal hipótese trata de um critério cronológico que leva em consideração, “sua decadência ou degenerescência provocada pela senilidade, sua menor periculosidade e as maiores dificuldade que tem em suportar o rigor da pena.”¹³⁸

Por outro giro, ao contrário do inciso acima, determinante observar que, no que tange ao inciso III, artigo 117, da LEP, o qual trata da condenada com filho menor ou portador de deficiência física ou mental, algumas considerações merecem ser feitas. Vale dizer, quanto ao filho portador de deficiência física ou mental, certo é que a apenada deverá comprovar essa circunstância através de perícias e exames médicos, além da necessidade dos cuidados maternos, caso comprovado esses requisitos, terá deferida a prisão domiciliar. Por outro lado, tangentemente a hipótese do “filho menor”, advirta-se que tal conceito não é definido pela lei.

Segundo o Código Civil de 2002, contudo, menor de 16 anos, é considerado aquele absolutamente incapaz para a prática dos atos da vida civil (art. 3º, inciso I)¹³⁹, ao passo que, menor de 18 é o relativamente incapaz de realizar certos atos (art. 4º, inciso I)¹⁴⁰. Muito embora estes conceitos, nenhum deles apresenta o conceito literal para a expressão “filho menor”. Registre-se que esse juízo deverá ser aferido seguindo parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, não parecendo razoável, contudo, que “filho menor” previsto no dispositivo legal já citado, seja sua

¹³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 393.

¹³⁹ BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

¹⁴⁰ Ibidem.

capacidade ou não de realizar atos da vida civil. No ponto, louvável o entendimento de José Antonio Paganella Boschi, o qual entende que filho menor “é aquele que exige especial cuidado, proteção e vigilância da condenada, cuja idade não pode ser, ‘a priori’, determinada, pois o exame do caso concreto é que será o balizador do problema”¹⁴¹.

Não é outro o entendimento que se depreende do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através da leitura da seguinte ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. CABIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS FILHAS DA APENADA. INDEFERIMENTO. 1. O artigo 117 da Lei de Execução Penal disciplina as hipóteses cabíveis de prisão domiciliar: condenado maior 70 anos, condenado acometido de doença grave, condenada com filho menor ou deficiente e apenada gestante. Tal relação não é taxativa. Há que ser verificado o caso concreto. 2. no caso em tela, a apenada está em regime aberto, é proprietária de um restaurante, convivendo com esposo, empregada doméstica e duas filhas de 16 e 18 anos, os quais demonstram, segundo estudo social, segurança, maturidade e independência materna para seu desenvolvimento..., com ensino provido acima da população em geral, o que demonstra um cuidado familiar com a questão. AGRAVO DESPROVIDO ¹⁴²

Nunca é demais frisar que a prisão domiciliar retrata medida excepcional. Por conta disso, na hipótese retromencionada, a concessão de prisão domiciliar à apenada estará intimamente conectada às necessidades da criança, ou seja, aquela que efetivamente necessite dos cuidados maternos, reclamando sua especial atenção. Nessa linha, sustenta Julio Fabbrini Mirabete que o benefício da prisão domiciliar, nesses casos, “é concedido mais em favor da criança ou do deficiente, que necessita do amparo maternal.” ¹⁴³

Por fim, no caso de condenada gestante que se encontrar no regime aberto também caberá prisão domiciliar. Também aqui, há que se observar que não é toda apenada gestante, no gozo do regime aberto, que terá deferido o benefício. Basta

¹⁴¹ BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução Penal**: Questões Controvertidas. Porto Alegre: Estudos MP, 1989. v. 3, p. 52.

¹⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº 70014583439**. Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, julgado em 22 de junho de 2006. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

¹⁴³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 393.

ver que o art. 14, § 3º, da Lei de Execução Penal¹⁴⁴ ao prescrever que “Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”, já está garantindo à gestante o mínimo necessário para que tenha um parto digno, sem prejuízo a sua saúde e a saúde de seu filho, ainda que esteja inserida no contexto prisional. Alie-se a isso o fato de que a prisão domiciliar é excepcional, de forma que a conclusão inexorável é semelhante àquela adotada para o detento portador de moléstia grave.

Na esteira deste entendimento, cabe trazer à baila precedente do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - ART. 117 DO CPP - PRISÃO DOMICILIAR - POSSIBILIDADE. A lei da execução penal no seu art. 117 do CPP concede a prisão domiciliar à condenada gestante. Hipótese fundada em gravidez de alto risco. CONCEDERAM EM PARTE A ORDEM DE HABEAS CORPUS, DE ACORDO COM O ARTIGO 117, INCISO IV, DA LEP, ENQUANTO PERDURAR A SITUAÇÃO DE RISCO QUE SERÁ REAVALIADA PELA JUIZA DE 1º GRAU. UNÂNIME. ¹⁴⁵

Logo, somente em casos excepcionais, ou seja, onde a gestação seja de alto risco, sendo os instrumentos disponíveis, no âmbito do estabelecimento penal, insuficientes para assegurar a saúde da reeducanda e da criança é que poderá se deferir de prisão domiciliar.

3.3 PRISÃO DOMICILIAR FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS

A realidade carcerária, contudo, está muito longe de ser aquela idealizada pela lei e pela doutrina, o que tem autorizado medidas, no âmbito do poder judiciário, em tese, ilegais, com o intuito de “sanar” as omissões do poder executivo que deveria se ocupar de questões relacionadas aos estabelecimentos prisionais. Acentua Guilherme de Souza Nucci:

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez 2012.

¹⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70037892601**. Relator Desembargador Jaime Piterman, julgado em 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 09 dez. 2012.

Infelizmente, em muitos locais, na ausência de casa do albergado, passou-se a deferir a todo e qualquer condenado, sujeito ao regime aberto, o cumprimento da pena em sua própria residência (é a denominada prisão albergue domiciliar - PAD), o que não condiz com o objetivo da Lei de Execução Penal, mas é fruto da política desastrosa do Estado no trato da questão.¹⁴⁶

A jurisprudência e doutrina divergem acerca da concessão ou não de prisão domiciliar aos detentos que não preenchem os requisitos do art. 117 da LEP. A precariedade dos estabelecimentos penais, aliada a superlotação carcerária constitui uma dessas situações não abrangidas pelo legislador, em que, segundo o entendimento da crescente jurisprudência, no ponto, caberia falar-se em prisão domiciliar, para salvaguarda dos princípios que norteiam a execução penal, especialmente o da humanização, o qual decorre do princípio constitucional da dignidade humana. Segundo Roque da Silva Araújo:

Do lastimável quadro em que se encontram as penitenciárias nacionais, não é difícil constatar que compelir os condenados a regime aberto e semiaberto, a execução da pena nestes estabelecimentos pela inexistência de estabelecimentos adequados, conforme determinado na legislação, constitui acendrada violação aos seus direitos. O Poder Judiciário não pode fazer incidir sobre os condenados os ônus decorrentes da inércia dos demais Poderes, que não logram êxito (ou não envidam esforços) na construção dos adequados estabelecimentos.¹⁴⁷

Cabe aqui trazer à liça importante precedente que alude à impossibilidade de se manter o apenado, o qual deveria estar cumprindo pena em regime mais brando e foi colocado, diante da inércia Estatal para construção de estabelecimentos adequados, em regime mais gravoso, deixando claro que a omissão do Estado não pode representar um ônus ao detento. Nestes casos, conforme o instituto que já analisamos, é visível o excesso de execução, configurando verdadeiro constrangimento ilegal manter sob estas condições detentos que deveriam estar usufruindo de regime menos rigoroso, conforme se vê do arresto que abaixo colaciono:

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1024.

¹⁴⁷ ARAÚJO, Roque da Silva. Omissão estatal e prisão domiciliar. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 10, n. 56. p. 103, jun./jul. 2009.

AG Nº 70.051.605.400AG/M 1.724 - S 08.11.2012 - P 61 AGRADO DA EXECUÇÃO (ART. 197 DA LEP). PRISÃO DOMICILIAR. HIPÓTESES NÃO TAXATIVAS DO ART. 117 DA LEP PARA O SEU DEFERIMENTO. EXCEPCIONALIDADE. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. Embora as hipóteses do artigo 117 da LEP não sejam exaustivas, há de ser verificado, caso a caso, o excepcional cabimento da prisão domiciliar, como forma alternativa de recolhimento de apenado que, sob regime aberto ou semiaberto, deveria estar cumprindo a sua pena carcerária em albergue ou colônia agrícola. Diante da inexistência de casa de albergado e da situação peculiar retratada nos autos, é de ser mantida a decisão que concedeu a prisão domiciliar ao apenado, a fim de evitar que ele continue cumprindo a sua pena carcerária sob condições iguais ou semelhantes àqueles que devem implementá-la sob regime mais gravoso. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. AGRADO IMPROVIDO.¹⁴⁸ (Agravo Nº 70051605400, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 08/11/2012)

Além disso, há manifestação da jurisprudência, no sentido de que, a superlotação da Casa de Albergado e, ainda, as péssimas condições a que os apenados vêm sendo submetidos também justificariam a benesse. É que, nestas hipóteses, a pena estaria negando à sua própria finalidade de reinserção social, ao tratar os estabelecimentos como verdadeiros depósitos de homens e mulheres, violando o princípio da dignidade humana e o correlato princípio da humanização das penas, como é possível depreender do precedente abaixo:

AGRADO EM EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR DIANTE DA SUPERLOTAÇÃO DA CASA DE ALBERGADO DA COMARCA. Rejeição a concepção retributiva da pena privativa de liberdade e resgate da sua natureza reabilitadora. Observância aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da humanização das penas. RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. UNÂNIME.¹⁴⁹

Em sentido contrário, contudo, e com amparo no princípio da legalidade e direito à segurança de todos os cidadãos, importante ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

¹⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº 70051605400**. Relator Desembargador Aymoré Roque Pottes, julgado em 08 de novembro de 2012. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 dez. 2012.

¹⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº 70032932675**. Relator Desembargador Aramis Nassif, julgado em 16 de junho de 2010. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 dez. 2012.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. REGIME ABERTO. REQUISITOS DO ART. 117 DA LEP. Ao deferimento da prisão domiciliar, necessária a verificação de enquadramento em circunstâncias especiais, elencadas no art. 117 da LEP, dispositivo que deve ser interpretado restritivamente. Superlotação e precárias condições físicas dos estabelecimentos que não são motivos ensejadores da concessão da benesse. Precedentes. Mazelas do sistema penitenciário brasileiro que não podem ser amenizadas pela burla dos preceitos legais, criando-se benefícios não previstos, ao fim exclusivo de liberação da massa carcerária. Detenta que iniciou o cumprimento da reprimenda em 12.12.2011, tendo ainda 6 anos, 1 mês e 20 dias de pena a cumprir, e já está em prisão domiciliar. Decisão reformada. AGRADO PROVIDO, PARA CASSAR O BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDO AO APENADO, DEVENDO O MESMO RETORNAR AO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO.¹⁵⁰ (Agravo Nº 70050637842, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 03/10/2012)

Nessa linha, vai a posição de Airton Zanata, o qual considera que a concessão de prisão domiciliar por motivo, fora das hipóteses legais ensejaria, e observado o princípio da isonomia, que outros detentos porque não em condições ideais do cárcere ou pela mesma falta de estabelecimento adequado, tivessem direito a usufruir da mesma benesse, raciocínio que levaria a “outras decisões liberais”¹⁵¹, também a presos do regime semiaberto, por exemplo.

Oportuno consignar, nesse âmbito, que não há uma posição correta ou equívoca, na medida em que ambas tratam do tema a luz de princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana e legalidade, e, portanto, ambas as decisões podem ser facilmente sustentadas. Tão verdadeiro isso que, nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça conseguiu dirimir o conflito, proferindo também entendimentos divergentes acerca da questão. Peço *venia* para colacionar precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça indeferindo a benesse, quando o pleito tem por base mera alegação de superlotação carcerária:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PACIENTE QUE ATUALMENTE CUMPRE PENA EM REGIME PRISIONAL ABERTO. ALEGAÇÃO DE SUPERLOTAÇÃO DA CASA DE ALBERGADO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO WRIT.

¹⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça **Agravo em Execução nº 70050637842**. Relatora Desembargadora Fabianne Breton Baisch, julgado em 03 de outubro de 2012. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 dez. 2012.

¹⁵¹ ZANATTA, Airton. Prisão-albergue domiciliar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 730, p. 431, ago. 1996.

ORDEM DENEGADA.

1. O cumprimento da pena em regime domiciliar, de acordo com o art. 117 da LEP, somente será concedido aos réus que foram beneficiados com o regime prisional aberto e, desde que sejam maiores de 70 anos ou estejam, comprovadamente, acometidos de doença grave; outrossim, este Superior Tribunal tem entendido que também é cabível que o apenado aguarde em prisão domiciliar, nos casos de ausência de vaga em estabelecimento compatível com o regime aberto.
2. O caso vertente não se subsume a nenhuma das hipóteses excepcionais que a legislação, complementada pela jurisprudência, permitem que seja deferida a prisão domiciliar para condenado ao regime aberto.
3. Diante da existência de vaga em estabelecimento compatível com o regime de cumprimento de pena aplicado, não se mostra suficiente a alegação de que a Casa de Albergado apresenta situação inapropriada, com o número de albergados um pouco superior ao da lotação inicialmente prevista, para a concessão do benefício da prisão domiciliar.
4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial.¹⁵² (HC 90.289/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 09/02/2009)

Todavia, recentemente, esta Corte Superior tem acolhido o pleito de prisão domiciliar a condenado que não se enquadra em nenhuma das hipóteses autorizativas do artigo 117, da Lei de Execução Penal, em face da superlotação carcerária e das péssimas condições do estabelecimento, cuja ementa, vale transcrever, *in verbis*:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. SUPERLOTAÇÃO E PRECARIEDADE DAS CASAS DE ALBERGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Se, por culpa do Estado, o condenado não vem cumprindo pena em estabelecimento prisional adequado ao regime fixado na decisão judicial (aberto), resta caracterizado o constrangimento ilegal.
2. A superlotação e a precariedade do estabelecimento penal, é dizer, a ausência de condições necessárias ao cumprimento da pena em regime aberto, permite ao condenado a possibilidade de ser colocado em prisão domiciliar, até que solvida a pendência, em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana, da humanidade da pena e da individualização da pena.
3. Ordem concedida para que o paciente seja imediatamente colocado em regime aberto domiciliar, até o surgimento de vaga em casa de albergado com condições mínimas necessárias ao adequado cumprimento da pena em regime aberto, restabelecido o *decisum* de primeiro grau.¹⁵³

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 90.289/RS**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 216.828/RS**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 dez. 2012.

Nos parece, ao menos por ora, que o Supremo Tribunal Federal tem sido partidário desse entendimento, como se pode observar da leitura da seguinte ementa:

PENA - CUMPRIMENTO - REGIME ABERTO - CASA DO ALBERGADO. A concretude do regime aberto pressupõe casa do albergado estrita aos que estejam submetidos a essa espécie de cumprimento da pena, havendo de dispor o local de condições a assegurarem a integridade física e moral do preso - dever do Estado, consoante disposto no inciso XLIX do artigo 5º da Constituição Federal. PRISÃO DOMICILIAR - CASA DO ALBERGADO INEXISTENTE OU IMPRÓPRIA. O rol normativo de situações viabilizadoras da prisão domiciliar não é exaustivo, cabendo observá-la, se houver falha do aparelho estatal quanto a requisitos a revelarem a casa do albergado.¹⁵⁴

Desse modo, não há uma jurisprudência unânime quanto ao tema. A depender da valoração de princípios constitucionais e penais, a matéria pode ganhar diferentes contornos. Sem embargo disso, parece consensual que o deferimento de prisão domiciliar, nos casos de superlotação carcerária, deverá ser apreciada caso a caso. Quanto mais se a causa do pedido se aproximar da ausência de vagas no estabelecimento penal adequado, a colocar o detento em regime mais gravoso em relação àquele a que tem direito, mais próximos estaremos da concessão do referido benefício. Por outro ângulo de visada, existindo vaga, embora não em condições ideais, mais longe estaremos do deferimento.

Ademais, quantos ao tema também assinala Renato Marcão, explicando as duas posições distintas, quando da absoluta ausência de casa do albergado. Entendendo a primeira que a omissão da Administração Pública em investir na construção de albergues nas diversas Comarcas que ainda não contam com essa espécie de estabelecimento penal, destinada aos reclusos do regime aberto, implica um ônus que não pode ser suportado pelo detento.¹⁵⁵ Nesse aspecto, Sidio Rosa de Mesquita Júnior, filia-se a esse primeiro entendimento, gizando que não pode “o condenado sofrer gravames simplesmente porque o Estado deixou de cumprir seu

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 95.334/RS**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio, julgado em 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

¹⁵⁵ MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 176-177.

papel, não construindo estabelecimentos adequados à execução penal”¹⁵⁶. Acerca da temática, ainda, a doutrina de René Ariel Dotti:

O argumento central para essa diretriz reside na falta de cumprimento, pelo Estado, da regra dos §§ 2.º e 3.º do art. 203 da LEP, que obrigaram as unidades federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, a projetar a adaptação, a construção e o equipamento dos estabelecimentos e serviços penais previstos na LEP, bem como a aquisição ou a desapropriação de prédios para instalação de casa de albergados.¹⁵⁷

Haroldo Caetano da Silva, na mesma direção, aponta como “constrangimento ilegal”, a manutenção de condenado em regime mais gravoso, ante a ausência de Casa do Albergado, sendo partidário da solução encontrada pelo poder judiciário em autorizar, diante da ausência de estabelecimento penal adequado, a prisão domiciliar.¹⁵⁸

Adeildo Nunes vai mais além, aduzindo que, ante as deficiências do sistema prisional, os magistrados têm aplicado a medida a todo condenado abarcado por algumas das hipóteses do art. 117, da LEP, independentemente do regime prisional em que se encontra.¹⁵⁹ Com efeito, embora não seja o posicionamento mais acertado, tendo em vista que a imposição de regime fechado é realizada, em regra, pela alta periculosidade do agente, determinante observar que, de fato, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado este entendimento, desde que presente alguma das hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar sem, contudo, observar o regime:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ESTADO DE SAÚDE DO AGENTE. GRAVIDADE COMPROVADA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. RECURSO NÃO CONHECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
1. Da análise dos autos, verifica-se que a questão não foi dirimida pela Corte de origem, pois considerou a matéria suscitada já dirimida, sem tecer qualquer outra aferição sobre a controvérsia. Todavia, a questão é de suma importância, pois atinente ao direito de locomoção, à liberdade e à vida do paciente, albergados constitucionalmente (art. 5º, LXVII, da CF), não podendo, assim, esta Corte deixar de apreciá-la.

¹⁵⁶ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 220.

¹⁵⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 658.

¹⁵⁸ SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001. p. 132.

¹⁵⁹ NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 187-188.

2. A prisão domiciliar é prevista na Lei de Execução Penal para os condenados que estejam cumprindo pena no regime aberto, desde que atendam a alguns requisitos, expressamente elencados no artigo 117 do aludido diploma legal, dentre os quais estar o condenado acometido de doença grave.

3. Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento, que em casos excepcionais, é possível a concessão da reclusão em residência para os portadores de doença grave, mesmo que encontre-se no regime fechado ou semiaberto.

4. In casu, há nos autos laudo médico que atesta a gravidade de sua enfermidade, bem como sugere a realização de tratamento curativo fora do estabelecimento prisional, em face da ausência de recursos necessários para a restauração da saúde do custodiado no âmbito carcerário.

4. Recurso não conhecido, contudo habeas corpus concedido de ofício para autorizar a transferência do recorrente para o regime de prisão domiciliar até que o seu quadro clínico o possibilite a cumprir a sanção impingida em estabelecimento prisional adequado, devendo o Juízo competente delimitar as condições da deferida excepcionalidade.¹⁶⁰

Referindo-se ao regime semiaberto, René Ariel Dotti, apregoa que o “gravíssimo problema decorrente da inexistência de estabelecimento, ou da respectiva vaga para alojar o condenado em regime semiaberto, tem motivado decisões contraditórias da jurisprudência.”¹⁶¹ Em apoio, então, a voz de Adeildo Nunes, o qual entende possível que o condenado em regime semiaberto, diante da inexistência de estabelecimento penal adequado, passe a cumprir pena em regime aberto, o que, ante a ausência de Casa do Albergado, autorizaria, inclusive, e via de consequência, a prisão domiciliar.¹⁶²

No ponto, alude Cezar Roberto Bitencourt:

[...] as inegáveis deficiências do sistema penitenciário nacional e a conhecida má vontade do Poder Público em investir nesse setor obrigaram o Supremo Tribunal Federal a render-se à necessidade de flexibilizar a aplicação da prisão domiciliar, sempre que não houver possibilidade de cumprir a pena em regime aberto, por falta de casa do albergado ou estabelecimento adequado.¹⁶³

Em sentido contrário, contudo, Renato Marcão, entendendo que, ao praticar determinada conduta, o agente fica sujeito a ter sua liberdade cerceada, sustenta

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 26.814/RS**. Relator Ministro Jorge Mussi, julgado em 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

¹⁶¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 656.

¹⁶² Ibidem, p. 656.

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 626.

que “em sede de execução criminal, a ausência de vaga em regime adequado deve ser erigida à condição de motivo de força maior a justificar permanência na modalidade mais gravosa” ¹⁶⁴.

Não é outro o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete. Nessa esteira, alude que “na falta de instalações penais adequadas ao seu cumprimento, como solução provisória, o condenado deve ser recolhido à cadeia pública ou outro presídio comum, em local adequado, e não deixado em inteira liberdade.” ¹⁶⁵ Refere-se o autor à expressão “inteira liberdade”, porque conforme é possível verificar da prática forense, a fiscalização em torno de apenados colocados em regime domiciliar é praticamente inexistente ou, ao menos, insuficiente.

Pelo exposto conclui-se que, diante da omissão do poder executivo para solução da precariedade dos estabelecimentos penais, da ausência de vagas e da própria inexistência de estabelecimentos penais adequados para determinado regime, a doutrina e a jurisprudência discutem a possibilidade ou impossibilidade de se alargar as hipóteses de incidência, ou aplicação analógica das hipóteses autorizadas a regimes diversos do aberto.

Não há ainda uma solução correta para o problema, contudo, a luz dos princípios ora estudados e levando em conta ainda que a pena não tem finalidade, por si só, de retribuição, mas de ressocialização do detento, filio-me a corrente que, diante da gravidade da situação, a qual, vale frisar, só pode ser aferida no caso concreto, prestigia o princípio da dignidade humana, bem assim o próprio princípio da humanidade da execução penal.

¹⁶⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

¹⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 22.

CONCLUSÃO

A problemática carcerária, especialmente no que tange à prisão domiciliar, não é um tema novo no Direito Penal brasileiro. Nesse âmbito, conforme observou-se no presente trabalho, inicia-se já com a criação do regime aberto, cuja eficácia é obstada pela triste ausência de investimentos no setor penitenciário, culminando na inexistência de albergues, os quais deveriam se destinar ao recolhimento dos presos que foram submetidos a esta espécie de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

A inexistência de Casas do Albergado e Colônias Penais - as últimas nos casos de condenados ao regime semiaberto, tem sensibilizado os tribunais pátrios, a ponto de terem sido proferidas inúmeras decisões, inclusive das Cortes Superiores, que, a despeito da clareza solar do art. 117 da LEP, ou seja, a impossibilidade de se ampliar o rol de hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar, concedem a benesse com esteio na superlotação carcerária e inexistência de albergues. Além disso, interpretam o referido dispositivo analogicamente, se, por exemplo, um apenado no regime fechado for portador de doença em estágio terminal, cuja assistência médica adequada não possa ser prestada nos estabelecimentos penais.

As decisões que, por via transversa, ampliam o rol do art. 117 da LEP são louváveis e, inclusive, legítimas, tendo em vista que o exercício do poder punitivo estatal só pode ser exercido com estrita observância dos limites impostos na sentença penal condenatória.

Não se tergiversa que a expiação corporal não é imutável, podendo, nesse passo, ora agravar-se ou atenuar-se de acordo com o comportamento carcerário do detento - histórico de fugas, urbanidade, etc. Contudo, não se afigura lícito impor ao recluso um ônus a que não deu causa, como é o caso da omissão protagonizada pelo Estado ao deixar de construir novos estabelecimentos penais. Nesses casos específicos tudo que ultrapassar o comando sentencial caracterizará excesso de execução, ensejando os chamados incidentes de execução a serem solvidos pela via do recurso de agravo.

Ora, permitir que o preso em regime aberto cumpra pena no regime semiaberto ou fechado consiste no mesmo que negar-lhe sua posição de sujeito de direitos - o direito subjetivo que tem de cumprir sua reprimenda em local adequado.

Mais do que isso, sabe-se que a finalidade executória e função precípua da pena é justamente de reinserção, sendo evidente que “esquecer” um condenado com nítidas condições de desfrutar do regime semiaberto junto a outros de altíssima periculosidade, além de caracterizar constrangimento ilegal, não vai prepará-lo para a vida em sociedade, senão para o crime.

Por todo o exposto em relação à pena privativa de liberdade, embora não se apresentem soluções inarredáveis, considera-se que o mais adequado seria prestigiar a dignidade da pessoa humana e a humanidade nas sanções penais deferindo-se prisão domiciliar como medida de direito e justiça nos casos em que, embora a excepcionalidade do art. 117 da LEP, a permanência do recluso na situação em que se encontra restará por acarretar prejuízos irreparáveis ao mesmo.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Roque da Silva. Omissão estatal e prisão domiciliar. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 10, n. 56. p. 103, jun./jul. 2009.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- BONFIM, Edilson Mougnot; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução Penal**: Questões Controvertidas. Porto Alegre: Estudos MP, 1989. v. 3.
- BRASIL. Código Civil (2002). **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de dezembro 2012.
- BRASIL. **Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**: EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 166.156/MG**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 216.828/RS**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 09 dez. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 24.256/RJ**. Relator Ministro Vicente Leal, julgado em 12 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 90.289/RS**. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 09 de dezembro de 2008. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.092/RJ**, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 03 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 09 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 95.334/RS**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Relator para o acórdão, Ministro Marco Aurélio, julgado em 03 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOULART, José Eduardo. **Princípios Informadores do Direito da Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

KUEHNE, Maurício. **Lei de execução Penal Anotada**. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: Teoria e Prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Manual de Execução Penal: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Adeildo. **Da Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PINZON, Natalia Gimenes. O Discurso Ressocializador e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: CODO CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PRADO, Luiz Régis (Coord.). **Direito de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **A Função de Reintegração Social da Pena Privativa de Liberdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº 70051605400**. Relator Desembargador Aymoré Roque Pottes, julgado em 08 de novembro de 2012. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº 70032932675**. Relator Desembargador Aramis Nassif, julgado em 16 de junho de 2010. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 10 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº 70014583439**. Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, julgado em 22 de junho de 2006. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 09 dez. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70037892601**. Relator Desembargador Jaime Piterman, julgado em 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 09 dez. 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade**: Seu Fundamento e Âmbito. São Paulo: IBCCrim, 1999.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CODO. CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In: CODO. CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual de Execução Penal**. São Paulo: Bookseller, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

ZANATTA, Airton. Prisão-albergue domiciliar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 730, p. 431, ago. 1996.