



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

NATÁLIA TAYNAH MORENO

A POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR
ATRAVÉS DE HIPÓTESES NÃO PREVISTAS NO ARTIGO 117 DA LEI DE
EXECUÇÃO PENAL

SOUSA
2015

NATÁLIA TAYNAH MORENO

**A POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR
ATRAVÉS DE HIPÓTESES NÃO PREVISTAS NO ARTIGO 117 DA LEI DE
EXECUÇÃO PENAL**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Jardel De Freitas Soares

SOUSA

2015

NATÁLIA TAYNAH MORENO

**A POSSIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR
ATRAVÉS DE HIPÓTESES NÃO PREVISTAS NO ARTIGO 117 DA LEI DE
EXECUÇÃO PENAL**

Trabalho monográfico apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como instrumento parcial de avaliação da disciplina de Monografia do Curso de Direito, para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Jardel De Freitas Soares.

Data de aprovação: ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador Prof. Dr. Jardel De Freitas Soares

Examinador(a)

Examinador(a)

Ao Deus todo poderoso, Senhor dos exércitos, pela sua graça e benevolência.

À Nossa Senhora da Rosa Mística, por me amparar nos momentos difíceis e renovar minha forças.

À minha família, por acreditar nos meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, ao Deus todo poderoso, por ter me sustentado debaixo de sua graça, com fé, sabedoria e por abençoar os meus planos;

À Nossa Senhora da Rosa Mística, por ter acalmado meu coração e minha alma, me amparando nos momentos difíceis e me fortalecendo para seguir em frente na busca dos meus sonhos;

À minha mãe, Lêda, que foi fundamental nessa conquista por acreditar e incentivar os meus sonhos, não medindo esforços para que eu chegasse até aqui;

Ao meu esposo e Amor da minha vida, João Paulo, por todo apoio, paciência, companheirismo e por ter suportado minha ausência, mesmo quando eu estava perto, porém dedicada a este trabalho e as missões da vida acadêmica;

À minha sobrinha, Karoll, por sua amizade, carinho e lealdade;

Ao meu orientador, Professor Jardel De Freitas Soares, pela sua disponibilidade, orientação, apoio e compreensão ao longo deste trabalho;

Aos meus professores, que, ao longo de toda graduação, sob as duras penas do magistério, repassaram os seus conhecimentos, me dando a oportunidade de alcançar vitórias jamais imaginadas;

Aos meus colegas e amigos de sala pelo apoio recebido e pelos bons e inesquecíveis momentos vividos;

Enfim, a todos que, de forma direta ou indireta, contribuíram para que eu chegasse à conclusão deste trabalho.

“É preferível prevenir os delitos a ter de puni-los; e todo legislador sábio deve antes procurar impedir o mal que repará-lo, pois uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência.”

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo delinear os principais fundamentos que levam doutrina e jurisprudência a divergirem sobre a possibilidade de se ampliar o rol das hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar, previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal, como nos casos da superlotação carcerária ou até mesmo a absoluta inexistência de Casa do Albergado. Para a consecução deste objetivo, foi empregado, como método de abordagem, o dedutivo e como métodos de procedimento o histórico-evolutivo, o estatístico e o hermenêutico. Nas técnicas de pesquisa, utilizou-se a pesquisa documental de dados estatísticos e gráficos da pesquisa. E na pesquisa bibliográfica: livros, revistas, artigo científico, monografia, sites da internet e Jurisprudência. Com o propósito de alcançar o fim a que se destina, primeiramente, partiu-se da análise dos aspectos gerais da pena no tempo, sua finalidade e teorias, percorrendo por diversos períodos até chegar aos dias atuais. Em um segundo momento, estudou-se detalhadamente os principais institutos da Execução Penal, dentre estes, seus princípios informadores, os regimes da pena privativa de liberdade, juntamente com seus estabelecimentos penais. Por último, buscou-se analisar as hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar, como também a sua concessão através de hipóteses não previstas no artigo 117 da LEP. Também foram apresentados dados concretos a respeito do *déficit* prisional no Brasil, reforçando assim a realidade caótica do sistema penitenciário brasileiro. Os resultados alcançados apontam que, apesar do princípio da legalidade ser considerado como um dos princípios fundamentais de todo o sistema penal, as hipóteses abrangidas no artigo supramencionado vêm sendo ampliadas para acolher a outro princípio com equivalente importância e virtude, o princípio da humanidade.

Palavras-chave: Prisão Domiciliar. Execução Penal. Princípio da Humanidade

ABSTRACT

This paper aims to delineate the main fundamentals that lead the doctrine and jurisprudence to diverge about the possibility of expand the list of hypotheses that allow home detention, under article 117 of the Law of Penal Execution, like the cases of prison overcrowding or even the absolute absence of House Housed. To achieve this goal, it was used as method of approach the deductive and, like procedure methods, the historical evolutive, the statistical and the hermeneutic. The research technique used was the documental research of statistics and graphics research. To make the bibliographic research: books, magazines, scientific papers, monographies, internet websites and jurisprudence. To accomplish the end, firstly, it started from the analysis of the general aspects of the sentence in time, its finality and theories, traveling for several periods until you get to present days. In a second moment, we studied in detail the mainly Penal Execution's institutes, among its informational principles, the systems of deprivation of liberty, with their penal institutions. Lastly, aimed to analyze the hypotheses which allow home detention, as the conception across the hypotheses not allowed under article 117 of the Law of Penal Execution. Were also presented concrete data about the prison deficit in Brazil, strengthening the chaotic reality of the Brazilian penitentiary system. The achievements shows that, although the principle of legality be considered one of fundamental principles in the whole criminal system, the hypotheses covered in the above mentioned article have been enlarged to embrace the other principle of equivalent importance and goodness, the principle of humanity.

Keywords: Home detention. Criminal enforcement. Principle of Humanity.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART	Artigo
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
HC	Habeas Corpus
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICPS	Centro Internacional para Estudos Prisionais (Sigla em Inglês)
INFOPEN	Sistema Integrado de Informações Penitenciárias
LEP	Lei de Execução Penal
SENASP	Secretaria Nacional de Segurança Pública
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ASPECTOS GERAIS DA PENA	14
2.1	Conceito	14
2.2	Finalidade da pena	15
2.2.1	Teorias absolutas ou retributivas.....	15
2.2.2	Teorias relativas ou preventivas.....	17
2.2.3	Teorias mistas, ecléticas ou intermediárias.....	19
2.3	Breve histórico sobre a origem da pena	20
2.3.1	Vingança privada.....	21
2.3.2	Vingança divina	23
2.3.3	Vingança pública	24
2.4	A pena no Brasil Império	27
2.5	A pena e a Constituição de 1988	28
2.5.1	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	29
3	EXECUÇÃO PENAL	30
3.1	Natureza jurídica	31
3.2	Desvio e excesso de execução	33
3.3	Princípios informadores da execução penal	36
3.3.1	Princípio da legalidade	36
3.3.2	Princípio da jurisdicionalidade	38
3.3.3	Princípio da isonomia	39
3.3.4	Princípio do devido processo legal.....	40
3.3.5	Princípio da individualização da pena	41
3.3.6	Princípio do contraditório e ampla defesa	41
3.3.7	Princípio da humanização	42
3.3.8	Princípio da publicidade	44
3.4	Os estabelecimentos prisionais adequados	44
3.4.1	A penitenciária.....	45
3.4.2	Colônia agrícola, industrial ou similar	46
3.4.3	Casa do albergado	47
3.4.4	Centro de observação	48

3.4.5 Hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico	49
3.4.6 Cadeia pública.....	49
4 PRISÃO DOMICILIAR	51
4.1 Breve histórico sobre o surgimento da prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro	51
4.2 Conceito e características da prisão domiciliar	53
4.3 Requisitos para a autorização da prisão domiciliar	55
4.4 O <i>déficit</i> prisional	62
4.5 A concessão da prisão domiciliar através de hipóteses não previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal - LEP	66
5 CONCLUSÃO	73
REFERÊNCIAS.....	75

1 INTRODUÇÃO

A prisão domiciliar, objeto do presente trabalho, consiste em uma forma excepcional de prisão que pode ser requerida pelo condenado ao regime aberto, em virtude de determinadas situações, taxativamente previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal. Diante da excepcionalidade da medida, a interpretação do referido dispositivo deverá ser realizada de forma restritiva, cujas hipóteses, ainda mais excepcionais, tutelam condições pessoais do condenado e por isso deverão ser analisadas caso a caso.

A jurisprudência sempre foi a pioneira de grandes mudanças no Direito brasileiro, posto que, aplicando a lei aos casos concretos, é capaz de visualizar suas falhas e aplicá-la consoante os princípios constitucionais. Deste modo, para se compreender o instituto da prisão domiciliar e qual sua melhor utilização frente à realidade prisional, faz-se necessário apresentar decisões dos Tribunais Brasileiros a respeito do tema.

Todavia, o tema tem causado grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da superlotação carcerária juntamente com a ausência de Casas do Albergado, decorrente da total carência de recursos dos estabelecimentos penais, resultando em condições precárias nas quais são mantidos os detentos.

Portanto, o trabalho em tela se justifica devido à sua grande relevância jurídica e social, em trazer à tona a realidade caótica do sistema penitenciário brasileiro, onde o Estado, em razão de sua inércia frente a superlotação carcerária ou à ausência de estabelecimentos prisionais adequados para cada regime, impõe ao réu o cumprimento da pena em regime mais gravoso para o qual fora designado em sentença, mantendo-o em condições subumanas e humilhantes, se distanciando cada vez mais do respeito à integridade física e moral assegurados por Lei. Ficando, assim, evidente o excesso de execução e configurando verdadeiro constrangimento ilegal, além de violar o princípio da humanidade.

Neste norte, este trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de se ampliar as hipóteses autorizadoras da prisão domiciliar previstas no artigo 117 da LEP. Como objetivos específicos, propõem-se: comprovar o excesso de execução e consequentemente o constrangimento ilegal, não permitindo que o réu condenado a regime aberto ou semiaberto seja mantido em regime mais gravoso, sob o pretexto

de que não há vaga na instituição penal para qual foi designado em sentença, em razão da desídia do Estado; verificar o aumento do senso de responsabilidade do condenado, que deverá cumprir as condições impostas, sob pena de retornar ao cárcere; e avaliar a contribuição do princípio da humanidade na concessão da prisão domiciliar, através de hipóteses não abrangidas pelo artigo 117 da LEP.

Constitui-se a problemática posta nesta pesquisa no seguinte questionamento: O réu condenado a cumprir pena em regime semiaberto ou aberto, respectivamente, deve ser mantido em regime mais gravoso diante da ausência de vagas na instituição prisional para qual foi designado em sentença ou da inexistência de Casa do Albergado?

Com vistas à consecução dos objetivos delineados, como método de abordagem será manejado o método dedutivo, partindo da análise geral para a particular, buscando formas mais adequadas para o cumprimento da pena e que melhor se adaptem às diferentes realidades penitenciárias sem desrespeitar os direitos individuais dos condenados. Como métodos de procedimento, serão utilizados o método histórico-evolutivo, através do qual se examinará a gênese da formulação e evolução do instituto da prisão domiciliar; o método hermenêutico, em que se buscará uma interpretação cada vez mais coerente a partir da análise de um complexo de normas e princípios constitucionais e penais, com agregação do entendimento do interprete; e estatístico, fornecendo, através de números, o contexto para compreender a realidade atual do sistema carcerário brasileiro.

Nas técnicas de pesquisa serão utilizadas: a pesquisa documental de dados estatísticos e gráficos de pesquisa. E na pesquisa bibliográfica: livros, revistas, artigo científico, monografia, sites da internet e jurisprudências.

O trabalho será estruturado em três partes, cuja primeira parte traz uma análise sobre os aspectos gerais da pena, explicando sua finalidade ao longo da história, suas teorias, sua origem, passando pela pena no Brasil Império, até chegar à pena e à Constituição de 1988.

Na segunda parte, seguir-se-á com o estudo da Execução Penal, analisando seu conceito, sua natureza jurídica, o desvio e o excesso de execução, seus princípios informadores e os estabelecimentos prisionais adequados para cada regime.

Na terceira e última parte, abordar-se-á a prisão domiciliar, apresentando seu surgimento, conceito e características, buscando-se demonstrar a evolução histórica

desse instituto no Brasil, desde a primeira previsão legal no ordenamento jurídico até a atual regulamentação; após, será feita a análise dos requisitos legais para a sua autorização; em seguida, a fim de demonstrar o enorme *déficit* de vagas nos estabelecimentos penais brasileiros, serão apresentados dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen). Por fim, analisar-se-á a concessão da prisão domiciliar através de hipóteses não abrangidas pelo artigo 117 da LEP, juntamente com a posição dos Tribunais brasileiros a respeito do tema, buscando, assim, talvez eleger a solução mais adequada para o esclarecimento da controvérsia sobre a possibilidade de se ampliar o rol das hipóteses autorizadas da prisão domiciliar, elencadas no artigo 117 da LEP, especialmente com base na superlotação carcerária e na inexistência de estabelecimentos penais adequados para os regimes impostos aos condenados.

É sabido que os estabelecimentos penais brasileiros cada vez mais se configuram como depósitos de condenados, sem qualquer preocupação com a ressocialização e recuperação dos mesmos. A situação execrável em que se encontram os supracitados estabelecimentos, aliada à inexistência de locais adequados para o recolhimento dos apenados dos regimes aberto e semiaberto, necessitam urgentemente de soluções imediatas que assegurem ao preso o fiel e justo cumprimento da pena, amparada pelos princípios constitucionais e penais que norteiam a Execução Penal, visto que, nessas circunstâncias, a pena estaria opondo-se à sua própria finalidade de reinserção social, ao tratar os presídios como verdadeiros depósitos humanos, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e o análogo princípio da humanização das penas.

2. ASPECTOS GERAIS DA PENA

A temática da pena, sempre despertou grande interesse na humanidade. Portanto, para uma melhor compreensão do assunto é necessário examinar os aspectos históricos do surgimento da pena de prisão, bem como analisar a causa determinante para ela ter se tornado a principal sanção penal e de como ocorreu à transferência gradativa das formas de castigo para o poder do Estado, responsável por administrá-lo e aplicá-lo.

2.1 Conceito

Etimologicamente, a palavra “Pena” emana do Latim *poena*, “punição, castigo”, do Grego *poine*, derivado de uma raiz do Sânscrito *punya*, “puro, limpo”, ligada à ideia de purificar ou limpar através do castigo.

Existem inúmeras definições sobre o conceito do termo pena. Todavia, a maioria dos doutrinadores concorda no sentido de que a pena é uma espécie de retribuição estatal ao ato cometido pelo indivíduo delinquente, que impõe uma parcela de dor, sofrimento ao seu destinatário. Neste sentido, necessário se faz mencionar o entendimento de Noronha (1999, p. 226) o qual preconiza que “A pena é retribuição, é privação de bens jurídicos, imposta ao criminoso em face do ato praticado. É expiação”.

Já para Greco (2011, p. 469), “A pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal”. Na definição de Nucci (2005, p. 335), “A pena é a sanção imposta pelo Estado, através da Ação Penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”. Enquanto que no entendimento de André Estefam (2005, p. 144), “Pena é a sanção penal de caráter aflitivo, imposta ao autor culpado por um fato típico e antijurídico”. Já, Capez (2011, p. 384 – 385) conceitua a pena como:

Sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a

retribuição punitiva ao delinquente, promovendo a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Há também que se destacar o conceito amplamente difundido na doutrina, pertencente ao argentino Sebastian Soler citado por Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 232) que declara:

A pena é uma sanção afluiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos.

Deveras, é imprescindível ressaltar que não existe um conceito preciso da definição de pena, uma vez que é a evolução da sociedade marcada por padrões de comportamentos delimitados por normas e valores específicos, que impulsionam a definição e os limites do que vem a ser a pena.

2.2 Finalidade da pena

Ao longo da história, muitas foram as tentativas de se atribuir à pena finalidades que pudessem legitimar a sua existência e aplicação. Com o objetivo de conceituar tal finalidade, a doutrina dispõe de três teorias: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista, sendo que cada qual possui seu grau de punição.

2.2.1 Teorias absolutas ou retributivas

As teorias chamadas *absolutas* (retribucionistas ou de retribuição) têm como fundamento da sanção penal a exigência da justiça: pune-se o agente porque cometeu o crime, pune-se porque pecou, ou seja, a pena é um castigo e uma consequência pelo crime realizado, não possuindo qualquer outro desiderato, senão ser um fim em si mesma, e por aplicar as sanções previstas na legislação, é considerada como uma forma de fazer justiça.

Acerca da teoria absoluta, Mirabete (2000, p. 22) entende que:

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.

Os adeptos dessas teorias enxergam a finalidade da pena como a retribuição do mal cometido com outro mal. Nestas teorias se recomenda a ideia de justiça e, assim, a pena é o mal justo para punir o mal injusto praticado, ou seja, o fato delituoso. (TASSE, 2005). São negados fins utilitários à pena, que se explica plenamente pela retribuição jurídica. É ela simples consequência do delito: é o mal justo oposto ao mal injusto do crime. (NORONHA, 2004).

Esclarece Prado (2008, p. 489) que a origem das teorias absolutas tem início no "idealismo alemão, sobretudo com a teoria da retribuição ética ou moral de Kant – a aplicação da pena decorre de uma necessidade ética, de uma exigência absoluta de justiça, sendo eventuais efeitos preventivos alheios à sua essência".

Nesse contexto, Mirabete e Fabbrini (2010, p. 230), aludem:

Dizia Kant que a pena é um imperativo categórico, consequência natural do delito, uma retribuição jurídica, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só essa igualdade traz justiça. O castigo compensa o mal e dá reparação à moral. O castigo é imposto por uma exigência ética, não se tendo que vislumbrar qualquer conotação ideológica nas sanções penais.

A pena consistiria somente na retaliação, a punição compensatória pelo o mal causado, uma exigência de justiça com fins meramente retributivos. A sanção penal se mostra como resposta ao comportamento delituoso, através da qual se restaura a ordem jurídica, não havendo outro fim senão o sentimento de justiça pelo qual o agente paga por seus atos, o que não se associa com o estado democrático de direito.

Segundo a teoria absoluta, é na reprovação que reside o caráter retributivo da pena. Nesse sentido, Roxin, citado por Greco (2011, p. 473) explica que:

A teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social. A concepção da pena como retribuição compensatória realmente já é conhecida desde a antiguidade e permanece viva na consciência dos profanos com uma certa

naturalidade: a pena deve ser justa e isso pressupõe que se corresponda em sua duração e intensidade com a gravidade do delito, que o compense.

A sociedade, de um modo geral, tende a se contentar com esta finalidade, porque está sujeita a se saciar com essa espécie de “pagamento” ou compensação feita pelo condenado, contanto que, obviamente, a pena seja privativa de liberdade. Pois, se ao condenado for imposta uma pena restritiva de direitos ou até mesmo uma pena de multa, a sensação de impunidade por parte da sociedade, revelar-se-á. Pois infelizmente a humanidade ainda se satisfaz com o sofrimento causado pelo aprisionamento do infrator.

De acordo com Bitencourt (2013, p. 134 – 135):

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se “no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de idéias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado perante os cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, idéias liberais, individualistas e idealistas”.

De fato, nesta proposição retribucionista da pena, está implícito um fundo filosófico, sobretudo de ordem ética, que transcende as fronteiras terrenas, pretendendo aproximar-se do divino.

Entre os defensores das teses absolutistas ou retribucionistas da pena destacaram-se dois dos mais importantes pensadores do idealismo alemão: Kant, cujas ideias a respeito do tema foram expressadas em sua obra “*A metafísica dos costumes*”, e Hegel, do qual ideário jurídico-penal se extrai de seus “*Princípios da Filosofia do Direito*”. Além de Kant e Hegel, a antiga ética cristã também cultivou uma posição semelhante.

2.2.2 Teorias relativas ou preventivas

A teoria relativa tem por finalidade prevenir a ocorrência de novas infrações penais. Para Bitencourt (2013, p. 142), “Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinquir”. Ou seja, a pena deixa de ser idealizada como um fim em si mesma, seu fundamento deixa de estar baseado no fato passado, passando a ser idealizado como meio para se alcançar fins futuros

e a justificar-se através de sua necessidade: a prevenção dos delitos. Por esse motivo as teorias relativas também são conhecidas como teorias utilitaristas ou como teorias preventivas.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2013), as teorias relativas se desenvolveram em divergência às teorias absolutas, considerando a pena como um meio para se obter objetivos futuros. Essas teorias se subdividem em teorias relativas da prevenção geral, em que a pena surte efeito sobre os membros da comunidade jurídica que não delinquiram e, prevenção especial, onde a pena age sobre o apenado.

As teorias da prevenção geral tem como finalidade a prevenção de delitos, incidindo sobre os membros da coletividade social. Para Ferrajoli (2002), quanto ao modo de alcançar este fim, as teorias da prevenção geral se classificam em dois tipos: a prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume o papel de desestimular os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros através da ameaça de pena, ou advertir com exemplo do castigo eficaz; e, a prevenção geral positiva ou da integração, que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem. Já as teorias da prevenção especial, podem ser divididas em teorias da prevenção especial positiva ou de correção, destinadas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa ou da incapacitação, direcionadas à eliminação ou neutralização do delinquente perigoso.

O magistério de Ferrajoli (2002, p. 22) esclarece que:

As doutrinas da prevenção geral denominada de *negativa*, ou da intimidação, possuem o mérito de serem as únicas que não confundem programaticamente o direito com a moral ou com a natureza, ou, pelo menos, de permanecerem neutras neste campo. Isto se deve ao fato de que elas não têm como escopo o delinqüente, nem como indivíduo, nem mesmo enquanto categoria tipológica, mas, sim, os associados em geral, dos quais, todavia, não valorizam aprioristicamente, como fazem as doutrinas da prevenção positiva, a obediência política às leis. (grifo no original).

Na interpretação de Bitencourt (2013, p. 154) “a *prevenção especial* não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.” (grifo no original).

Nota-se que a prevenção especial não se dirige a coletividade (como acontece na prevenção geral), ou seja, possui caráter individual, visa apenas o delincente, objetivando que este não volte a cometer novos delitos.

2.2.3 Teorias mistas, ecléticas ou intermediárias

O pilar dessas teorias está na ideia de que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, contudo, sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas uma mescla de educação e correção.

Para Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 115):

As teorias mistas quase sempre partem das teorias absolutas, e tratam de cobrir falhas acudindo a teorias relativas. São as mais usualmente difundidas na atualidade e, por um lado, pensam que a retribuição é impraticável em todas as suas consequências e, de outro, não se animam a aderir à prevenção especial. Uma de suas manifestações é o lema seguido pela jurisprudência alemã: “prevenção geral mediante retribuição justa. (grifo no original).

As teorias mistas ou unificadoras da pena, predominantes na atualidade, buscam agrupar em um conceito único os fins da pena. A corrente defensora dessas teorias, tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas e superar as deficiências individuais apresentadas por cada uma delas. Segundo Bitencourt (2013, p. 155), “Merkel foi, no começo do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante”.

De acordo com o dispositivo legal do *caput* do art. 59 do Código Penal Brasileiro, podemos concluir pela adoção da teoria mista, também chamada de unificadora ou eclética, em nosso ordenamento jurídico. Essa conclusão se dá com base na parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal, que une a necessidade de reprovação com a prevenção do crime, caracterizando-se por ser uma mistura das duas teorias anteriormente apresentadas, permitindo com que assim se unifiquem as teorias absoluta e relativa, que se pautam, respectivamente, pelos critérios da retribuição e da prevenção.

Dessa forma, cita-se o teor do art. 59 do CP *in verbis*:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima,

estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A teoria mista faz uma aliança entre justiça e utilidade, priorizando as exigências da primeira sobre a segunda. Tem como propósito que o magistrado deve buscar uma fixação de pena justa e adequada à gravidade da culpabilidade do agente pela prática do delito, buscando, ainda, a ressocialização como garantidora da prevenção especial.

2.3 Breve histórico sobre a origem da pena

De acordo com a teoria criacionista, a primeira pena aplicada na humanidade ocorreu ainda no paraíso, mas precisamente no jardim do Éden, quando Eva, após ser induzida pela serpente a comer o fruto proibido e fazer com que Adão também o comesse, desobedeceu a uma ordem de Deus e ambos foram punidos com a expulsão do paraíso. (Gênesis, 3:1 – 24).

A partir do momento em que o homem passou a viver em comunidade, começaram a estabelecer regras de convivência. Dessa necessidade de estabelecer tais regras, surgiram as sanções destinadas a quem as violasse, como meio de manter a comunidade unida e protegida, sendo elas uma das primeiras demonstrações de uma estrutura normativa de conduta.

Deste modo, várias legislações surgiram ao longo da existência da raça humana, com o propósito de esclarecer as penalidades atribuídas a cada infração por elas previstas.

A evolução histórica do Direito Penal, para a corrente doutrinária majoritária, é estudada através de uma tríplice divisão, a qual analisa as fases da vingança, iniciando-se pela vingança privada, passando pela vingança divina, até chegar à fase da vingança pública, onde as mesmas são marcadas pelo elevado sentimento espiritualista e religioso. Portanto, estudar-se-á, na sequência, três grandes importantes fases e suas formas de punir. Entretanto, é importante ressaltar que

essas fases não se sucedem umas às outras com precisão matemática. Uma fase convive com a outra por largo período, até constituir orientação predominante, para, em seguida, passar a conviver com a que lhe se segue. Assim, a divisão cronológica é meramente secundária, já que a separação é feita por ideias.

2.3.1 Vingança privada

Durante essa fase a lei pertencia ao mais forte e a justiça inclinava-se para ele, no período da Vingança Privada, a pena imposta ultrapassava a pessoa do transgressor, alcançava a família e até a tribo.

Segundo Teles (2006), os clãs ou bandos, como costumavam ser chamados, tentando regular a conduta dos membros do grupo, estabeleciam regras de convivência que visavam ao bem estar comum.

Com relação às regras de convivência que foram impostas nesse período e suas possíveis violações que acarretavam sanções, Caldeira (2009, p. 260) aduz que:

O ser humano sempre viveu agrupado, em virtude de seu nítido impulso associativo e lastreou, no seu semelhante, suas necessidades, anseios, conquistas, enfim, sua satisfação. E desde os primórdios, o ser humano violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de um castigo (sanção). No início, a punição era uma reação coletiva contra as ações antissociais.

Neste passo, cometido um crime, provocava a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção a ofensa, atingindo não só o ofensor, como todo o seu grupo (MIRABETE; FABBRINI, 2010). A inexistência de limites (falta de proporcionalidade) imperava no revide à agressão, bem como a vingança de sangue. Foi um dos períodos em que a vingança privada constituiu-se a mais frequente forma de punição, adotada pelos povos primitivos.

Segundo esse raciocínio, Jorge (1986, p. 76) explica que:

A reação de um grupo atacado, contra o outro, ou de um indivíduo contra outro, era violenta e sem limites. Essa penalidade primitiva tinha caráter puramente objetivo, pois que não importavam os motivos que haviam determinado a ofensa, nem se o ofensor era pessoa humana ou força da natureza. A vingança privada constituía uma reação natural e instintiva (até hoje presente na estrutura psíquica do homem moderno), não imposta por

um poder exterior e, por isso, foi apenas uma realidade sociológica, não uma instituição jurídica.

Contudo, Noronha (1997) reconhece que o revide não mantinha proporção com a ofensa, ocasionado, portanto, lutas acirradas entre grupos e famílias, que, desta forma, iam se debilitando, enfraquecendo e se extinguindo. Surge, então, como primeira conquista no campo repressivo, o Talião. “Por ele delimita-se o castigo; a vingança não será mais arbitrária e desproporcionada”.

A pena de talião consistia em aplicar no delinquente ou ofensor o mal que ele causou ao ofendido, na mesma proporção: “Olho por Olho; dente por dente” é a frase clássica que a representa. Adotada no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (povo hebraico) e na Lei das XII Tábuas (Roma), essa pena instituiu um importante progresso na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.

Tratando da pena de talião, Jorge (1986, p. 77), discorre:

Era o comportamento, então, do ofensor ou do acaso, que determinava o limite da reação: “olho por olho, dente por dente, pé por pé” etc. O castigo imposto ao criminoso devia ser igual, na intensidade e na espécie, ao mal que a vítima sofreu. Desta maneira e nisso consiste o avanço, o progresso a que nos referimos, a reação, outrora desproporcionada, encontrou uma regulamentação, estabeleceu-se um limite à pena”, de modo que não podia passar, na reação, além do mal que a ofensa causou.

Deste modo, verifica-se não mais a vingança de sangue outrora desproporcionada e violenta, mas uma moderação intensiva da pena, que não era alterada na sua natureza, mas limitada na quantidade.

A justiça do sistema talional se baseava, propriamente, em sua objetividade. Era de modo eminente, um Direito Penal de resultado que apontava, quase de maneira exclusiva, à consequência da conduta criminosa com o propósito de retribuir a seu autor um castigo equivalente.

2.3.2 Vingança Divina

Esta fase se destaca pela forte influência que a religião tinha sobre as sociedades antigas. A repressão penal tinha por finalidade acalmar a ira da

divindade ofendida pelo crime, bem como castigar o infrator, visto que a crença era de que a paz advinha dos deuses.

Nesse sentido, Caldeira (2009, p. 260), assim declara:

[...] a pena possuía uma dupla finalidade: (a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus deuses e forças mágicas, (b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais. Neste sentido, a pena já começa a ganhar os contornos de retribuição, uma vez que, após a expulsão do indivíduo do corpo social, ele perdia a proteção do grupo ao qual pertencia, podendo ser agredido por qualquer pessoa. Aplicava-se a sanção como fruto da liberação do grupo social da ira dos deuses em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte. Acreditava-se na forças sobrenaturais – que, por vezes, não passavam de fenômenos da natureza – razão pela qual, quando a punição era concretizada, imaginava o povo primitivo que poderia acalmar os deuses. Por outro lado, caso não houvesse sanção, acreditava-se que a ira dos deuses atingiria a todo o grupo.

Acreditava-se que, com o crime, a divindade deixava de conceder sua proteção ao núcleo coletivo e a punição seria, portanto, uma forma de reconquistar tal proteção. Como ilustra Noronha (1997, p. 21), “Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido”.

No princípio, a concepção da sanção não era racional. As penas eram /aplicadas levando em consideração as emoções e sentimentos, sendo também baseadas em acontecimentos naturais. Por esse motivo, os eventos que não podiam ser explicados, por falta de conhecimento científico, como por exemplo, os trovões, raios *etc.*, eram considerados sinais dos deuses. (CALDEIRA, 2009).

Nas sociedades antigas, muitas vezes não existia legislação escrita, sendo expressa de forma oral, a pena resultava da vontade divina, as sanções eram aplicadas conforme rituais passados de geração para geração, originando regras de comportamento.

Sobre este ponto, Wolkmer (2010, p. 04) preleciona que:

Nas manifestações mais antigas do direito, as sanções legais estão profundamente associadas às sanções rituais. A sanção assume um caráter tanto repressivo quanto restritivo [...]. Para além do formalismo e do ritualismo, o direito arcaico manifestava-se não por um conteúdo, mas pelas repetições de formulas, através dos atos simbólicos, das palavras sagradas, dos gestos solenes e da força dos rituais desejados.

Posteriormente, as leis começaram a ser escritas e aplicadas de forma genérica e homogênea. Isso porque descobriu-se que era a forma mais prática e eficiente para lembrar e conservar, a palavra e o poder do suserano.

A legislação típica dessa fase é o Código de Manu, mas esses princípios foram adotados na Babilônia, no Egito (*Cinco Livros*), na China (*Livros das Cinco Penas*), na Pérsia (*Avesta*) e pelo povo de Israel (*Pentateuco*). A administração da sanção penal ficava por conta dos sacerdotes que se converteram em quase todos os povos primitivos e antigos, nos encarregados da justiça. Sendo assim, por meio da religião, a pena passou a ser considerada como castigo e quem ousasse infringir as supostas ordens divinas sofria a condenação dos deuses.

2.3.3 Vingança pública

Com o decorrer do tempo eclode nas comunidades o poder político distinto da vontade individual, ou de uma classe social. Surge um órgão capaz de impor pena em nome de um poder, que se personifica, geralmente, em um chefe ou assembleia. Segundo Noronha (1997, p. 22), “Nesta fase, o objetivo é a segurança do príncipe ou soberano, através da pena, também severa e cruel, visando à intimidação”. Deste modo, a aplicação da pena deixa de ter o aspecto religioso para transformar-se em uma sanção imposta em nome de uma autoridade pública, que representava os interesses da comunidade.

Neste sentido, o principal representante do Iluminismo Penal, Cesare Beccaria (2009, p.10) relata que:

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

Em comparação com os períodos anteriores, representa grande progresso, porque o interesse coletivo está acima do interesse individual.

Entretanto, punia-se com extrema severidade, com crueldade e dureza. A pena tinha como objetivo intimidar pelo terror; a morte era uma medida repressiva

(punição, sanção) largamente difundida e aplicada por motivos que, atualmente, são considerados insignificantes. Utilizava-se mutilar o condenado de forma monstruosa e atroz, sendo que as pessoas se regozijavam em assistir às execuções que ocorriam, na maioria das vezes, em praças públicas, confiscavam-se bens e o castigo ultrapassava a pessoa do delinquente, alcançando familiares.

Diante de tal realidade, Foucault (2013, p. 9), narra uma execução ocorrida em 1757, nos seguintes termos:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. Finalmente foi esquartejado [relata a *Gazette d' Amsterdam*]. Essa última operação foi muito longa, porque os cavalos utilizados não estavam afeitos à tração; de modo que, em vez de quatro, foi preciso colocar seis; e como isso não bastasse, foi necessário, para desmembrar as coxas do infeliz, cortar-lhe os nervos e retalhar-lhe as juntas... Afirma-se que, embora ele sempre tivesse sido um grande praguejador, nenhuma blasfêmia lhe escapou dos lábios; apenas as dores excessivas faziam-no dar gritos horríveis, e muitas vezes repetia: "*Meu Deus, tende piedade de mim; Jesus, socorrei-me*".(grifo no original).

Com o passar do tempo, por causa das crueldades que vinham acontecendo desde a vingança privada até a vingança pública, alguns intelectuais da época começaram a colocar em cheque a legitimidade de tais punições e as pessoas já não viam como espetáculos as cenas de crueldade, mas sim como cenas repugnantes. À vista disso, os suplícios públicos vão se extinguindo como consequências de várias transformações sociais ocorridas na Europa nesta época.

Nesse contexto, Foucault (2013, p. 13 – 14) explica que:

No fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai se extinguindo. Nessa transformação, misturam-se dois processos. Não tiveram nem a mesma cronologia nem as mesmas razões de ser. De um lado, a supressão do espetáculo punitivo. O cerimonial da pena vai sendo obliterado e passa a ser apenas um novo ato de procedimento ou de administração. A confissão pública dos crimes tinha sido abolida na França pela primeira vez em 1791, depois novamente em 1830 após ter sido restabelecida por breve tempo; o pelourinho foi supresso em 1789; a Inglaterra aboliu-o em 1837. As obras públicas que a Áustria, a Suíça e algumas províncias americanas como a

Pensilvânia obrigavam a fazer em plena rua ou nas estradas – condenados com coleiras de ferro, em vestes multicores, grilhetas nos pés, trocando com o povo desafios, injúrias, zombarias, pancadas, sinais de rancor ou de cumplicidade – são eliminados mais ou menos em toda parte no fim do século XVIII, ou na primeira metade do século XIX. O suplício de exposição do condenado foi mantido na França até 1831, apesar das críticas violentas – “cena repugnante”, dizia Réal; ela é finalmente abolida em abril de 1848. Quanto às cadeias que arrastavam os condenados a serviços forçados através de toda a França, até Brest e Toulon, foram substituídas em 1837 por decentes carruagens celulares, pintadas de preto. A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juizes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração.

O período iluminista, com destaque para o século XVIII, foi um marco inicial para a mudança de mentalidade com relação à cominação das penas. Tendo como referência as ideias de Beccaria, iniciou-se a indignação com relação ao tratamento oferecido aos seres humanos pelos seus próprios semelhantes, perante a falsa bandeira da legalidade. (GRECO, 2011).

Segundo o entendimento de Ferreira (1986, p. 12):

[...] foi nesse cenário que algumas vozes começaram a surgir. Se o povo era obrigado a assistir e a participar das barbáries e o fazia por ignorância, induzimento ou medo, é certo que nem todos estavam abertos a esse tipo de influencia. Foi então que surgiu em 1764 um homem disposto a enfrentar o sistema e o fez com a arma de que dispunha: o pensamento. Inspirado em Montesquieu, Rousseau, D’Alembert, Diderot, Buffon, Hume e Helvetius, escreveu uma obra pequena em volume, mas infinita no conteúdo, que logo viria se transformar num grande agente de transformação, mudando radicalmente as formas de execução das penas em toda Europa e que se encontra viva e atual ainda hoje. A obra: *Dei Delitti e Delle Pene* (publicado pela primeira vez sem nome, em Livorno, no ano de 1764). O autor: Cesare Bonesane, marquês de Beccaria.

Incontestavelmente, Beccaria teve a iniciativa que muitos do seu tempo não tiveram. Pois, ao relatar as barbaridades que eram cometidas pelo governo execrável de sua época, demonstrando a necessidade de reforma das leis penais, inspirado na concepção do Contrato Social de Rousseau, propõe novo fundamento à justiça penal: um fim utilitário e prático que deve, porém, ser sempre limitado pela lei moral, revolucionou a mentalidade de muitos que adoravam os espetáculos de horrores que aconteciam.

2.4 A pena no Brasil Império

Proclamada a Independência, a Constituição Brasileira de 1824 determinou que se elaborasse uma nova legislação penal para o Império, “fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade” (art. 179, XVIII). Em 16 de dezembro de 1830, era sancionado o Código Criminal do Império.

Estabelecia o art. 179, XVIII da Constituição Imperial que:

Art. 179 A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

Deste modo, a essa inspiração oferecida pelo art.179 da Nova Constituição Imperial, firmou-se o princípio da irretroatividade da lei penal, a impossibilidade de prisão sem culpa formada, a proibição de perseguição por motivo religioso, a impossibilidade de prisão (exceto em flagrante), a exigência de sentença ser prolatada apenas por autoridade competente, ao mesmo tempo em que se aboliu a tortura, os açoites, a marca de ferro quente. Estabeleceu-se que nenhuma pena passaria da pessoa do acusado, não haveria confisco de bens, nem infâmia do réu, e as cadeias deveriam ser limpas, seguras e bem arejadas.

Nesse sentido, Mirabete e Fabbrini (2010, p. 23), ensinam:

De índole liberal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela forca, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos.

Embora já trazendo um conceito penal modernizado, revogando a parte criminal das Ordenações. Manteve-se a crítica de sua denominação, pois haveria de se denominar “penal” o Código que trata das penas e não propriamente de crimes. Este código foi o primeiro na América Latina, onde exerceu notável influencia.

Porém, a maior falha deste diploma foi não conter a modalidade de crime culposos, não prevista em qualquer dos seus dispositivos. Desse modo, não podia

ser condenado quem agisse com imprudência, negligência ou imperícia e atingisse assim a integridade física ou o patrimônio alheio. O crime culposo foi regulamentado por Lei de 1871.

No entanto, como ressalta Nascimento (2003, p. 265), o Código teve virtudes:

O Código criminal do Império se forjou nas ideias difundidas à época da sua elaboração. Dessas ideias ressalta o princípio basilar de que 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal' (*nullum crime sine lege, nullapoenasinepraevia lege*).

Apesar de seus inegáveis defeitos, os quais eram frutos do momento Histórico-cultural em que ele surgiu, o Código Criminal do Império teve a sua parcela de contribuição para a evolução do Direito Penal Brasileiro.

2.5 A pena e a Constituição de 1988

Com o objetivo de impedir qualquer tentativa de retrocesso com relação à cominação das penas levadas a efeito pelo legislador, a Constituição Federal estabelece no inciso XLVII de seu art. 5º que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de banimento;
- e) cruéis.

Como se nota, a vedação de tais penas obedece a um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito, previsto no inciso III do art. 1º da nossa Carta Constitucional, que é a dignidade da pessoa humana. Assim, reza o art. 1º inciso III da CF:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Ao adotar a dignidade da pessoa humana como sendo de grande relevância para Estado Democrático de Direito, A Constituição de 1988 reconhece o ser humano como o centro e o fim do direito. Esta prerrogativa é o valor máximo, constitucionalmente o princípio se tornou uma barreira irremovível, pois zela pela dignidade e o respeito à pessoa humana, que é o valor supremo absoluto cultivado pela nossa Lei maior.

2.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é a coluna fundamental da República Federativa do Brasil. A pessoa do condenado perde o direito de desfrutar da sua liberdade, mas mantém íntegro todos os direitos inerentes à qualquer cidadão. Não é suficiente apenas proclamar um direito, inseri-lo em uma Lei. É necessário oferecer-lhe a proteção que o torne eficaz e capaz de cumprir sua finalidade.

Para Bitencourt (2013, p. 69), “Dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si”. Tal princípio sustenta que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica dos condenados.

De acordo com os ensinamentos de Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 165):

O princípio da humanidade é o que dita a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que cria um impedimento físico permanente (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica indelével do delito.

Nesse sentido, conclui-se que nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a integridade do indivíduo como ser social, o que violaria o princípio da dignidade humana, postulado fundamental da nossa Carta Magna.

3 EXECUÇÃO PENAL

O termo execução é derivado do latim *executio*, que significa ir até o fim, levar a cabo, tornar concretizável a sentença ou decisão judicial, perseguir.

Execução Penal pode ser definida como o efetivo cumprimento das disposições da sentença penal, sendo que tal sentença poderá ser condenatória a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direito ou a pena de multa, podendo ainda a sentença ser absolutória imprópria, no caso de imposição de medida de segurança.

Na lição de Nucci (2008, p. 1002), “Trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos e ou a pecuniária”.

O diploma legal que regula a Execução Penal é a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. No entanto, é essencial lembrar que também existem dispositivos acerca da matéria em outros diplomas legais, como no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940), Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941), Lei nº 12.433 de 29 de Junho de 2011, que altera a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), dentre outros.

Anuncia o art. 1º da Lei de Execução Penal (Lei. 7.210/84)¹, que o seu objetivo é efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. 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.

De acordo com Marcão (2013, p. 31):

Visa-se pela execução fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, estando sujeitas à execução,

¹ Art. 1º. 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.

também, as decisões que homologam transação penal em sede de Juizado Especial Criminal.

Neste contexto, a execução penal pode ser considerada como o conjunto de atos judiciais e administrativos por intermédio dos quais o Estado aplica (executa) uma sanção abstratamente cominada pelo legislador, e concretamente imposta pelo juiz ao infrator da norma penal. Consiste em atividade de caráter misto, uma vez que nela praticam-se atos judiciais (decisões, sentenças, despachos) pelo Poder Judiciário e atos administrativos (atos praticados pelas autoridades penitenciária, como, por exemplo, a regulamentação dos dias de visita pelo diretor da penitenciária ou a autorização para trabalho externo.)

3.1 Natureza jurídica

Diante da sua extrema complexidade, doutrinariamente são apontadas divergências com relação à natureza jurídica da execução penal, com o objetivo de se definir exatamente sua posição, métodos e limites. Dessa forma, parcela da doutrina passou a sustentar que a execução penal possuiria uma natureza jurídica complexa(ou mista), uma vez que se desenvolveria no plano jurisdicional (juízo da execução) e administrativo (demais órgãos do executivo).

De acordo com o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, a execução da pena e da medida de segurança não se trata de um simples procedimento administrativo em que as decisões são tomadas livremente pela direção do estabelecimento penal. Como dispõe o art. 2º da LEP, *in verbis*: “A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal”.

Segundo leciona Grinover (1987), não há que se discutir que a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve entrosadamente nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se ignora que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo. Entretanto, a autora defende a necessidade de separar cada um dos aspectos.

Em outro trecho da mesma obra, Grinover (1987, p. 10) afirma que:

Deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta na expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional.

Refere-se à autora, as dimensões da execução penal que, a seu juízo, são atividades administrativas: a expiação da pena, o cumprimento material da sentença. De outro modo, a apreciação dos incidentes da execução – concessão de livramento condicional, progressão de regime, indulto, comutação de pena, remição de pena, entre outros – é função jurisdicional que cabe ao juiz da execução.

Esta bipartição foi uma evolução doutrinária natural e necessária diante do crescimento da importância dos incidentes, que abalou irreversivelmente a credibilidade da concepção administrativista pura.

Com relação aos sistemas de execução penal, Carvalho (2003), os resume como administrativos ou jurisdicionais, para os quais corresponde uma posição jurídica particular para o recluso. Nos sistemas administrativos, o preso é objeto da execução e as eventuais atenuações da quantidade ou qualidade da pena são entendidas como benefícios – liberalidades do Estado no exercício do *jus puniendi*. Nos jurisdicionais, o preso é sujeito de uma relação jurídica em face do Estado, sendo, portanto, titular de direitos e obrigações.

Já na compreensão de Nogueira (1996, p. 5-6):

A execução penal é de natureza *mista, complexa e eclética*, no sentido de que certas normas da execução pertencem ao direito processual, como a solução de incidentes, enquanto outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo. (grifo no original)

Nesse contexto, a natureza mista, complexa e eclética da execução penal defendida pelo autor, é destacada no fundamento de que emergirá a solução processual em alguns momentos (julgamento de incidentes, por exemplo), enquanto o próprio acompanhamento da pena (como é o caso do seu cálculo, dias remidos, etc.) buscará uma solução administrativa.

No entanto, há posicionamentos doutrinários que defendem que a própria autonomia da execução da pena impossibilita que a mesma possa ser submetida exclusivamente aos regramentos do Direito Penal e do Direito Processual Penal, haja vista a sua característica administrativa.

Se referindo à complexidade da natureza jurídica da execução penal, Marcão (2013, p. 33) esclarece que:

Embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de não prescindir de certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda; prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução.

Reforçando, assim, a ideia de que, embora a execução penal seja envolvida por intensa atividade administrativa, sua natureza jurídica é predominantemente jurisdicional.

Portanto, acerca da natureza jurídica da Execução Penal, fica evidente que suas atividades não se esgotam no Direito Administrativo, uma vez que é regulada à luz do Direito Penal, Processual Penal e, principalmente, subordinado aos princípios constitucionais. Também não se pode afirmar que se trata de atividade puramente jurisdicional, mas em razão de sua grande complexidade podemos classificar sua natureza como híbrida ou mista, ou seja, a Execução Penal tem ao mesmo tempo naturezas jurisdicional e administrativa.

3.2 Desvio e excesso de execução

Conforme anteriormente explicitado, a execução da pena tem por objetivo o cumprimento da reprimenda estabelecida na sentença penal condenatória, como também proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, sendo assegurado a ambos todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei.

De acordo com Dotti (1998), um dos princípios instituidores dessa direção radica na legalidade da execução. Baseando-se ela em se demarcar com nitidez o alcance da sentença e reserva dos direitos do condenado não atingidos pela decisão.

Nesse contexto, entende-se que os atos e termos da execução penal submetem-se ao princípio da legalidade, de maneira que devem obediência aos limites da pretensão executória estabelecidos na sentença condenatória transitada em julgado ou na Lei.

Tratando de possíveis ocorrências de excesso ou desvio de execução das penas ou medidas de segurança dentro do processo executivo, esclarece Marcão (2013. p. 348):

Pela própria natureza das atividades desenvolvidas dentro do processo executivo, é fácil concluir que por vezes poderão ocorrer excessos ou *desvios* na execução das penas ou medidas de segurança, que segundo a Exposição de motivos da Lei de Execução Penal constituem na prática de qualquer ato fora dos limites pela sentença, por normas legais ou regulamentares. (grifo no original).

Acerca do assunto, dispõe o art. 185 da Lei de Execução Penal, que haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares. Buscando assim, evitar que os direitos do sentenciado sejam de alguma forma violados.

Ensina Silva (2001, p. 311) que “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 [...]”.

Sendo assim, compreende-se que ocorrerá o desvio ou excesso quando a administração falhar na condução do processo executório, ferindo direitos não atingidos pela sentença condenatória ou isentando-se do seu papel de fiscalizar o cumprimento da sanção, o que, conseqüentemente, na maioria das vezes, provoca no sentenciado e na própria sociedade o sentimento de impunidade perante a violação dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais.

Embora a Lei não faça distinção entre excesso e desvio, doutrinariamente estabelece-se essa diferença entre um e outro. Para Nunes (2009), ocorrerá excesso de execução quando a sanção efetivamente aplicada for quantitativamente superior aquela imposta na sentença ou na Lei, enquanto que o desvio de execução refere-se ao descumprimento qualitativo dos limites da execução.

De acordo com a lição de Silva (2001, p. 311):

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 [...]

Desse modo, o excesso é caracterizado por ser prejudicial ao detento suprimindo-lhe os direitos não atingidos pela condenação que lhe são inerentes, ferindo o princípio da dignidade humana, ao expô-lo em situação mais gravosa da

qual fora prevista na sentença. Enquanto que, o desvio de execução, consiste em regra, no favorecimento indevido ao recluso, resultando, em outra medida, além da violação do princípio da legalidade, também o princípio da isonomia, visto que tratará o condenado que esteja em igual situação jurídica de outro preso de forma diversa.

Ilustra Marcão (2013, p. 349) que em meio a outras situações fáticas, na prática são comuns os seguintes exemplos de excesso:

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 quem se impôs medida de segurança; 3) submeter o executado a sanção administrativa além do fixado em lei.

Nos termos do art. 186 da Lei de Execução Penal, estão legitimados para suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:

Art. 186. Podem suscitar o incidente de excesso ou desvio de execução:
 I - o Ministério Público;
 II - o Conselho Penitenciário;
 III - o sentenciado;
 IV - qualquer dos demais órgãos da execução penal.

Podem requerer o incidente de excesso ou desvio o sentenciado (preso, interno, submetido à pena de multa ou restritiva de direito, liberado condicionalmente etc.) e os órgãos da execução penal (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Departamento Penitenciário, Patronato e Conselho da Comunidade). O próprio Juízo da Execução, como órgão da execução penal, pode determinar de ofício a instauração do incidente.

A execução da pena é tão, ou mais, importante que a própria ação penal que conduz à fixação daquela, que a lei ampliou o rol de órgãos (art. 186, LEP), que podem suscitar o incidente de excesso e desvio de execução, incluindo a pessoa do próprio sentenciado.

O motivo dessa preocupação maior do legislador tem uma razão clara e de ordem estritamente prática: o indivíduo preso, por sua própria limitação física de espaço e de comunicação com o mundo exterior, constitui por si mesmo um grande obstáculo para a proteção de seus direitos e para que a execução de sua pena seja realizada dentro da mais absoluta legalidade e justiça. Diante disso, é realmente

importante, assegurar ao preso a possibilidade de fiscalizar, por si próprio, a atividade administrativa na execução de sua pena, não restringindo a defesa de seus direitos à existência de um advogado para representá-lo.

Porém, de nada adianta existir essa importante previsão legal se não for oferecido ao preso o conhecimento mínimo necessário sobre os mecanismos legais da execução penal, sobre sua pena, quais os direitos que podem ser reconhecidos no seu caso concreto e o que deve ser feito para obtê-los.

3.3 Princípios informadores da execução penal

Em meio a vários princípios que regem a execução penal, alguns se destacam como sendo aqueles de maior relevância e utilidade, ou até mesmo servindo de base para outros princípios que dele derive.

Segundo ensina Goulart (1994, p. 86):

[...] 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.

Desse modo, faz-se necessário destacar os seguintes princípios: legalidade, jurisdicionalidade, isonomia, devido processo legal, individualização da pena, contraditório e ampla defesa, humanização e publicidade, como sendo os de maior relevância.

3.3.1 Princípio da legalidade

Considerado como um dos princípios mais importantes em matéria de execução, o princípio da legalidade norteia qualquer procedimento, seja ele administrativo, seja ele processual. Vem consagrado expressamente no texto constitucional de 1998, no seu art. 5º, inciso II, estabelecendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, tendo

como finalidade, evitar qualquer abuso e ilegalidade, de forma a determinar que só seja exigido o que estiver na Lei. Também está previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, dispondo que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e nos artigos 2º e 3º da Lei n.º 7.210/84², determinando esta, que a jurisdição seja exercida na forma dela própria e do Código de Processo Penal.

Esclarecem Mirabete e Fabbrini (2010, p. 39 – 40) que:

Pelo princípio da legalidade alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere como crime. Ainda que o fato seja imoral, antissocial ou danoso, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei que o preveja como crime. [...]

O postulado básico inclui também, aliás, o princípio da *anterioridade* da lei penal no relativo ao crime e à pena. Somente poderá ser aplicada ao criminoso pena que seja prevista anteriormente na lei como aplicável ao autor do crime praticado. Trata-se, pois, de dupla garantia, de ordem criminal (*nullumcrimensinepraevia lege*) e penal (*nullapoenasinepraevia lege*). (grifo no original).

No âmbito da execução penal, o princípio da legalidade tem como objetivo evitar qualquer excesso na execução propriamente dita da sanção imposta ao apenado, limitando assim a interferência do Estado. Tal Princípio é observado antes mesmo da ocorrência de uma conduta tipificada no Código Penal, e somente porque prevista em lei é que tal conduta pode dar ensejo a uma condenação.

Sobre o princípio da legalidade, assevera Toledo (1986, p. 25 – 28):

O princípio da legalidade é obtido no quadro da denominada “função de garantia penal”, que provoca seu desdobramento em quatro princípios: (a) *nullumcrimen, nullapoenasine lege praevia*(proibição da edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade); (b) *nullumcrimen, nullapoenasine lege scripta*(proibição da fundamentação ou agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário); (c) *nullumcrimen, nullapoenasine lege stricta*(proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia); (d) *nullumcrimen, nullapoenasine lege certa* (a proibição de leis penais indeterminadas).

Nesse contexto, o ideal de segurança jurídica, consequência do modelo liberal instituído que o convívio social possa ser regulado por normas de conduta, contanto que aos integrantes dessa sociedade seja aferida a devida previsibilidade

² Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal. Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

das consequências de suas ações. Portanto, dessa necessidade é que surgem os quatro desdobramentos referentes ao princípio da legalidade, acima citados.

3.3.2 Princípio da jurisdicionalidade

De acordo com o princípio da jurisdicionalidade, toda questão conflituosa surgida em meio ao processo executório, deverá se submeter ao judiciário, ou seja, o juiz da execução tem o poder - dever de agir na execução penal, assegurando ao preso todos os direitos e deveres que lhe são garantidos. Nesse diapasão, ressalta Nunes (2009, p. 3) que o aludido princípio resulta “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”.

O que se acredita é que, ao juiz da execução, importa inúmeras tarefas dentro do processo de execução penal, todas dispostas no art. 66 e seus incisos, da Lei de Execução Penal³ e, para efetivar os mandamentos da citada lei, sempre será assegurado às partes o princípio do devido processo legal, abrangendo o direito ao contraditório, à ampla defesa, à motivação dos atos judiciais decisórios, etc.

Portanto, a jurisdicionalização da atividade da execução penal tem como objetivo garantir a paridade de condições e a plenitude de defesa ao condenado e ao interno de medida de segurança, pois dessa maneira irá proporcionar a conquista do objetivo primordial da Lei de Execução Penal, que, por meio do efetivo cumprimento da sentença ou decisão criminal, fornecerá condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

³ Art. 66. Compete ao Juiz da execução:

I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado;

II - declarar extinta a punibilidade;

III - decidir sobre:

[...]

IV - autorizar saídas temporárias;

V - determinar:

[...]

VI - zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança;

VII - inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade;

VIII - interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;

IX - compor e instalar o Conselho da Comunidade.

X - emitir anualmente atestado de pena a cumprir.

3.3.3 Princípio da isonomia

O princípio Constitucional da isonomia ou igualdade é o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito. Previsto no art. 5º, *caput*, incisos XLI e XLII da Constituição Federal, e igualmente no art. 3º da Lei de Execução Penal, que dispõem respectivamente:

Art. 5º, CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Art. 3º, LEP - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único - Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Este princípio visa garantir o tratamento igualitário aos apenados e aos submetidos à medida de segurança que estejam em idêntica condição, além de proibir qualquer discriminação, principalmente, relacionados à raça, religião, política ou condição social.

Em comentário sobre o tema, Capez (2011, p.18-19), explica:

Trata-se de princípio constitucional que atua em todas as áreas do relacionamento indivíduo-indivíduo e indivíduo-Estado. O princípio da igualdade jurisdicional compreende: a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, da CF); a inexistência de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF); a consagração do Juiz Natural, pois ninguém será processado sem ser julgado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF); a indeclinabilidade da prestação jurisdicional a qualquer pessoa (art. 5º, XXXV, da CF); a garantia de qualquer pessoa ao processo legal, em caso de privação da liberdade (art. 5º, LIV, da CF); o tratamento isonômico que o Juiz deve dispensar às partes integrantes da relação jurídico-processual.

Sendo assim, nenhuma pessoa poderá ser tratada com discriminação durante a execução penal, salvo as distinções em face do mérito pessoal do sentenciado e das características individuais de cada execução.

3.3.4 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal consiste no direito de, qualquer pessoa que está sendo processada, ter um processo que respeite os tramites legais, onde esteja presente os princípios pertinentes e as garantias cabíveis, assegurando um processo justo e correto.

Nesse aspecto, estabelece o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Acerca do devido processo legal, Mirabete (2000, p. 30) afirma que:

[...] 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.

Tal princípio também está previsto no art. 59 da Lei de Execuções Penais, estabelecendo que as infrações sucedidas na atmosfera carcerária e que acarretem sanções disciplinares devem ser, impreterivelmente, subordinadas a instauração de um processo disciplinar, garantindo ao detento o exercício do direito de defesa.

É importante ressaltar que aplicação da sanção deve obedecer ao adequado procedimento para apuração da falta, de acordo com o que institui a autoridade administrativa no exercício de seu poder regulamentar, preservando o direito de defesa do condenado.

Com a finalidade de afastar os efeitos negativos das faltas disciplinares para o condenado, seja com a aplicação da sanção, seja como fator eliminador do mérito para a progressão de regime, este dispositivo criado pela Lei busca eliminar ou, ao menos, reduzir a arbitrariedade da autoridade administrativa durante a aplicação da sanção disciplinar, a qual terá que, obrigatoriamente, restringir-se à verificação das faltas e aplicação das sanções elencadas na lei e, além disso, devendo sempre fundamentar, motivar a sua decisão.

3.3.5 Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena vem consagrado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal. Em síntese, esta norma estabelece que as sanções impostas aos infratores devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator. Deste modo, as penas devem ser justas e proporcionais, vedando-se qualquer tipo de padronização.

Segundo Barros (2001), o princípio em estudo, abrange os princípios da personalidade e da proporcionalidade. A personalidade refere-se ao fato de a pena ser individual. E o princípio da proporcionalidade resulta na pena e na sua forma de cumprimento, pois o cumprimento deve estar em conformidade com a realidade vivida pelo condenado.

De acordo com Ferreira (2004, p. 49-50), o princípio da individualização da pena se caracteriza em três etapas distintas, quais sejam:

a) legislativo, quando o legislador estabelece os limites máximo e mínimo da pena e fixa outras regras às quais o juiz deve obedecer; b) judicial, quando o juiz, atento as circunstâncias do crime, do agente e da vítima, fixa a pena cabível que melhor retribua e previna o crime; c) executório, quando a execução da pena se faz segundo critérios jurídico-administrativos, pelo juiz da execução e com auxílio do pessoal penitenciário.

Convém observar, que independentemente da etapa da individualização que se esteja a realizar, o princípio da individualização da pena “consagra a isonomia material, isso porque ele atribui tratamento diverso a indivíduos que se encontram em situações distintas”. (FAVORETTO, 2012, p. 113). Prevalendo, assim, pela efetivação da Justiça e pelo respeito às garantias constitucionais.

3.3.6 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa consiste no dever concedido ao Estado de proporcionar ao acusado a possibilidade de efetuar a mais completa

defesa quanto à imputação que lhe foi realizada. Encontram-se positivados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal⁴.

O direito de defesa está diretamente ligado ao princípio do contraditório. Ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, o texto constitucional, deixou subentendido que, tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa, são demonstrações do princípio do contraditório.

Embora haja influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, ambos não se confundem. Com relação ao tema, Moraes (2000, p.124), assevera:

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (grifo no original).

Levando-se em consideração estes aspectos, o princípio do contraditório e da ampla defesa pode ser considerado um complexo de garantias constitucionais que, de um lado asseguram às partes o exercício de suas particularidades e poderes processuais, e por outro, são imprescindíveis ao adequado exercício da jurisdição.

3.3.7 Princípio da humanização

O princípio da humanidade (ou humanização da pena) tem como vertente o fato de que pena não é o sofrimento ou a degradação do apenado, reforçando assim a ideia de que é preciso humanizar além de punir. A previsão constitucional desse princípio se dá de forma expressa, mas dispersa.

O art. 5º, III da Constituição Federal, dispõe que “ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante”. O inciso XLIX do mesmo art. 5º assegura ao detento sua integridade física e moral. Às presidiárias, também é assegurada a permanência com seus filhos no período de amamentação (art. 5º, L). Mas é no

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

inciso XLVII, também disposto no artigo 5º, que o princípio da humanidade tem sua maior relevância, prevendo que, “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”.

Para se chegar ao conceito do princípio da humanidade, é necessário recorrer à obra do pensador iluminista Cesare Beccaria “*Dos delitos e das penas*”, que se revela como verdadeiro símbolo de referência no processo de humanização das penas. E, apesar dos séculos que separam sua primeira publicação (1764) dos dias contemporâneos, seu texto não possui apenas valor histórico como também exerce importante influência entre as doutrinas atuais.

Evidenciando todo o conteúdo essencialmente humanístico de sua obra, registra Beccaria (2009, p.16):

[...] os dolorosos gemidos do fraco, que é sacrificado à ignorância cruel e aos ricos covardes; os tormentos terríveis que a barbárie inflige em crimes não provados, ou em delitos quiméricos; a aparência repugnante dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os desgraçados, que é a incerteza; tantos métodos odiosos, difundidos por toda parte, teriam por força que despertar a atenção dos filósofos, essa espécie de magistrados que orientam as opiniões humanas.

A referida obra está inserida no contexto de revolta contra as arbitrariedades e atrocidades do Antigo Regime. Beccaria (2009) argumentava que, quanto mais evoluída fosse a legislação de um Estado, mais brandas deveriam ser suas penas. E que fossem, pois, inexoráveis as leis, inexoráveis os seus executores nos casos específicos, mas que o legislador deveria ser brando, indulgente, humano, arquiteto cheio de prudência e que faça surgir o seu edifício sobre a base do próprio amor.

Outrossim, com relação a humanização da pena, merece ser trazido à baila o magistério de Lopes (1999, p. 102) o qual menciona que:

A ideia de humanização das penas criminais tem sido uma reivindicação constante no perpassar evolutivo do Direito Penal. Das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas. Em um Estado de Direito Democrático veda-se a criação, a aplicação ou a execução de pena, bem como de qualquer outra medida que atentar contra a dignidade humana. Apresenta-se como diretriz garantidora da ordem material em restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade.

Por fim, este princípio tem, pois, a finalidade de assegurar, o banimento das penas cruéis, vetar a tortura como pena ou método de investigação, além da determinação de que o Estado preencha de forma categórica e eficaz as deficiências do sistema prisional, removendo as adversidades e procurando auxiliar na reintegração social do condenado.

3.3.8 Princípio da publicidade

A respeito da publicidade dos atos processuais, estabelece o inciso LXI, do art. 5º da Constituição Federal, que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigir”.

Conforme apregoa Capez (2011, p. 18):

O processo sigiloso e inquisitivo restringe as garantias da ampla defesa, dando margem ao arbítrio. Os atos processuais da execução penal são públicos, e a punibilidade só poderá ser limitada por lei quando a defesa da intimidade do sentenciado ou o interesse social o exigirem (art. 5º, *caput*, da CF)

Nos termos do art. 198 da Lei de Execuções Penais, “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”. A publicidade dos atos processuais leva a uma garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz. Há exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social recomendem que eles não sejam divulgados.

3.4 Os estabelecimentos prisionais adequados

Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso (art. 82 da LEP), e se caracterizam por sua relevância para a ressocialização e reconstrução da vida do

apenado, devendo, portanto, dispor de uma arquitetura adequada às características da pena a ser cumprida por ele.

Dispõe o inciso XLVIII, do art. 5º da Constituição Federal, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Neste sentido, delibera o art. 82, §§ 1º e 2º, respectivamente, que “a mulher e o maior de 60 anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal” e que “o mesmo conjunto arquitetônico poderá abrigar estabelecimentos de destinação diversa, desde que devidamente isolados”.

Em consonância com os dispositivos legais acima citados, Mirabete (1997, p. 218) afirma que “A individualização do tratamento, exige, por meio da adequada observação dos presos, sua classificação e o destino ao estabelecimento mais adequado a sua personalidade”. Desta forma, o autor traça um paralelo entre o estabelecimento penal mais adequado às características individuais do condenado e que ao mesmo tempo seja compatível com o regime de cumprimento da pena instituído.

Os estabelecimentos penais elencados na Lei são: 1º) A penitenciária; 2º) A colônia agrícola, industrial ou similar; 3º) A casa do albergado; 4º) O centro de observação; 5º) Os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico; e 6º) A cadeia pública.

3.4.1 A penitenciária

A penitenciária, nos termos do art. 87 da Lei de Execução Penal, destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. Devendo ser assegurados como requisitos básicos de cada unidade celular a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e de condicionamento térmico adequado à existência humana, além de área mínima de seis metros quadrados. (art.88 da LEP).

O regime fechado é caracterizado pela limitação das atividades em comum dos presos e por um maior controle e vigilância sobre estes. Serão encaminhados ao referido regime, obrigatoriamente, os condenados à pena de reclusão superior a oito anos e o condenado reincidente, qualquer que seja a pena de reclusão aplicada

(art. 33. § 2º, do CP). Em casos excepcionais, poderá ocorrer a inclusão de condenado não reincidente à pena inferior ou igual a oito anos em regime fechado, desde que assim indiquem as circunstâncias do art. 59 do CP⁵. De igual modo, também serão destinados ao cumprimento da pena em regime inicialmente fechado, independente da quantidade da pena aplicada e de serem ou não reincidentes, os condenados por crimes hediondos, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, como também pela prática de tráfico de drogas e terrorismo.

Dado o exposto, as penitenciárias, nos termos do art. 87 da Lei de Execução penal, representam os estabelecimentos penais adequados para o condenado a pena em regime fechado.

3.4.2 Colônia agrícola, industrial ou similar

De acordo com o art. 91 da Lei de Execução Penal, A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar, destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.

Deverão iniciar obrigatoriamente em regime semiaberto os condenados à pena de detenção e reclusão superior a quatro anos, desde que não exceda a oito anos. Se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal não forem favoráveis ao condenado, ele deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto, mesmo que cominada pena igual ou inferior a quatro anos. (CAPEZ, 2011).

Acerca do regime semiaberto, Mirabete (1997, p. 224), assim leciona:

Os estabelecimentos semi-abertos têm configuração arquitetônica mais simples, uma vez que as precauções de segurança são menores do que as previstas para as penitenciárias. Funda-se o regime principalmente na capacidade de senso de responsabilidade do condenado, estimulado e valorizado, que o leva a cumprir com os deveres próprios do seu *status*, em especial o de trabalhar, submeter-se à disciplina e não fugir. Diante da legislação brasileira, que destinou os estabelecimentos de segurança média para os condenados que cumprem a pena em regime fechado (penitenciárias), a prisão semi-aberta deve estar subordinada apenas a um mínimo de segurança e vigilância. Nela os presos devem movimentar-se com relativa liberdade, a guarda do presídio não deve estar armada, a vigilância deve ser discreta e o sentido de responsabilidade do preso enfatizado.

⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Diante disso, é considerado um regime intermediário, em que já se pode verificar, na pessoa do condenado, algum senso de responsabilidade, responsável por impedir as fugas e outras faltas disciplinares, motivo pelo qual o respectivo estabelecimento, em comparação com as penitenciárias, reduz significativamente a vigilância sobre os detentos.

O direito de usufruir do regime semiaberto, também poderá ser obtido em virtude da progressão de regime, após cumprir um sexto da pena no regime anterior e desde que demonstre bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento (art. 112 da LEP), como também poderá ocorrer a regressão do regime aberto para o semiaberto. (art. 118,§ 1º da LEP).⁶

3.4.3 Casa do albergado

Delibera o art. 93 da Lei de Execução Penal que “a Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana”, tendo como característica o fato de “situar-se em centro urbano e separado dos demais estabelecimentos prisionais, além de não ter nenhum obstáculo físico contra fugas”. (art. 94 da LEP).

Conforme esclarece Mirabete (1997, p. 227):

Nos termos legais, o regime aberto funda-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado (art. 36, *caput*, do CP). Este deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (art.36,§ 1º do CP). Em síntese, é o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade no qual o condenado trabalha, estuda ou dedica-se a outras atividades lícitas fora do estabelecimento, durante o dia, sem escolta ou vigilância, e se recolhe à Casa do Albergado à noite e nos dias em que não deva exercer tais misteres.

Considera-se que o principal benefício do sistema é demonstrado na obrigatoriedade de o preso trabalhar, instruindo-o para o momento em que deixe a prisão definitivamente. Ademais, servirá para afastá-lo do ambiente nocivo das prisões coletivas, mantendo-o em contato com a sociedade e com a família.

⁶Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

[...]

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

Devem iniciar em regime aberto, salvo incompatibilidade com o art. 59 do CP, o condenado, não reincidente, à pena igual ou inferior a quatro anos. Também poderá ingressar no regime aberto através da progressão, uma vez cumprido um sexto da pena no regime anterior e desde que ostente bom comportamento carcerário, comprovado pelo Diretor do estabelecimento.

Embora a prisão-albergue e a prisão domiciliar (art. 117 da LEP), sejam espécies do gênero prisão aberta, ambas não devem ser confundidas. Pois a primeira não admite a execução da pena em residência particular, essa deve ser cumprida em casa de albergado ou estabelecimento adequado, como já foi dito. Já a segunda é uma modalidade de prisão aberta, que, conforme o artigo 117 da Lei de Execuções Penais, será cumprida em residência particular se o sentenciado atender ao seguintes requisitos:

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.

Com relação aos regimes prisionais anunciados até o momento, dois deles são de fundamental importância para esse trabalho, são eles: o regime semiaberto e o aberto, na qual a superlotação carcerária, ou até mesmo a inexistência de Casa do Albergado, tem conduzido a inúmeras decisões a respeito da concessão “irregular” e, *permissa venia* (autorização) ilegal, da prisão domiciliar, cuja avaliar as hipóteses de incidência representa o tema do presente trabalho, que será tratado no próximo capítulo.

3.4.4 Centro de observação

Aduz o art. 96 da Lei de Execução Penal que o centro de observação destina-se à realização dos exames gerais e do criminológico, dos quais os resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação, expandindo o parágrafo único, a possibilidade de utilização de seus espaços para a realização de pesquisas criminológicas. De acordo com Capez (2011, p. 62), o Centro de Observação é considerado como sendo:

[...] o órgão destinado a proceder à classificação dos condenados que iniciam o cumprimento da pena em regime fechado, mediante a realização de exames e testes de personalidade, como o criminológico, visando à individualização na execução da pena [...]

Estabelece o art. 97 da LEP que cada unidade federativa possuirá um Centro de Observação, o qual deverá ser “instalado em unidade autônoma ou em prédio anexo ao estabelecimento penal”. Porém, na ausência do referido Centro, “os exames poderão ser realizados pela Comissão Técnica de Classificação”. (art. 98 da LEP).

3.4.5 Hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico

Dispõe o art. 99 e seu parágrafo único da Lei de Execução Penal, que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico se destina aos inimputáveis e semi-imputáveis, citados no art. 26 e seu parágrafo único do Código Penal⁷. Desse modo, Mirabete (1997, p. 233), classifica o referido estabelecimento penal “[...] em um hospital-presídio, pois, embora se destine a tratamento, é também um estabelecimento penal que visa assegurar a custódia do internado”.

O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico não exige cela individual, já que a estrutura e as divisões da referida unidade estão na dependência de planificação especializada, dirigida segundo as necessidades da medicina psiquiátrica.

3.4.6 Cadeia pública

De acordo com Capez (2011), a Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios, bem como aos casos de prisão civil e administrativa; sendo que nesses dois últimos casos, tem-se por objetivo a coação do indivíduo ao

⁷ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

cumprimento de sua obrigação (alimentos, depósito infiel, restituição de bens ao Estado), sendo dispensável o rigor penitenciário.

Determina a Lei que cada comarca terá pelo menos uma Cadeia Pública, com a finalidade de resguardar o interesse da Administração da Justiça Criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar. (art. 103 da LEP), assim como, deverá o estabelecimento ser instalado próximo de centro urbano, observando-se na construção as exigências mínimas referidas no artigo 88 e seu parágrafo único. (art. 104 da LEP).

4 PRISÃO DOMICILIAR

Para melhor compreender a prisão domiciliar, faz-se necessário exibir um histórico desse instituto no Brasil, buscando demonstrar a evolução desta forma de cumprimento da pena de prisão no ordenamento jurídico pátrio.

4.1 Breve histórico sobre o surgimento da Prisão Domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro

A prisão domiciliar foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, em abril de 1967, através da Lei nº 5.256, onde, em seu art. 1º, versava sobre a prisão do réu ou do indiciado na própria residência, advertindo que o apenado não poderia afastar-se dela sem prévio consentimento judicial. Todavia, tal prisão seria concedida exclusivamente àqueles que teriam direito a prisão especial, verificada a ausência de estabelecimento adequado para seu recolhimento. Somente dez anos mais tarde é que a prisão domiciliar passou a ser destinada ao preso definitivo, levando em consideração a inexistência de estabelecimento adequado também para presos do regime aberto – regime criado pela Lei nº 6.416/77.

Nesse sentido, Mirabete (1997, p. 273), esclarece que:

A prisão domiciliar foi introduzida no Brasil pela Lei nº. 5.256, de 6-4-1967, para recolher o preso provisório à própria residência nas localidades onde não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que têm direito à prisão especial. Com introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela Lei nº. 6.416, de 24-5-77, e diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão albergue, os aplicadores da lei penal depararam-se com penas alternativas: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de adequar-se a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua própria residência.

A Lei nº 6.416, determinava que os benefícios concedidos aos apenados, denominados de “concessões”, teriam que ser regulamentados por lei local ou, à sua falta, por provimento do Conselho Superior da Magistratura ou órgão equivalente (art. 30 § 6º). Ou seja, em vez de definir sua extensão e natureza, concedeu legitimidade para que os Estados o fizessem. Naquele tempo, verificou-se certa

insegurança jurídica em consequência da ausência de regulamentação do tema. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal optava por conceder a prisão domiciliar, apesar da legislação não deixar claro como proceder:

PRISÃO ALBERGUE – ENQUANTO NÃO REGULAMENTADA A PRISÃO ALBERGUE, É DE CONCEDER-SE A PRISÃO DOMICILIAR AO CONDENADO QUE, EM TESE, SATISFAÇA OS REQUISITOS PARA SER SUBMETIDO A REGIME PENITENCIÁRIO ABERTO. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça, 1979)⁸.

O recolhimento do apenado em residência particular, no modelo existente na atualidade, foi concebido pelo Poder Legislativo do Estado de São Paulo. Em 30 de outubro de 1978, foi proclamada a Lei Estadual nº 1.819, que estabelecia condições nas quais o detento pudesse cumprir sua pena em casa, de modo que o benefício apenas seria outorgado às pessoas que preenchessem os requisitos ali apontados. A citada Lei se encontra ainda em vigor naquilo que não colide com a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210).

A Lei de Execução Penal só foi editada muito tempo depois, mais precisamente em 11 de julho de 1984. Desse modo, os entes federativos, na procura por alternativas para o problema da falta de Casa do Albergado em alguns Estados do Brasil, encontraram refúgio na utilização da prisão domiciliar, realizando-a através de leis estaduais que, dentre outras coisas mais, autorizavam a medida. Ressalta-se que só depois da Constituição Federal de 1988 é que a União assumiu a competência para legislar acerca de direito penitenciário, o que, desde então, impediu o subterfúgio que com muita dificuldade contornava o problema (BOSCHI, 1989).

Destarte, toda a legislação acerca de prisão domiciliar foi revogada com o surgimento da Lei de Execução Penal, a qual, segundo Boschi (1989), enumerou hipóteses taxativas para o alcance da prisão domiciliar, que, dentre elas, não foram arroladas a ausência de Casa do Albergado ou a superlotação carcerária.

Contudo, mesmo diante das mudanças legislativas referentes a essa forma de cumprimento da pena, o problema perdura nos dias de hoje, acrescido de outras

⁸ FONSECA, Juliane Schonsda. **A Viabilidade da Utilização da Prisão Domiciliar Como Alternativa à Pena Privativa de Liberdade**, Repositório UPF, 2012. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/248/PF2012Juliane_Schons_da_Fonseca.pdf?sequence=1> Acesso em: 09 ago. 2015.

impossibilidades de se colocar presos em regime aberto nas devidas Casas do Albergado, conforme será analisado nos próximos tópicos.

4.2 Conceito e características da prisão domiciliar

A prisão domiciliar consiste em uma forma excepcional de prisão, podendo ser requerida pelo condenado ao regime aberto, e somente neste regime, em virtude de determinadas situações taxativamente previstas em lei. De acordo com a redação do art. 117 da Lei de Execução Penal:

Art. 117 Somente se admitirá o recolhimento de 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.

Nessa diretriz, esclarece Mesquita Júnior (2007, p. 31) que “A prisão domiciliar só poderá ser concedida excepcionalmente, quando incidir uma das hipóteses do art. 117 da LEP, em que pese à prática ser diversa”.

Sobre este ponto, Nunes (2009, p. 187) explica que:

[...] 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 a condenada gestante ou mãe de filho menor ou deficiente físico ou mental.

De acordo com Boschi (1989), as hipóteses excepcionais do art. 117 da Lei de Execução Penal, dispõe de conteúdo distinto, correspondendo às particularidades daqueles condenados que em virtude de doença grave, idade, gestação, deficiência física, filiação, carecem de cuidados especiais, visto que o Estado, lamentavelmente, não se aparelhou o suficiente para atender essa pequena fração de condenados.

Desse modo, é importante frisar que não se pode confundir prisão-albergue com a prisão domiciliar. O regime aberto ou prisão-albergue, como regra, não

permite o cumprimento da pena em residência particular. Pena em regime aberto, como já esclarecido, deverá ser cumprida em Casa do Albergado ou estabelecimento adequado, conforme estabelece o art. 33, §1º, c, do Código Penal⁹. Somente nas situações excepcionais listadas taxativamente no art. 117 da LEP, plenamente justificadas em razão das condições pessoais dos condenados, é que se admite o cumprimento em residência particular. (MARCÃO, 2013).

Sendo assim, a prisão domiciliar caracteriza-se por ser uma modalidade de prisão excepcional, onde a liberdade do condenado é limitada em sua própria residência, sendo proibido dela ausentar-se sem autorização judicial.

Nesse sentido, Dotti (2010, p. 558), assim declara:

O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, frequentar 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).

Constitui, obviamente, um grande benefício, tendo em vista que, cumprir pena no ambiente familiar é, sem dúvida, menos pernicioso que compartilhar espaço com outros condenados, inclusive levando-se em consideração as atuais condições em que se encontram a maior parte dos estabelecimentos penais no Brasil.

Sendo assim, a concessão desse benefício de forma indiscriminada, resulta principalmente diante da ausência de fiscalização, na falta de credibilidade do sistema penal, um problema que atormenta a realidade do direito penitenciário do Brasil. Isto ocorre pelo fato do objetivo proposto pela Lei de Execução Penal não condizer com o que de fato ocorre. Deveria haver uma fiscalização acentuada, o fato de cumprir pena em regime domiciliar, não exime o preso de honrar com suas obrigações, não o dispensa do cumprimento da sanção imposta na sentença.

Seguindo este raciocínio, Mirabete (1997, p. 276) explica que:

O fato de o condenado se recolher 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

⁹ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
 § 1º - Considera-se:
 [...] c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

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.

Tendo em vista os aspectos observados, é indiscutível que a prisão domiciliar configura-se como uma medida positiva que foi se expandindo na legislação brasileira ao longo do tempo, em razão de sua relevância. Entretanto, é fundamental ter zelo com a indispensável fiscalização do apenado, para que a pena não se torne equivalente à soltura do preso, embora o descaso com tais regras não atinjam as finalidades da execução, previamente expostas, quer seja a de retribuir, quer seja a própria reinserção social do apenado.

4.3 Requisitos para a autorização da prisão domiciliar

Os requisitos para a autorização da prisão domiciliar são aqueles previstos no art. 117 da Lei de Execução Penal, não sendo admitido ao Poder Judiciário, em regra, expandi-las sempre que lhe for pertinente, sob pena de ferir o princípio da legalidade. No entanto, mesmo se tratando das hipóteses ali previstas, a interpretação terá de ser restritiva, ou seja, tratando-se a prisão domiciliar como modalidade excepcional, só deverá ser concedida se verificada as condições pessoais excepcionalíssimas do apenado.

A primeira hipótese em que se admite a prisão domiciliar corresponde ao condenado maior de 70 (setenta) anos (art. 117, inciso I da LEP). A lei concede melhores condições penais ao condenado maior de 70 (setenta) anos, segundo Mirabete (1997, p. 275), “levando em conta sua decadência ou degenerescência provocada pela senilidade, sua menor periculosidade e as maiores dificuldades que tem em suportar o rigor da pena”. Sendo que a idade a qual se refere à lei, será a do momento da execução, podendo, o condenado que iniciou o cumprimento da pena em prisão-albergue, cumprir em prisão domiciliar, no momento que completar 70 (setenta) anos.

Em concordância com a temática, se posicionou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, através do julgamento do Habeas Corpus 2014.071570-2/SC:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PECULATO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL CONDICIONADA AO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO DANO CAUSADO PELA CONDUTA DO APENADO (§ 4º DO ART. 33 DO CP). IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. CRIME COMETIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DO REFERIDO DISPOSITIVO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS SEVERA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS RECONHECIDOS PELO JUÍZO A QUO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. PROGRESSÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O ABERTO DEFERIDA. PLEITO SUCESSIVO DE ENCAMINHAMENTO DO DETENTO À SUA RESIDÊNCIA PARA DAR CONTINUIDADE À PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. CONDENADO COM MAIS DE 70 (SETENTA) ANOS. EXEGESE DO ART. 117, INCISO I, DA LEP. ORDEM CONCEDIDA.1. No tocante ao pleito sucessivo de encaminhamento do detento à sua residência para dar continuidade à prisão em regime domiciliar, embora não comprovada a suposta enfermidade cardíaca complexa, é fato incontroverso que o paciente possui 70 (setenta) anos completos, porquanto nascido em 18/6/1944 (fl. 109 do apenso).Logo, uma vez deferida à progressão ao regime aberto, o paciente também faz jus à concessão do benefício do recolhimento em residência particular, com fulcro no art. 117, inciso I, da Lei n. 7.210/1984, *in verbis*: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;2. Portanto, inexistindo óbice à progressão de regime prisional e demonstrado, de plano, o requisito necessário à concessão do benefício do recolhimento em residência particular (inciso I do art. 117 da LEP), voto no sentido de conceder a ordem, para deferir a progressão ao regime aberto e o recolhimento em residência particular. (TJ-SC - HC: 20140715702 SC 2014.071570-2 (Acórdão), Relator: Rui Fortes, Data de Julgamento: 03/11/2014, Terceira Câmara Criminal Julgado)¹⁰.

Sendo assim, a concessão de prisão domiciliar ao apenado maior de 70 (setenta) anos denota um aspecto objetivo a ser apreciado. Nesse sentido, tratando-se de recluso maior de 70 (setenta) anos e cumprindo pena em regime aberto, não se deve valer de pretextos para dificultar a concessão do benefício que, nesses casos específicos, deverá ser deferido.

De igual modo, tem direito ao benefício da prisão domiciliar o condenado acometido de doença grave (art. 117, II da LEP), ou seja, de moléstia de difícil cura, que requer um tratamento prolongado ou que coloca em risco a vida do doente. Dentre elas, destaca-se a AIDS. Contudo, parte da doutrina entende que não tem direito à prisão domiciliar o condenado apenas por ser portador do vírus ou mesmo

¹⁰ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 2014.071570-2 – SC. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25317030/habeas-corpus-hc20140715702-sc-2014071570-2-acordao-tjsc/inteiro-teor-25317031>> Acesso em: 25 de ago. 2015.

por já ter contraído a moléstia. Sendo que esse tipo de prisão será destinado ao condenado do regime aberto e que se encontre na fase terminal da doença e não possa ser assistido pelo serviço médico do Estado na casa do albergado.

Com relação ao grau de debilidade que se encontra o condenado, Luiz Flávio Gomes (2011, p. 170) exterioriza que:

O que importa saber, portanto, é se o presídio tem ou não condições de dar tratamento ao preso com doença grave, independentemente do seu grau de debilidade. Caso a administração penitenciária não disponha de recursos para o tratamento deve o juiz determinar a prisão domiciliar ou a transferência do preso para local adequado à assistência médica de que ele necessita.

Nesse contexto, no que diz respeito ao condenado acometido por doença grave, nos termos do inciso II, do artigo 117, da Lei de Execução Penal, é necessário analisar, caso a caso, algumas peculiaridades. É manifesto que nem todo portador de moléstia grave terá o benefício deferido, uma vez que, o termo “doença grave” deverá ser conferido de modo restritivo, levando-se em consideração a real situação em que se encontra o recluso.

O mandamento desta recomendação encontrou apoio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Estado do Rio Grande do Sul, como se depreende do precedente jurisprudencial exarado no Habeas Corpus 327. 265/RS:

HABEAS CORPUS Nº 327.265 - RS (2015/0141848-5) RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PACIENTE : PAULO CESAR DA SILVA DECISÃO Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO CESAR DA SILVA contra acórdão da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Extrai-se dos autos que a defesa interpôs agravo em execução contra decisão que indeferiu pedido de prisão domiciliar ao paciente para tratamento de saúde. O Tribunal a quo negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (fls. 110-119): AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. APENADO EM REGIME FECHADO. DOENÇA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE. Prisão domiciliar que somente tem cabimento nos estritos casos do art. 117 da LEP, em princípio, somente para os detentos do regime aberto. Concessão do benefício em caráter humanitário para os presos dos regimes semiaberto e fechado que vêm sendo admitida pela jurisprudência das Cortes Superiores, mas apenas em casos excepcionalíssimos, dentre eles, o de doença grave, entendida como aquela cujo tratamento não possa ser prestado na própria casa prisional, pondo em risco a saúde, recuperação e a própria vida do apenado. Precedentes desta Corte, do E. STJ e do E. STF. Hipótese na qual não comprovada a inviabilidade de ser prestado o

tratamento na própria casa prisional. Apenado portador do vírus HIV, disúria, polaciúria e prostatite crônica, não demonstrou a necessidade de recolhimento domiciliar, nem de tratamento especializado, que possa ser prestado na casa prisional. Decisão denegatória mantida. AGRADO EM EXECUÇÃO IMPROVIDO. No presente writ, o impetrante alega que "o paciente está acometido de doenças grave e crônicas, é portador do vírus HIV, sofre de distúria (desconforto para urina) e polaciúria (micção insuficiente), além de ser portador de prostatite crônica". Afirma que as doenças requerem cuidados constantes, de modo que deveria ser deferido o benefício para que ele possa efetuar seu tratamento. Pleiteia, em liminar e no mérito, a transferência do paciente para o regime domiciliar. É o relatório. Decido. Em que pese o novel posicionamento jurisprudencial do STF e desta Corte onde sequer deve ser conhecido o habeas corpus substitutivo de recurso próprio, diante das alegações apresentadas e a fim de analisar com mais propriedade a existência de eventual constrangimento ilegal, tenho por prudente determinar a continuidade do processamento do feito. Na hipótese em análise, não vislumbro a presença conjunta do fumus boni iuris e do periculum in mora. Assim, ausentes os requisitos autorizadores para a concessão da medida liminar. Ademais, a matéria ora ventilada implica o exame da idoneidade e razoabilidade das razões adotadas pelas instâncias ordinárias, providência inviável em análise preliminar dos autos. Por se tratar de antecipação meritória, a alegação deve ser oportunamente analisada pelo douto Colegiado. Diante do exposto, indefiro a liminar. Solicitem-se informações à autoridade coatora, bem como ao juízo de primeiro grau. Encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 23 de junho de 2015. Ministro ERICSON MARANHÃO(STJ - HC: 327265 RS 2015/0141848-5, Relator: Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Publicação: DJ 26/06/2015)¹¹.

Ainda sobre o tema, urge trazer à baila a respeitável ementa da judiciosa decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), cuja transcrição do Habeas Corpus 85.092/RJ segue abaixo:

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.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº Corpus 327.265 – RS. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202444408/habeas-corpus-hc-327265-rs-2015-0141848-5/decisao-monocratica-202444418>> Acesso em: 25 de ago. 2015.

(STF - HC: 85092 RJ , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 03/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-03 PP-00481)¹².

Deste modo, é possível compreender através dos acórdãos anunciados que a concessão da prisão domiciliar ao condenado acometido de doença grave está associada aos casos em que seja evidente o despreparo do Estado em manter encarcerado alguém que necessita de cuidados especiais, ou seja, onde o estabelecimento penal não forneça o tratamento necessário ou que, embora o forneça, seja ele inadequado ou ineficiente, em incontestável prejuízo à saúde do apenado.

Conforme estabelece o inciso III, do artigo 117 da Lei de Execução Penal, também tem direito à prisão domiciliar a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental. Nesse caso, entende-se que o benefício é concedido mais em favor da criança ou do deficiente, que necessita do amparo material.

Com relação ao filho portador de deficiência física ou mental, é importante ressaltar que, para que seja concedida a prisão domiciliar, é necessário que a condenada comprove tais circunstâncias através de perícias e exames médicos, além da necessidade dos cuidados maternos. Verificada a comprovação desses requisitos, terá deferida a prisão domiciliar.

Embora o conceito de “filho menor” não venha expressamente definido em lei, entende-se que esse juízo deverá ser avaliado seguindo parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade. Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Boschi (1989, p. 52) que aduz que o 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”.

Outro não é o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, consoante se verifica no Agravo em Execução Penal nº. 0024309-66.2012.8.19.0000 da ementa abaixo transcrita:

EMENTA: Agravo em Execução Penal. Insurge-se a agravante contra decisão que indeferiu o pedido de prisão domiciliar, sob o argumento de estarem presentes os requisitos contidos no art. 117, III da LEP. Trata-se de

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.092 – RJ. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720534/habeas-corpus-hc-85092-rj>> Acesso em: 26 de ago. 2015.

apenada cumprindo pena em regime aberto com filho menor. A prisão domiciliar não é uma regra automática, consistindo em uma faculdade do Magistrado, que diante do caso concreto poderá concedê-la ou não. Só caberá prisão domiciliar quando ficar demonstrada a necessidade de prover o sustento afetivo e material. A fundamentação utilizada pelo douto magistrado no sentido de que tal benefício fere o princípio da isonomia, não se coaduna com que prevê a Lei de Execuções Penais. Importa no caso concreto, a agravante consegue comprovar a inequívoca imprescindibilidade de sua presença aos cuidados especiais de seu filho menor de 04 anos de idade, ônus que lhe compete com exclusividade, e que não ficou demonstrado nos autos. Excepcionalidade não comprovada. Agravo defensivo desprovido.(TJ-RJ - EP: 00243096620128190000 RJ 0024309-66.2012.8.19.0000, Relator: DES. SUELY LOPES MAGALHAES, Data de Julgamento: 12/07/2012, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/10/2012 15:14)¹³.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a prisão domiciliar representa medida excepcional. Sendo assim, na hipótese mencionada anteriormente, a concessão da prisão domiciliar à apenada estará intrinsecamente vinculada às necessidades da criança, ou seja, aquela que de fato necessite dos cuidados maternos, exigindo sua especial atenção.

A prisão domiciliar também poderá ser concedida ao apenado que, comprovadamente, tenha filho sob sua responsabilidade. Na esteira deste entendimento, cabe mencionar o precedente do colendo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo em Execução nº. 70057197626:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. APENADO COM FILHO MENOR E DEFICIENTE MENTAL. POSSIBILIDADE, TENDO EM VISTA A EXCEPCIONALIDADE DO CASO, DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 117, III, DA LEP. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. A prisão domiciliar é resguardada a casos especialíssimos, conforme estabelecido no art. 117 da LEP. E, na espécie, em se tratando de apenado com filho menor e deficiente mental, com mãe já falecida, e que, portanto, conta apenas com o pai para auxiliá-lo nas tarefas diárias, bem como existindo indicativos suficientes acerca da efetiva convivência entre ambos, deve ser ampliada a interpretação do inc. III do art. 117 já mencionado para abranger também o homem condenado. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70057197626, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 11/12/2013)(TJ-RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 11/12/2013, Oitava Câmara Criminal)¹⁴.

Deste modo, entende a Jurisprudência que ainda que o artigo 117 da LEP, em seu inciso III, preveja que a prisão domiciliar seja concedida para a condenada, e

¹³ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução Penal nº 0024309-66.2012.8.19.0000 – RJ. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114979547/agravo-de-execucao-penal-ep-243096620128190000-rj-0024309-6620128190000>> Acesso em: 26 de ago. 2015.

¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução nº 70057197626 – RS. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113580235/agravo-agv-70057197626-rs>> Acesso em: 27 de ago. 2015.

não ao condenado, com filho menor ou deficiente físico ou mental, tal norma, em atenção à razoabilidade e à tutela dos interesses daqueles que enumera, deve ter sua interpretação estendida em benefício do apenado, que comprovou suficientemente as circunstâncias especiais de seu caso.

Por fim, de acordo com o artigo 117, inciso IV da Lei de Execução Penal, também terá direito a prisão domiciliar a condenada gestante que se encontre no regime aberto. Sendo que tal benefício deverá ser concedido, com o objetivo de proporcionar à condenada melhores condições durante o período de gestação.

Entretanto, é necessário destacar que não é qualquer condenada gestante, na fruição do regime aberto, que terá deferido o benefício. Visto que, levando em consideração o que expõe o art. 14, § 3º da Lei de Execução Penal, ao estabelecer que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”, já garante a condenada durante o período gestacional, o mínimo necessário para que disponha de um parto digno, sem danos a saúde de mãe e filho, mesmo que ainda esteja incluída no contexto prisional. Associa-se a isso, o motivo por qual a prisão domiciliar é excepcional, de maneira que a conclusão rigorosa é similar a mesma adotada para o condenado portador de moléstia grave.

Nesse passo, é importante destacar o entendimento jurisprudencial externado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Habeas Corpus n.º 70037892601, cuja transcrição segue abaixo:

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. (TJ-RS, Relator: Jaime Piterman, Data de julgamento: 26/08/2010, Segunda Câmara Criminal)¹⁵

Portanto, apenas em casos excepcionais, tendo como exemplo uma gestação de alto risco e restando comprovado à insuficiência, ou até mesmo ausência de instrumentos necessários para assegurar a saúde da condenada e da criança no âmbito do estabelecimento penal, é que poderá ser deferida a prisão domiciliar.

¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70037892601 – RS. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-535422582>> Acesso em: 27 de ago. 2015.

4.4 O déficit prisional

Atualmente a realidade carcerária cumpre finalidade incompatível daquela idealizada pela Lei de Execução Penal e pela doutrina. Estabelecendo um paralelo entre as disposições legais e a realidade, observa-se que os requisitos mínimos da boa condição penitenciária, preconizados pela legislação penal brasileira estão longe de serem efetivados, ocasionando assim, a impossibilidade de se aplicar as determinações para o fiel e justo cumprimento da pena aplicada ao condenado. Para esta constatação, basta uma breve análise sobre a situação carcerária que se encontra o país.

Conforme demonstram as estatísticas oficiais de junho de 2014, divulgadas pelo do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), órgão vinculado ao Ministério da Justiça, o Brasil conta com a quarta maior população prisional do mundo com cerca 607.731 mil presos, ficando atrás apenas da Rússia (673.800), China (1,6 milhão) e Estados Unidos (2,2 milhões). A Figura 1 traz um panorama geral da situação dos 10 países com maior número de presos no mundo, onde o Brasil ocupa a 4ª posição.

Figura 1. Informações prisionais dos 10 países com maior população prisional do mundo

País	População prisional	Taxa da população prisional para cada 100.000 habitantes
Estados Unidos	2.228.424	698
China	1.657.812	119
Rússia	673.818	468
Brasil	607.731	300
Índia	411.992	33
Tailândia	308.093	457
México	255.638	214
Irã	225.624	290
Indonésia	167.163	66
Turquia	165.033	212

Fonte: Infopen, com dados do ICPS¹⁶

¹⁶ INFOPEN, **Sistema de Informações Penitenciárias**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 29 de ago. 2015.

Atualmente, existe cerca de 300 presos para cada 100 mil habitantes no país. O número de presos é significativamente superior as quase 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Ou seja, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados. A Tabela 1 demonstra um panorama geral da população brasileira, onde é possível observar que no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca de seiscentos mil.

Tabela1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014.

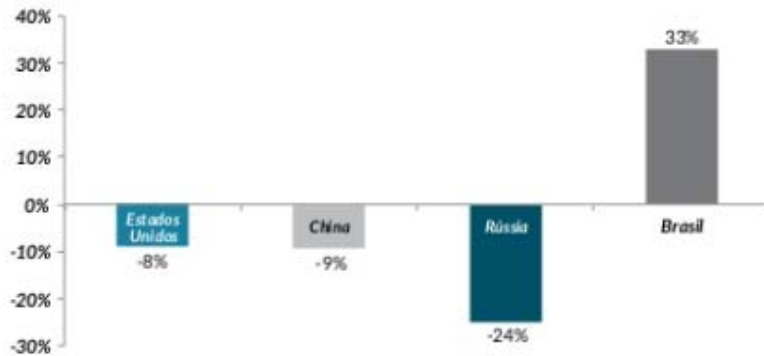
<i>Brasil - 2014</i>	
População prisional	607.731
Sistema Penitenciário	579.423
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	27.950
Sistema Penitenciário Federal	358
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

Fonte: Infopen, jun/ 2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014¹⁷.

A pesquisa também revela que, entre 2008 e 2014, a população prisional brasileira aumentou consideravelmente em um curto espaço de tempo. A figura 2 mostra a variação, nos últimos anos, da taxa de aprisionamento dos quatro países com a maior população prisional do mundo.

¹⁷ INFOPEN, **Sistema de Informações Penitenciárias**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 29 de ago. 2015.

Figura 2. Variação da taxa de aprisionamento entre 2008 e 2014 nos 4 países com maior população prisional do mundo



Fonte: Infopen, com dados do ICPS¹⁸.

Ao observar o gráfico, nota-se que a variação da taxa de aprisionamento brasileira apresenta tendência oposta aos demais países. Desde 2008, os Estados Unidos, a China e a Rússia, estão reduzindo o ritmo de encarceramento, enquanto que o Brasil vem acelerando o seu.

Ainda, foram analisados pela pesquisa os dados brasileiros referentes a pessoas presas, vagas e ocupação. A Figura 3 apresenta a evolução das pessoas privadas de liberdade no Brasil.

Figura 3. Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)



Fonte: Ministério da Justiça - a partir de 2015, dados do Infopen/MJ¹⁹

O gráfico expõe que o número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que

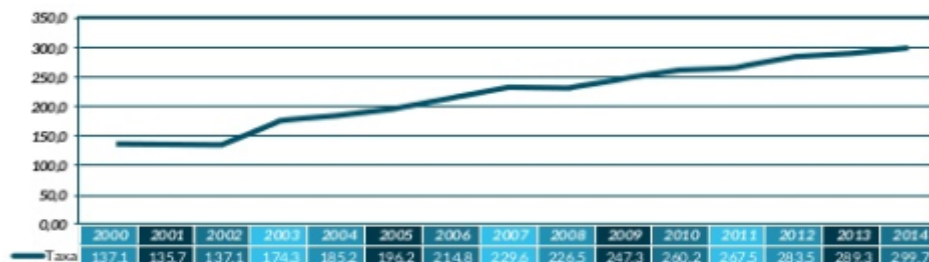
¹⁸ INFOPEN, **Sistema de Informações Penitenciárias**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 29 de ago. 2015.

¹⁹ INFOPEN, **Sistema de Informações Penitenciárias**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 29 de ago. 2015.

o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano.

Além disso, a pesquisa também constatou que entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou em 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou 299,7 pessoas, conforme é possível observar na Figura 4, logo abaixo.

Figura 4. Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil



Fonte: Infopen, junho/2014²⁰

De acordo com os dados apresentados pelo (Infopen), caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade. Esses números demonstram, nitidamente, que a pena de prisão não se mostra como uma solução para a criminalidade, que em um curto espaço de tempo, teve um aumento expressivo no número de encarcerados.

No entendimento de Iranilton Trajano Da Silva (2013)²¹, “Se ao menos a maioria das prisões fosse eficiente para o tratamento e ressocialização do prisioneiro, o sistema penitenciário nacional daria bons auspícios acerca da recuperação dos reclusos e detidos por meio das prisões”.

Entretanto, na visão de Herkenhoff (1998, p. 37):

[...] a prisão exerce um efeito devastador sobre a personalidade, reforça valores negativos, cria e agrava distúrbios de conduta. O isolamento forçado, o controle total da pessoa do preso, não podem constituir treinamento para a vida livre, posterior ao cárcere. Para tudo agravar, o estigma da prisão acompanha o egresso, dificultando seu retorno à vida

²⁰ INFOPEN, **Sistema de Informações Penitenciárias**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 29 de ago. 2015.

²¹ SILVA, Iranilton Trajano da. **Sistema prisional brasileiro: desafios e incertezas em face do caos social e de sua falência aparente**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41673>>. Acesso em: 02 de set. 2015.

social. Longe de prevenir delitos, a prisão convida à reincidência: é fator criminogênico.

Portanto, analisando os princípios fundamentais e constitucionais dos presos, em contraste com as condições nas quais os apenados são mantidos nos estabelecimentos prisionais do Brasil, compreende-se que é fundamental buscar alternativas para sanar tais problemas.

4.5 A concessão da prisão domiciliar através de hipóteses não previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal - LEP

A superlotação em virtude do número elevado de presos é, fatalmente, o problema mais grave envolvendo o sistema prisional hoje. As prisões encontram-se sobrecarregadas, não oferecendo ao preso o mínimo de dignidade. Todo o empenho realizado para a diminuição do problema, não atingiu nenhum resultado positivo, visto que a desigualdade entre a capacidade instalada e o número de presos tem apenas agravado. Não existem mais estabelecimentos prisionais apropriados e com vagas suficientes para acomodar o apenado no regime imposto na sentença ou alcançado através da progressão. Sendo diretamente mais afetado o condenado a cumprir pena nos regimes aberto e semiaberto. Em consequência disso, quase sempre, o preso se vê obrigado a aguardar vaga cumprindo pena em regime mais gravoso, em absoluto confronto com a Lei n.º 7.210/84.

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de Araújo (2009, p. 103) que preleciona:

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.

Como já mencionado anteriormente, o artigo 117 da LEP, dispõe sobre as situações excepcionais nas quais se admite a concessão da prisão domiciliar. Embora haja divergência entre doutrina e jurisprudência a respeito da concessão ou

não da referida prisão aos detentos que não preenchem os requisitos do art. 117 da Lei de Execução Penal, a precariedade dos estabelecimentos penais, associada à superlotação carcerária ou até mesmo a ausência absoluta de estabelecimento prisional referente a cada regime, constitui uma dessas situações não abrangidas pelo legislador, onde, de acordo com o entendimento crescente da jurisprudência, na matéria, admite-se falar em prisão domiciliar, para a proteção dos princípios que orientam a Execução Penal, em especial os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da reserva legal (art. 5º, II), da individualização da pena (art. 5º, XLVIII), da proporcionalidade, da dignidade do preso (art. 5º, XLIX). É oportuno lembrar que o desrespeito a esses princípios opõe-se ao objetivo da LEP, que trata de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. (art. 1º).

É inaceitável que, embora a lei determine que o governo construa estabelecimentos carcerários adequados a cada regime, até hoje, mais 30 (trinta) anos depois, nosso país não dispõe ainda de instituições penais suficientes para a demanda de condenados. O réu condenado a regime aberto ou semiaberto não pode ser mantido em regime mais gravoso, sob a desculpa de que não há vaga na instituição penal para qual foi designado em sentença, em razão da desídia da Administração Pública.

Diante disso, conforme o instituto que já analisamos, é manifesto o excesso de execução, configurando verdadeiro constrangimento ilegal manter, sob estas condições, apenados que deveriam estar desfrutando de regime menos rigoroso. Por esse motivo, existem correntes que defendem o afastamento da interpretação taxativa do artigo 117 da LEP, inclusive há várias decisões nos tribunais superiores concedendo a prisão domiciliar diante da ausência de vagas ou inexistência de local adequado ao cumprimento dos regimes aberto e semiaberto, como se vê dos arestos abaixo colacionados:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.517.908 - RS (2015/0040334-3) RELATORA :
MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA RECORRENTE :
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : ALEXANDRE DA SILVA RABELO (PRESO) ADVOGADO :
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PENAL
E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 117
DA LEP. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS. PRISÃO DOMICILIAR
ATÉ O SURGIMENTO DE VAGAS NO REGIME ADEQUADO.
POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A
JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. RECURSO

ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento na alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça daquele Estado da Federação, in verbis: "EXECUÇÃO. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE ALBERGUE OU VAGA NELE. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. Como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses de ausência de albergue ou de vaga nele: 'A submissão do paciente em regime de restrição de liberdade mais gravoso do que o previsto na sentença condenatória configura constrangimento ilegal. Fixado o regime aberto para cumprimento da pena, mostra-se incompatível com a condenação a manutenção do paciente em presídio. Precedentes do STJ. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de cumprir a pena no regime aberto, sendo-lhe, se eventualmente não houver vaga em Casa de Albergado, assegurado a prisão domiciliar, enquanto inexistir vaga no estabelecimento adequado.' É o que ocorre no caso em tela, razão pela qual se mantém o deferimento da prisão domiciliar ao agravado. DECISÃO: Agravo ministerial desprovido, por maioria.

[...]constata-se que o entendimento adotado pelo aresto recorrido está em fina sintonia com a jurisprudência deste STJ. De fato, quanto ao ponto, assim manifestou-se o Tribunal a quo: "Como se trata de apenado em regime aberto, vou divergir do ilustre Relator. Em situações como a dos autos, tenho afirmando em meus votos que alterei a minha posição diante do descabro que se encontra o sistema prisional do Estado e a inércia do Poder Executivo de tentar minorar a situação criada por ele mesmo com a superpopulação carcerária e a deterioração física das cadeias. Esta situação, descabro do sistema prisional, não se restringe ao Estado do Rio Grande do Sul, como é consabido. O Superior Tribunal de Justiça, já de algum tempo, vem decidindo que a ausência de Casa de Albergado na comarca ou a falta de vaga para aquele que cumpre, ou cumprirá, pena no regime aberto, implica no deferimento da prisão domiciliar. Exemplos: (...) E esta posição se mantém nos dias de hoje, como se vê do exemplo que segue: '... Esta Corte Superior de Justiça tem entendido que a ineficiência do Estado em assegurar instituições em condições adequadas o cumprimento de pena em regime aberto autoriza, ainda que excepcionalmente, a concessão da prisão domiciliar. Precedentes desta Corte.' (RHC 37854, sexta Turma, Relator Og Fernandes, j. em 15.8.2013, DJe 30.8.2013).(STJ - REsp: 1517908 RS 2015/0040334-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 07/05/2015).²²

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE VAGA NO REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a inércia do Estado em disponibilizar vagas ou até mesmo estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime semiaberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda no regime aberto, ou, na sua falta, em prisão domiciliar. 2. Não conheço do habeas corpus. Ordem concedida de ofício para determinar a imediata transferência do paciente para estabelecimento penal compatível com o regime semiaberto e, na falta de vaga, seja ele colocado em regime aberto ou prisão domiciliar, até a disponibilidade de vaga em estabelecimento adequado ao regime intermediário.(STJ - HC287.454/SP, Rel.Ministro ERICSON MARANHO

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: REsp.nº1.517.908 – RS. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186367981/recurso-especial-resp-1517908-rs-2015-0040334-3>> Acesso em: 04 de set. 2015.

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014).²³

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. NÃO TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DO ART. 117 DA LEP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PRELIMINAR. Sendo oportunizada, de qualquer forma, a discussão sobre o conteúdo em epígrafe, não há falar em nulidade da decisão. MÉRITO. Se o apenado cumpre pena privativa de liberdade em regime aberto, o estabelecimento penal ao qual está recolhido deve atender aos requisitos do art. 94 da Lei de Execução Penal. A enumeração contida no art. 117 da Lei das Execuções Penais, que disciplina as hipóteses em que os apenados podem ser beneficiados com prisão domiciliar, não é taxativa, devendo o juiz, diante da análise do caso concreto, aplicar a solução mais adequada, à luz dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. Existe uma omissão deliberada e desidiosa do Estado em dar cumprimento à lei, não se podendo atribuir aos apenados os ônus dessa política omissiva. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70057415820, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Julgado em 18/12/2013).²⁴

Ademais, há entendimento jurisprudencial, no sentido de que, a superlotação da Casa do Albergado, como, também, as péssimas condições as quais os presos vêm sendo submetidos também justificariam a concessão do benefício. Visto que, nessas circunstâncias, a pena estaria opondo-se à sua própria finalidade de reinserção social, ao tratar os presídios como depósitos humanos, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e o análogo princípio da humanização das penas, consoante se verifica da ementa abaixo transcrita:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR DIANTE DA SUPERLOTAÇÃO DA CASA DO 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. (Agravado Nº 70032932675, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 16 de Junho de 2010).²⁵

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 287.454 – SP. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1986357971/habeas-corpus-hc-287454-sp-2014-0060314-2>> Acesso em: 04 de set. 2015.

²⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução nº 70057415820 – RS. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113611652/agravo-agv-70057415820-rs>> Acesso em: 05 de set. 2015.

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução nº 70032932675 – RS. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-214925799>> Acesso em: 05 de set. 2015.

Em entendimento oposto, no entanto, e amparado pelo princípio da legalidade, levando em consideração também o direito à segurança de todos os cidadãos, é importante destacarmos o posicionamento jurisprudencial externado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo em Execução nº 70056490329, cuja transcrição segue abaixo:

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, porque *numerus clausus*. Superlotação, precárias condições físicas dos estabelecimentos e inexistência de vagas em estabelecimento compatível com o regime carcerário, 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. Benefício cassado. AGRAVO EM EXECUÇÃO PROVIDO PARA CASSAR O BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDO AO APENADO, QUE DEVERÁ RETORNAR AO CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO, POR MAIORIA. (Agravo Nº 70056490329, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 19/03/2014)(TJ-RS – AGV: RS , Relator: Fabianne Breton Baisch, Data de Julgamento: 19/03/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/07/2014).²⁶

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento de Zanatta (1996) o qual preconiza que a concessão da prisão domiciliar por motivo, não abrangido nas hipóteses legais, possibilitaria, observando o princípio da isonomia, que outros apenados que não se encontram em condições ideais do cárcere, ou até mesmo pela falta de estabelecimento penal adequado, tivessem direito a gozar da mesma benesse, raciocínio que levaria a “outras decisões liberais”, também a presos do regime semiaberto, por exemplo.

Com relação ao regime semiaberto, Dotti (2010, p. 656) esclarece 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.” O citado autor entende ser possível que o condenado em regime semiaberto, perante a inexistência de estabelecimento penal adequado, passe a cumprir pena em regime aberto, o que, diante da ausência de Casa do Albergado, autoriza, conseqüentemente, a prisão domiciliar.

²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo em Execução nº 70056490329 – RS. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127080724/agravo-agv-70056490329-rs>> Acesso em 05 de set. 2015.

Segundo Bitencourt (2013, p. 622):

Significa dizer, em outros termos, que a natureza do regime não transmuda para outro menos grave, pela ausência de vaga no regime legal a que tinha direito, mas, tão somente, que, por exceção, ficará em regime mais liberal, enquanto a vaga não existir, como têm decidido, acertadamente, nossas duas cortes superiores.

Em discordância com tal entendimento, Mirabete (1997, p. 274) obtempera que “[...] na falta de instalações 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”. Presume-se que, ao utilizar a expressão “inteira liberdade”, o autor está se referindo à fiscalização desempenhada com relação aos apenados colocados em regime domiciliar, que parte da doutrina considera como sendo ineficiente ou até mesmo inexistente.

Sendo assim, é de fundamental importância que a prisão domiciliar seja considerada como uma medida humanizadora, no entanto encarada como a pena que é, resguardando a sociedade através da efetiva fiscalização do cumprimento da pena, levando ao cárcere aqueles que descumprirem as condições impostas pela lei.

Embora a concessão da prisão domiciliar, tanto no regime semiaberto, quanto no regime aberto, esteja longe de ser uma decisão pacífica, a depender da apreciação de princípios constitucionais e penais, a matéria pode ganhar diferentes contornos, ficando claro que diante da nossa realidade prisional a utilização desse instituto se faz necessária e urgente.

Também por este prisma, Bitencourt (2013, p. 621) perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que:

[...] 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 [...]

O Supremo Tribunal Federal ao optar por conceder a prisão domiciliar devido às deficiências do sistema penitenciário nacional, busca assim, uma solução imediata e mais adequada para sanar, pelo menos de forma temporária, tais problemas.

Dessa forma, levando-se em consideração o que foi observado, conclui-se que, perante a omissão do Poder Executivo para solucionar a precariedade dos estabelecimentos penais, a superlotação carcerária ou até mesmo a inexistência de

estabelecimentos penais adequados para o cumprimento da pena em determinado regime, levam doutrina e jurisprudência a discutir sobre a possibilidade de se autorizar o cumprimento da pena em prisão domiciliar através de hipóteses não previstas no artigo 117 da LEP.

Embora não haja uma solução exata para o problema, todavia, a luz dos princípios até o momento estudados e levando em conta o fato de que a pena não tem finalidade, por si só, de retribuição, mas de ressocialização do apenado, uno-me a corrente que, mesmo diante da complexidade da situação, exalta o princípio da humanização da pena, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, para assegurar o direito dos condenados frente à inércia do Estado.

5. CONCLUSÃO

A concessão do benefício da prisão domiciliar em razão da falta de vagas em estabelecimentos penais, ou até mesmo a inexistência de local apropriado para o cumprimento da pena referente a cada regime, tem sido questão de inúmeras controvérsias, levando-se em consideração a questão da aplicabilidade do art. 117 da Lei de Execução Penal (LEP) e das garantias oferecidas pelos princípios constitucionais e penais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da humanidade.

Lamentavelmente, é conhecida a péssima estrutura do sistema carcerário brasileiro, extremamente divergente das regras estabelecidas pela Lei de Execução Penal, não se conseguindo êxito em aplicar as determinações para o fiel e justo cumprimento da pena aplicada ao condenado.

Nesse contexto, conforme se observou no presente trabalho, a inexistência de Casas do Albergado e Colônias Penais, destinadas aos condenados do regime aberto e semiaberto respectivamente, tem sensibilizado os tribunais a ponto de proferirem inúmeras decisões, inclusive das Cortes Superiores que, apesar da perspicuidade do art. 117 da LEP, ou melhor, a impossibilidade de se ampliar o rol das hipóteses que autorizam a prisão domiciliar, concedem o benefício com amparo na superlotação carcerária e inexistência de Casas do Albergado, onde estabelecem que inexistindo vagas no regime de execução da pena fixado na sentença condenatória transitada em julgado, ou determinada para os casos de progressão, deve o condenado, em caráter excepcional, aguardar vaga em regime mais benéfico, pois não se pode impor ao réu regime mais gravoso, sob pena de infringir a Constituição Federal e demais normas vigentes, causando-lhe flagrante constrangimento ilegal.

O principal fundamento é que o sentenciado não pode ser punido pela falta de estrutura estatal, ou seja, o Estado não pode, pela sua própria inércia, responsabilizar o apenado frente à escassez de estabelecimentos prisionais. Não se afigura lícito impor ao apenado um ônus a que não deu causa. Nesses casos específicos tudo que ultrapassar o comando sentencial estará caracterizado como excesso de execução. O Estado na qualidade de detentor da responsabilidade pelas instituições penais deveria se preparar para a execução penal, como prescrita em lei

e empreender a criação de novos estabelecimentos e melhorar a estrutura e infraestrutura dos estabelecimentos já existentes.

Deste modo, as decisões que, por via transversa ampliam o rol do art. 117 da LEP, são elogiáveis e, inclusive, amparadas pelo ordenamento jurídico, e portanto decisões legítimas, tendo em vista que o exercício do poder punitivo estatal só pode ser exercido com absoluta observância dos limites impostos na sentença penal condenatória.

Compreendeu-se, nesse trabalho, que o réu condenado a cumprir pena em regime semiaberto não pode ser mantido em regime fechado, sob a justificativa de que não há vaga no estabelecimento penal para o qual ele foi designado em sentença. Que a ausência de vagas em instituições carcerárias constitui descaso da Administração Pública, e que o apenado não pode ter sua pena e regime prisional modificado para um mais gravoso em razão da ociosidade Estatal. Mais do que isso, sabe-se que a finalidade executória e a função principal da pena é, justamente, a de reinserção, ficando claro que olvidar um apenado com condições evidentes de usufruir do regime semiaberto acompanhado a outros de alta periculosidade, além de restar caracterizado o constrangimento ilegal, não irá prepará-lo para o retorno ao convívio social, mas sim para o crime.

Quanto ao regime aberto, entendeu-se que, se o condenado encontrar-se em local onde não haja Casa do Albergado ou a mesma não ofereça as condições adequadas para o cumprimento da pena no referido regime, o apenado deverá cumprir sua pena em regime aberto, na modalidade prisão domiciliar. É importante ressaltar que, continua sendo cumprimento de pena e há regras a serem obedecidas. Portanto, se o condenado infringir uma dessas regras, o regime será revogado por quebra de benefício, o que, conseqüentemente, contribuirá para o aumento do senso de responsabilidade do condenado, que deverá cumprir as condições impostas sob pena de retornar ao pesadelo do cárcere.

Pela observação dos aspectos analisados, em relação à pena privativa de liberdade, tem-se levado a reconhecer que embora não se apresentem soluções estáveis, acredita-se que o mais adequado seria prestigiar a dignidade da pessoa humana e a humanidade nas sanções penais concedendo-se prisão domiciliar como parâmetro de direito e justiça nos casos em que, apesar da excepcionalidade do art. 117 da LEP, a permanência do condenado na situação adversa em que se encontra, acarretará danos absolutamente irreparáveis ao mesmo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Roque da Silva. **Omissão Estatal e Prisão Domiciliar**. Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal, vol. 10, n. 56. Jun./jul, 2009.

BARROS, Carmem Silva de Moraes. **A Individualização da Pena na Execução Penal**. São Paulo: RT, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 10ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BÍBLIA SAGRADA. **Nova Tradução na Linguagem de Hoje**. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, parte geral. 1.19. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Execução Penal: Questões Controvertidas**. Porto Alegre: Estudos MP, vol. 3. 1989.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **VadeMecum**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Código De Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **VadeMecum**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política Do Império Do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 29 jul. 2015

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2014.

_____. **Decreto-Lei nº N° 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 18 ago. 2015.

_____. **Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. VadeMecum Saraiva. 18 ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei Complementar nº 5.256, de 6 de outubro de 1967.** Dispõe sobre a prisão especial. VadeMecum Saraiva. 18 ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 6.416 de 24 de Maio de 1977.** Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Lei+n%C2%BA+6.416+de+24+de+Maio+de+1977>> Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. **Lei nº 12.433 de 29 de Junho de 2011.** Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 327.265/RS** (STJ , Relator: Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, Data de Publicação: DJ 26/06/2015 Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202444408/habeas-corpus-hc-327265-rs-2015-0141848-5/decisao-monocratica-202444418> > Acesso em: 25 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1517908 - RS 2015/0040334-3.** STJ – Recurso Especial: REsp 1517908 RS 2015/0040334-3, Relatora, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJ 07/05/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186367981/recurso-especial-resp-1517908-rs-2015-0040334-3> > Acesso em: 04 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 85.092/RJ.** STF - HC: 85092 RJ , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 03/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-03 PP-00481. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720534/habeas-corpus-hc-85092-rj> > Acesso em: 26 ago. 2015.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A evolução histórica, filosófica e teórica da pena.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, nº45, v.12, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral: arts. 1º a 120 vol. 1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Execução Penal Simplificado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas Para o Sistema de Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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

ESTEFAM, André. **Direito Penal – Parte Geral**, volume 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios Constitucionais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Juliane Schonsda. **A Viabilidade da Utilização da Prisão Domiciliar Como Alternativa à Pena Privativa de Liberdade**, Repositório UPF, 2012. Disponível em: <http://repositorio.upf.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/248/PF2012Juliane_Schons_da_Fonseca.pdf?sequence=1> Acesso em: 09 ago. 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência Nas Prisões**; Tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2013

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 1986

_____. **Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Prisão e Medidas Cautelares**; 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. 13 ed. ver., ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Execução Penal**. São Paulo: Max Limonad, 1987

HERKENHOFF, João Baptista. **Crime, tratamento sem prisão: relato da experiência de uma justiça criminal alternativa**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

INFOPEN, **Sistema de Informações Penitenciárias**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em: 29 ago. 2015

JORGE, Wanderley William. **Curso de Direito Penal**. Parte geral, volume 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários a Lei nº 7.210, de 11-7-84. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, N. Renato, **Manual de Direito Penal**, parte geral, volume 1. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**:. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**: introdução e parte geral. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

_____. NORONHA, E. Magalhães, **Direito Penal**: introdução e parte geral. Vol1. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral e Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol1. arts. 1º a 120. 8. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº. 0024309-66.2012.8.19.0000**. TJ-RJ - EP: 00243096620128190000 RJ 0024309-66.2012.8.19.0000, Relator: DES. SUELY LOPES MAGALHAES, Data de Julgamento: 12/07/2012, OITAVA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/10/2012 15:14. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114979547/agravo-de-execucao-penal-ep-243096620128190000-rj-0024309-6620128190000>> Acesso em: 26 ago. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº. 70057197626**. TJ-RS - AGV: 70057197626 RS , Relator: Isabel de Borba Lucas, Data de Julgamento: 11/12/2013, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/01/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113580235/agravo-agv-70057197626-rs>> Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº. 70057415820**. TJ-RS - AGV: 70057415820 RS , Relator: Carlos Alberto Etcheverry, Data de Julgamento:

18/12/2013, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113611652/agravo-agv-70057415820-rs>> Acesso em: 05 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº. 70032932675**. TJ-RS – AGV: 70032932675 RS, Relator: Aramis Nassif, Data de Julgamento: 16/06/2010, Quinta Câmara Criminal. Disponível em:<<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-214925799>> Acesso em: 05 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução nº. 70056490329**. TJ-RS - AGV: 70056490329 RS , Relator: Fabianne Breton Baisch, Data de Julgamento: 19/03/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 11/07/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127080724/agravo-agv-70056490329-rs>> Acesso em: 05 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 70037892601/RS**. TJ-RS, Relator: Desembargador Jaime Piterman, Data de Julgamento: 26/08/2010, Segunda Câmara Criminal. Disponível em <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-535422582>> Acesso em: 27 ago. 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 2014.071570-2/SC**. TJ-SC, Relator: Rui Fortes, Data de Julgamento: 03/11/2014, Terceira Câmara Criminal Julgado. Disponível em <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25317030/habeas-corporus-hc-20140715702-sc-2014071570-2-acordao-tjsc/inteiro-teor-25317031>> Acesso em: 25 ago. 2015.

SÃO PAULO. **Lei Estadual nº 1.819 de 30 de Outubro de 1978 de São Paulo**. Disciplina, no âmbito do Estado, a aplicação e a concessão de medidas explicitadas na Lei federal nº 6416, de 24 de maio de 1977, que alterou dispositivos do Código Penal, do Processo Penal e da Lei das Contravenções Penais, dando providências correlatas. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Lei+n%C2%BA+1.819+de+30+de+Outubro+de+1978+de+S%C3%A3o+Paulo>> Acesso em: 18 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 287.454/SP**. TJ/SP, Relator: Ministro Ericson Marinho. DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, Sexta Turma, Data de Julgamento: 16/12/2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186367981/recurso-especial-resp-1517908-rs-2015-0040334-3>> Acesso em: 04 set. 2015.

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

SILVA, Iranilton Trajano da. **Sistema prisional brasileiro: desafios e incertezas em face do caos social e de sua falência aparente**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41673>> Acesso em: 02 set 2015.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. Curitiba: Juruá, 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis, **Princípios de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte geral. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZANATTA, Airton. **Prisão-albergue domiciliar**. Vol. 730. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.