

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ – ESMEC
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO PENAL**

**DA PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR
NA EXECUÇÃO PENAL**

Mônica Kaline Barbosa de Oliveira Nobre

Fortaleza - CE

2012

MÔNICA KALINE BARBOSA DE OLIVEIRA NOBRE

**DA PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR
NA EXECUÇÃO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Penal da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Michel Pinheiro

Fortaleza - CE

2012

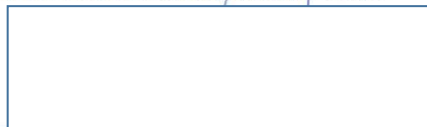
MÔNICA KALINE BARBOSA DE OLIVEIRA NOBRE

**DA PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR NA EXECUÇÃO
PENAL**

Monografia submetida à coordenação do curso de Pós-Graduação da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará(ESMEC), como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Penal

Aprovada em 04 / 06 / 2012.

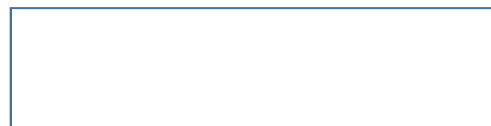
BANCA EXAMINADORA



Prof. Michel Pinheiro, Ms(Orientador)



Prof. Antônio Carlos Largura Filho, Ms



Prof. Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Ms

A Deus, pela presença constante em minha vida.

Ao meu marido Marcello, pelo apoio e estímulo na concretização deste trabalho.

Aos meus pais, Cédma e João Batista,

À minha irmã Karol, e a todos os meus demais familiares, com muito amor e admiração.

Aos professores e coordenadores da Especialização em Processo Penal da Escola Superior da Magistratura - ESMEC, pela valorosa contribuição para o meu aprimoramento acadêmico.

RESUMO

O colapso atualmente vivido pelos estabelecimentos prisionais em face da crescente onda de criminalidade traz à baila a necessidade de profunda reflexão acerca da forma de execução da pena e da reinserção dos reeducandos na sociedade. Novos mecanismos de cumprimento da sanção estão sendo amplamente discutidos em decorrência do grande aumento da população carcerária, cujos estabelecimentos não possuem a mínima estrutura para custodiar tamanho contingente de pessoas. Nessa perspectiva, versa o presente trabalho sobre a prisão albergue domiciliar, meio de cumprimento de pena que vem sendo largamente utilizado nos dias atuais quando o apenado preenche certos requisitos, bem assim em caso de inexistência de vaga ou de estabelecimento adequado ao cumprimento da reprimenda em regime aberto ou semiaberto. A concessão dessa modalidade de prisão, seja ao iniciar o cumprimento da pena, seja em caso de progressão a regime menos gravoso, tem gerado grande repercussão na seara jurídica, dividindo doutrinadores e tribunais especialmente nessa última hipótese, já que não contemplada em lei. Propondo-se a desenvolver análise mais acurada sobre o tema, ao longo deste trabalho abordaremos os principais aspectos da execução da pena, seus regimes, forma de progressão, com enfoque na prisão albergue domiciliar, as hipóteses de concessão, os reflexos de sua aplicação, as correntes de pensamento que abarcam e repelem o instituto e seus fundamentos, sem olvidar da íntima relação do tema com o papel do Estado no resguardo da sociedade e da segurança pública e da ressocialização do egresso.

Palavras-chave: Execução Penal. Regime. Pena. Prisão Albergue Domiciliar. Ressocialização. Segurança Pública.

ABSTRACT

The nowadays collapse lived in prisons due the rising wave of criminality brings up the need for deep reflection on the form of execution of sentence and the reintegration of the reeducating into society. New mechanisms for enforcement of sanctions are being widely discussed due the large increase of prison population, whose facility do not have the minimum structure to custody such contingent of people. In this perspective, the present work aims to approach the half-way houses, means of custodial sentence which has been widely used nowadays when the convicted meets certain requirements, as well as in the absence of a vacancy or an appropriate institution for the compliance of reprimand in open or semi-open regime. The granting of such modality of prison, either by starting the compliance of the sentence, or in case of progression to a regime less strict, has generate a great repercussion on the legal area, dividing legal scholars and courts especially in this last hypothesis, since it is not contemplated in law. Proposing to develop a more accurate analysis on the subject, throughout this work we discuss the main aspects of enforcement of the sentence, its regimes, a form of progression, focusing on house-arrest, the hypothesis of granting, the reflections of its applications, the current thoughts that embrace and repel the institute and its pleas, without forgetting the intimate relation of the subject with the state's role in the protection of society and the public safety and the rehabilitation of former inmate.

Keywords: Criminal Enforcement, Regime, Penalty, Halfway House, Resocialization, Public Safety.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DA EXECUÇÃO PENAL: NOÇÕES GERAIS	9
1.1 Das penas privativas de liberdade	10
1.2 Dos regimes de cumprimento de pena.....	12
1.3 Da progressão de regime	16
2 DA PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR.....	20
2.1 Conceito e previsão legal.....	20
2.2 Das hipóteses de concessão da prisão albergue domiciliar na LEP	23
2.3 Do posicionamento contrário	25
2.4 Do posicionamento favorável.....	29
2.5 Do monitoramento eletrônico.....	35
3 DAS CRÍTICAS À PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR	39
3.1 Segurança Pública x Impunidade	39
3.2 Dos direitos assegurados aos presos.....	42
3.3 Do Sistema Carcerário Brasileiro	44
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

É certo que o aumento vertiginoso da população carcerária é um tema bastante atual e preocupante não só para os operadores do Direito, mas também para o Estado, detentor e executor do *jus puniendi*, e igualmente para toda a sociedade, pois está intimamente ligado a questão da segurança pública.

Buscando reduzir essa imensa população carcerária - constituída não só por condenados, mas igualmente por presos provisórios -, a prisão domiciliar como medida substitutiva da prisão preventiva foi introduzida recentemente no artigo 317 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, trazendo no dispositivo seguinte suas hipóteses de incidência.

Passou, portanto, a prisão domiciliar, a possuir dupla previsão legal: no art. 317 do Código de Processo Penal, como forma de aprisionamento cautelar substitutivo; e no art. 117 da Lei de Execuções Penais – Lei nº 7.210/84, como modo de cumprimento de pena privativa de liberdade, previsão esta que há muito já fazia parte do nosso ordenamento e já era bastante aplicada, embora permeada de controvérsias.

Com efeito, a Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, mais conhecida como LEP, traz em seu bojo um conjunto de normas que visa garantir o cumprimento da sentença penal condenatória, muito embora também se aplique aos presos provisórios; bem assim explicita regras que devem ser observadas nesse período a fim de garantir ao preso um tratamento digno, assegurando-lhe condições mínimas que possibilitem sua futura reinserção na sociedade.

Para tanto, a nossa legislação adotou na execução penal o sistema progressivo, no qual o apenado paulatinamente vai galgando sua inserção em regime mais brando, após o implemento de certas condições, até adquirir o direito à liberdade plena.

Em função desse sistema adotado pelo ordenamento jurídico nacional para execução das sanções penais, uma questão muito interessante vem sendo amplamente debatida na seara jurídica, causando grande divergência doutrinária e jurisprudencial. Trata-se da possibilidade de concessão de prisão albergue domiciliar aos condenados do regime aberto

e, também, do semiaberto, fora das hipóteses legais, especificamente em razão da inexistência de estabelecimento adequado ao regime ou ausência de vaga.

Tal questão deriva diretamente da interpretação feita ao art. 117 da LEP, a qual enumera um rol de situações nas quais se admite a prisão domiciliar aos apenados do regime aberto. Seria este rol taxativo ou exemplificativo? Poder-se-ia admitir a concessão dessa benesse fora das hipóteses legais?

Todavia, a discussão não se restringe simplesmente a análise desse dispositivo, passando por inúmeras outras discussões atinentes à observância de princípios constitucionais e infraconstitucionais, tais como legalidade, individualização e humanidade da pena, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, coisa julgada, sem olvidar dos direitos assegurados aos presos expressamente previstos na Lei de Execução Penal, no Código Penal e de Processo Penal e até mesmo em tratados e convenções internacionais, a exemplo do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Sem pretensão de exaurir o tema, que é muito vasto e complexo, e de uma atualidade indiscutível, eis que ainda objeto de inúmeras decisões judiciais, pois envolve não só aspectos jurídicos, mas também econômicos, sociais, políticos, administrativos e até mesmo culturais, o presente trabalho busca realizar uma análise sobre o tema da prisão albergue domiciliar, com enfoque para sua possibilidade de concessão na fase de execução da sentença condenatória, verificando seu conceito, previsão legal, suas hipóteses de concessão, o cumprimento, o entendimento da doutrina e dos tribunais sobre o tema, sem descuidar de uma análise sobre outros aspectos pertinentes e relevantes à compreensão da matéria, iniciando por uma breve análise da execução penal e assuntos correlatos, passando-se posteriormente às possibilidades de concessão da prisão albergue domiciliar, tema central do presente estudo, e arrematando com algumas digressões sobre esta espécie de prisão e suas implicações no sistema carcerário atual.

1 DA EXECUÇÃO PENAL: NOÇÕES GERAIS

As penas surgiram como forma de possibilitar a convivência em sociedade. Assim, aqueles que desrespeitavam as normas impostas ao grupo mereciam uma sanção, que servia tanto como castigo para o infrator, quanto de exemplo para os demais.

Segundo Rogério Greco, “a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*”.¹

Ao longo dos séculos, várias espécies de pena foram implementadas, passando-se por corporais, pecuniárias, até se chegar às privativas de liberdade e restritivas de direitos. Essas últimas constituíram significativo avanço no que se refere à observância de princípios universais e garantias fundamentais, sendo que o presente estudo cingir-se-á a análise das penas privativas de liberdade, espécie central de nosso sistema de execução penal.

Todavia, antes de analisarmos tal assunto, imperioso esclarecer o conceito, objeto e natureza jurídica da execução penal, aspectos fundamentais para a compreensão das demais matérias que serão doravante tratadas.

Segundo definição do ilustre jurista Guilherme de Souza Nucci, “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 ou a pecuniária”.²

Portanto, extrai-se do próprio conceito que a execução penal tem como objeto justamente dar cumprimento ao estabelecido na sentença penal condenatória, ou seja, fazer valer o comando nela contido, efetivar no plano material.

Todavia, a execução penal não se restringe apenas a este propósito. O próprio art. 1º da LEP traz expressamente seus objetivos, a saber: “a execução penal tem por objetivo

¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. I, p. 483.

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1002.

efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para harmônica integração social do condenado e do internado”.³

Portanto, a execução não pretende apenas fazer cumprir a sentença penal condenatória, mas também reinserir o apenado em sociedade, a fim de que este não volte a delinquir.

Nesse ponto, necessário entender a natureza jurídica da execução penal. Conforme Renato Flávio Marcão, “a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve”.⁴

Esse também é o entendimento adotado por Guilherme de Souza Nucci, para o qual “é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”.⁵

Embora exista quem defenda a natureza mista de tal ramo do direito, a exemplo do jurista Paulo Lúcio Nogueira⁶, nos filiamos ao posicionamento dantes esposado, pois “embora envolvida intensamente no plano administrativo, não se desnatura, até porque todo e qualquer incidente ocorrido na execução penal pode ser submetido à apreciação judicial”.⁷

Destarte, a atividade jurisdicional e administrativa caminham juntas na fase de execução da pena, se entrelaçando de tal maneira que é impossível dissociar a atividade exercida pelo Judiciário, responsável pelas decisões condenatórias e incidentes do processo executivo, daquela desenvolvida pelo Estado-Administração, diga-se aqui, pelo Executivo, gestor imediato dos estabelecimentos prisionais.

1.1 Das penas privativas de liberdade

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci, a pena pode ser definida como “a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a

³ CURIA, Luiz Roberto, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Cols.). **Vade mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1371.

⁴ MARCÃO, Renato Flavio. **Crise na execução penal**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 2008, p. 1003.

⁶ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5-6.

⁷ MARCÃO, Renato Flavio. Op. cit., 2012.

retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes”.⁸ Ao Estado, enquanto detentor do *jus puniendi* tem a função, diga-se, o poder-dever, de aplicar a lei ao caso concreto havendo violação da norma penal. Além da função de processar e julgar, cabe também ao ente estatal executar as sanções daí decorrentes.

Na execução dessas sanções o Estado há de observar, como integrante de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, os princípios consagrados em nossa Carta Maior, sejam implícitos ou explícitos.

Com efeito, a execução penal envolve um dos direitos mais caros ao cidadão, ou seja, a liberdade, o que impõe a observância de todas as garantias tendentes a resguardá-la. Não é a toa que a Constituição Federal, estabelecendo claros limites ao direito de punir do Estado, vedou uma série de sanções, como a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis (art. 5º, XLVII).

Registre-se que tais garantias são fruto de lenta e constante evolução da sociedade e do direito, que já presenciou sistemas de execução penal bastante cruéis. A história nos revela que ao longo dos anos várias legislações surgiram a fim de estabelecer sistemas de cumprimento de penas, sendo que até o século XVIII predominou a natureza nitidamente aflitiva, em que o condenado pagava sua pena com o próprio corpo.

Durante o período iluminista, e principalmente através das ideias de Beccaria manifestadas em sua ilustre obra “Dos Delitos e das Penas”, passou-se a enxergar as barbaridades que vinham sendo cometidas sob o pretexto da legalidade, difundindo-se, a partir daí, concepções consagradoras de direitos fundamentais, principalmente sob a ótica do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Assim, hodiernamente, pelo menos aqui no Brasil, as penas passaram a um patamar mais civilizado, de privação da liberdade como forma principal, onde há um sistema legal que assegura direitos e deveres a serem observados pelos presos e pelo Estado, embora na prática não funcione tão bem quanto previsto nas normas.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Parte geral. Parte Especial. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 379.

Nessa linha, importante destacar que o nosso Código Penal adotou, quanto à finalidade da pena, a teoria mista ou unificadora, segundo a qual as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Portanto, além do caráter retributivo – com o qual geralmente a sociedade se satisfaz –, tem-se ainda o caráter preventivo, de evitar que as normas penais sejam descumpridas.

O Código Penal traz em seu art. 32 a previsão das espécies de pena, que podem ser privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. Todavia, nos debruçaremos apenas sobre a primeira modalidade e seu arcabouço normativo regulador, tanto de fixação quanto de execução, que passaremos doravante a analisar.

Segundo o art. 33 do Código Penal, a pena privativa de liberdade pode ser de reclusão e detenção, previstas para o cometimento de crimes; e a prisão simples, preconizada na Lei de Contravenções Penais para esse tipo de infração penal (art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal).

Sobre o tema, Rogério Greco pontifica que:

[...] a pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido.⁹

Assim, julgada procedente a ação penal, o magistrado após fixar a pena do acusado, estabelecerá o regime inicial de seu cumprimento, atento ao disposto no art. 33, § 2º, da Lei Substantiva Penal.

1.2 Dos regimes de cumprimento de pena

As penas privativas de liberdade – reclusão e detenção – podem ser cumpridas nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, que serão impostos a depender da espécie de delito, do *quantum* de pena aplicada e da análise das circunstâncias judiciais, onde aqui será ainda sopesada a reincidência. Entretanto, a lei permite em razão da adoção do sistema progressivo, que o apenado no cumprimento da sanção passe de um regime mais rigoroso para outro

⁹ GRECO, Rogério. Op. cit., 2007. v. I, p. 495.

menos gravoso, através de um incidente da execução denominado progressão de regime, o qual será abordado mais adiante.

Destaque-se que nos exatos termos do art. 33 § 1º, considera-se como regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Para os crimes punidos com reclusão, o regime inicialmente fixado será o fechado, quando a pena for superior a oito anos; o semiaberto, quando a pena for superior a quatro e não exceder a oito, desde que o réu não seja reincidente; e aberto, quando a pena for igual ou inferior a quatro anos, desde que não reincidente.

Já para os crimes punidos com detenção, não há previsão do regime inicialmente fechado. Todavia, tal possibilidade se afigura através do instituto da regressão de regime. Desta feita, nessa hipótese temos apenas a possibilidade dos regimes semiaberto, para penas superiores a quatro anos; e o aberto, para penas iguais ou inferiores a quatro anos, desde que não reincidentes (se for vai para o regime semiaberto).

Destaque-se que a fórmula acima preconizada corresponde a regra geral, havendo leis especiais que trazem previsão específica de incidência do regime aplicável, como é o caso da Lei nº 9.613/98, conhecida como Lei de Lavagem de Capitais, a qual prevê no art. 1º, § 5º, a possibilidade de concessão do regime inicialmente aberto para crimes punidos com reclusão, cuja pena seja superior a oito anos.

Da mesma forma a Lei nº 9.034/90 – Lei do Crime Organizado, em seu art. 10, permite a aplicação do regime fechado mesmo que o crime seja apenado com detenção, razão pela qual a doutrina dominante entende pela sua inconstitucionalidade, por violar o princípio da proporcionalidade.

Não se pode olvidar da tão propalada Lei nº 8.072/90, popularmente conhecida como Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados, que previa em seu texto originário o regime integralmente fechado, inadmitindo qualquer forma de progressão.

Todavia, em sede de controle difuso de constitucionalidade, especificamente no *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade deste regime, possibilitando a progressão, desde que atendidos os requisitos legais do art. 112 (cumprimento de um sexto da pena no regime anterior e bom comportamento carcerário), o qual passou a ser aplicado como *leading case* por força da figura da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, permitindo a todos que se encontrassem em tal situação a análise da possibilidade de progressão. Tal questão restou superada após o Supremo Tribunal Federal editar a Súmula Vinculante nº 26, com o seguinte teor:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.¹⁰

Tal celeuma foi por fim dirimida com o advento da Lei nº 11.464/2007, que alterou o § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, permitindo expressamente a progressão de regime, contudo, fixando como requisito objetivo o lapso temporal de 2/5 (dois quintos) para primários e 3/5 (três quintos) para reincidentes.

A propósito, por se tratar de norma penal mais gravosa, sua aplicação não retroage, incidindo apenas sobre os crimes ocorridos após o início de sua vigência. Nesse sentido, a Súmula nº 471 do Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 471. Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.¹¹

Outrossim, são dignas de nota as Súmulas nº 718 e 719 do Pretório Excelso, que também tratam da questão da imposição de regime de cumprimento de pena:

Súmula 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que permitido segundo a pena aplicada.¹²

Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.¹³

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Sessão Plenária de 16/12/2009. **Diário da Justiça Eletrônico** nº 238 de 23/12/2009, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 471. Sessão Plenária de 01/10/1964. **Diário da Justiça**, de 12 out. 1964, p. 3700. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 718. Sessão Plenária de 24/09/2003. **Diário da Justiça**, de 13 out. 2003, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 719. Sessão Plenária de 24/09/2003. **Diário da Justiça**, de 13/10/2003, p. 7.

Essas súmulas consagram importante entendimento relativo à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, pois consideram constrangimento ilegal o estabelecimento de regime mais gravoso sem a necessária fundamentação, tomando como parâmetro a pena aplicada.

Assim, uma vez transitada em julgado a sentença penal condenatória, nasce para o Estado o direito-dever de executar a pena que foi fixada ao acusado, expedindo-se para tanto a competente guia de recolhimento.

No regime fechado, determina o art. 34 do Código Penal que o apenado deve se submeter a trabalho em comum no período diurno e isolamento no período noturno, sendo possível o trabalho externo apenas em serviços ou obras públicas, desde que cumprido um sexto da pena (art. 37 da LEP). Infelizmente, na prática, são raros os estabelecimentos penais que oferecem oportunidade de trabalho àqueles que se encontram neste regime, ficando a maioria deles apenas no ócio.

Já o regime semiaberto também admite o trabalho em comum no período diurno e prevê o trabalho externo, além da frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Em ambos os regimes, o trabalho ou estudo implica na redução da pena através do instituto da remição, na proporção prevista no art. 126, § 1º da LEP, alterado recentemente pela Lei nº 12.433/2011, que inclusive podem ser cumulados.

No tocante ao regime aberto, que deve ser cumprido em casa do albergado ou estabelecimento similar, deve o reeducando preencher os requisitos da autodisciplina e senso de responsabilidade. Nos termos do art. 36, § 1º, “o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga.” Aqui, a Lei nº 12.433/2011 inovou ao possibilitar ao condenado que cumpre pena no regime aberto ou se encontra em liberdade condicional, a possibilidade de remir pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova (art. 126, § 6º, da LEP).

À título de curiosidade, lembra Mirabete, citando Wagner Brússolo Pacheco e Antonio Raphael Silva Salvador, acerca do surgimento da prisão aberta no mundo e sua posterior introdução no Brasil:

A prisão aberta teve sua origem mais remota em 1868 quando o Estado de New York se fez a primeira experiência, especificamente por meio do *probation system*, ingressando depois no Direito britânico (1907), belga (1915), sueco (1918) tcheco-eslovaco (1919), australiano (1920) e francês (1951). No Brasil surgiu o regime com o Provimento nº XVI, de 1965, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, substituído no ano seguinte pelo de nº XXV.¹⁴

Ultrapassadas as noções gerais acerca das penas privativas de liberdade e dos regimes, passemos a análise do principal incidente de execução da pena, a progressão de regime.

1.3 Da progressão de regime

A Lei de Execução Penal, conforme outrora mencionado, tem como finalidades principais fornecer meios para que a sentença criminal seja integralmente cumprida e a reintegração do sentenciado ao convívio social, através da ressocialização.

Nessa esteira, o Brasil adotou para execução das penas privativas de liberdade o sistema inglês ou progressivo, segundo o qual o apenado vai sendo reinserido paulatinamente à sociedade, após o preenchimento de critérios objetivos (tempo mínimo exigido em lei) e subjetivos (mérito do apenado).

Acerca das origens do sistema adotado, Rogério Greco ensina:

O sistema progressivo surgiu inicialmente na Inglaterra, sendo posteriormente adotado pela Irlanda. Pelo sistema progressivo inglês, que surgiu no início do século XIX, Alexander Maconochie, capitão da Marinha Real, impressionado com o tratamento desumano que era destinado aos presos degredados para a Austrália, resolveu modificar o sistema penal. Na qualidade de diretor de um presídio do condado de Norwich, na ilha de Norfolk, na Austrália, Maconochie cria um sistema progressivo de cumprimento das penas, a ser realizado em três estágios. No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando-se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, ‘passando depois de algum tempo para as chamadas *public work-houses*, com vantagens maiores’; o terceiro período permitia o livramento condicional.¹⁵

¹⁴ PACHECO, Wagner Brússolo; SALVADOR, Antonio Raphael Silva *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 255.

¹⁵ GRECO, Rogério. Op. cit., 2007. v. I, p. 493-494.

Em nosso ordenamento, a progressão de regime encontra-se materializada no art. 112 da LEP:

A pena privativa de liberdade será executada de forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.¹⁶

Deve-se fazer uma análise do mencionado artigo conjuntamente com o art. 33 do Código Penal, anteriormente analisado, o qual traz a previsão das penas privativas de liberdade, consubstanciadas nas espécies reclusão e detenção e graduadas nos regimes fechado, semiaberto e aberto.

Em razão da adoção do sistema progressivo, materializador do princípio constitucional da individualização das penas, permite-se que o apenado, no cumprimento da sanção, passe de um regime mais rigoroso para outro menos severo, através de um incidente da execução penal denominado progressão de regime. Essa progressão deve observar o regime imediatamente seguinte, pois conforme advertência feita por Gustavo Octaviano Diniz Junqueira “é vedada a progressão por salto, ou seja, a passagem direta do regime fechado para o aberto”.¹⁷

Tal vedação decorre do mesmo raciocínio utilizado pelos opositores da concessão da prisão domiciliar, segundo o qual embora o apenado já tenha tempo e mérito para progredir a regime mais brando e não o faz por falta de estabelecimento adequado, deve permanecer aguardando no regime em que se encontra até que surja vaga para tanto, pois não se permite que o apenado passe diretamente do regime fechado para o aberto.

Essa também é a posição adotada por Alexandre de Moraes e Gianpaollo Poggio Smanio:

O sentenciado que, preenchendo todos os requisitos previstos para a progressão do regime fechado para o semiaberto, não puder efetivá-la por ausência de vagas em colônias penais agrícolas, industriais ou similares, deverá aguardar no regime fechado, se possível em cela especial, a abertura de vagas, uma vez que a inércia do Estado em resolver o problema carcerário não poderá permitir a concessão

¹⁶ CURIA, Luiz Roberto, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Cols.). Op. cit., 2011, p. 1380.

¹⁷ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 146. (Coleção Elementos do Direito).

indiscriminada de progressões do regime fechado diretamente ao regime aberto (progressão por saltos).¹⁸

Embora seja esse o entendimento predominante da doutrina e jurisprudência pátrias, somos favoráveis, no atual contexto, à progressão *per saltum*, pois assim como na prisão albergue domiciliar, não pode o apenado ser prejudicado em decorrência da inércia estatal.

A progressão de regime consiste em um benefício concedido ao reeducando que após certo período previsto em lei, apresentar mérito. Trata-se de medida de política criminal que visa fomentar o bom comportamento do apenado durante a execução da pena, adaptando-o a regime menos severo até sua total reintegração social. Além disso, conforme lembra Armando Lúcio Ribeiro, “a natureza jurídica da progressão do regime de cumprimento da pena é de direito subjetivo do condenado, e não faculdade do juiz”.¹⁹

A lei confere legitimidade para instaurar o incidente de progressão ao próprio reeducando, ao seu advogado ou defensor, ao Ministério Público e ao próprio juiz, de ofício.

Regra geral, os requisitos exigidos para a progressão do regime fechado para o semiaberto são: condenação transitada em julgado, sendo importante destacar a existência da Súmula nº 716 do STF, a qual admite “a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”²⁰; o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, sendo igualmente válida a lembrança dantes referida concernente ao período de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) exigidos para progressão de regime em crimes hediondos cometidos após a vigência da Lei nº 11.464/2007; bom comportamento carcerário, assim classificado pelo diretor do estabelecimento onde o apenado encontra-se recolhido; e por fim, a oitiva do Ministério Público.

Quanto ao exame criminológico, que era realizado quando o crime foi praticado com violência, sua exigência foi suprimida do art. 112 da LEP pela Lei nº 10.792/2003, entendendo vários doutrinadores que o mesmo não é mais necessário, *v.g.*, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, observe-se:

¹⁸ MORAIS, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10. ed. 2008, p. 164.

¹⁹ RIBEIRO, Armando Lúcio. **Anotações de processo penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Mossoró: Coleção Mossoroense, 2011, p. 725.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. Sessão Plenária de 24/09/2003. **Diário da Justiça**, de 13 out.2003, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

Com a nova redação dada ao art. 112 da LEP pela Lei nº 10.792/03, não é mais necessária a realização de exame criminológico para a progressão do regime. Entretanto, continua sendo devida a análise do mérito do sentenciado para a concessão do benefício, conforme expusemos anteriormente.²¹

Destaque-se, entretanto, o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual essa lei não aboliu o exame criminológico, apenas alterou de requisito obrigatório para requisito facultativo, ficando a critério do juiz aquilatar sua necessidade no caso concreto, em decisão fundamentada.

Nesse sentido, válido destacar novamente a Súmula Vinculante nº 26 do Pretório Excelso, publicada em 23 de dezembro de 2009, segundo a qual:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.²²

Quanto aos requisitos necessários à progressão do regime semiaberto para o aberto, consistem nos mesmos exigidos do fechado para o semiaberto, outrora declinados, acrescidos daqueles constantes dos arts. 113 à 115 da LEP, os quais se baseiam no senso de responsabilidade e autodisciplina do reeducando. Não se olvide que o cumprimento da pena no regime aberto deve ocorrer em estabelecimento próprio, chamado de casa de albergado ou estabelecimento similar.

Consoante previsão constante dos arts. 94 e 95 da Lei de Execução Penal, tal estabelecimento deve ser localizado em centros urbanos, não possuindo obstáculos para a fuga dos reeducandos (já que o regime se baseia no senso de responsabilidade e autodisciplina), devendo existir locais próprios para acolhê-los e instalações destinadas aos serviços de orientação e fiscalização.

A questão que se coloca nesse ponto é justamente a ausência de estabelecimentos e de vagas destinadas ao cumprimento da pena no meio aberto e semiaberto, o que vem gerando a concessão da prisão albergue domiciliar, cuja discussão acerca dessa possibilidade constitui o foco do presente estudo.

²¹ MORAIS, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., 2008, p. 166.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Sessão Plenária de 16/12/2009. **Diário da Justiça Eletrônico** nº 238 de 23/12/2009, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

2 DA PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR

A prisão domiciliar tem definição e previsão expressa na lei. Tais aspectos serão abordados nesse tópico, o qual além dessas questões abordará sua possibilidade de aplicação fora das hipóteses legais e as correntes de pensamento que, respectivamente, acolhem e rejeitam essa espécie de custódia.

2.1 Conceito e previsão legal

A custódia domiciliar consiste no recolhimento do beneficiário em sua residência particular, só podendo dela se ausentar mediante autorização judicial.

Em sede de execução penal, tal modalidade está prevista na LEP – Lei nº 7.210/84, em seu art. 117, o qual traz em seu bojo as hipóteses de cabimento. Embora tal diploma normativo não traga uma definição do instituto, trata-se de forma de cumprimento de pena privativa de liberdade para àqueles que preenchem as exigências legais.

Ocorre que em virtude do grande aumento da população carcerária e em virtude das constantes modificações sofridas em nossa legislação a fim de acompanhar a evolução dos conflitos sociais, o legislador positivou recentemente no art. 318 do CPP, a prisão domiciliar também como forma de aprisionamento cautelar, embora o Superior Tribunal de Justiça já admitisse tal forma de prisão, tendo em vista que a LEP se aplica também aos presos provisórios.

A propósito, segue jurisprudência:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE RECOLHIMENTO PROVISÓRIO EM REGIME DOMICILIAR. RÉU FORAGIDO LOGO APÓS OS FATOS DELITUOSOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA ADEQUADA NO CÁRCERE. ORDEM DENEGADA. 1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, excepcionalmente, pode-se conceder ao preso provisório o benefício da prisão domiciliar, quando demonstrado que o recluso é portador de doença grave e a impossibilidade de se prestar a devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra recolhido. 2. No caso, não restou demonstrado o real estado de saúde do Paciente, nem comprovada a absoluta impossibilidade de tratamento dentro do estabelecimento prisional, até mesmo porque o Paciente, deliberadamente, permanece foragido da Justiça Pública desde os fatos criminosos, demonstrando a sua vontade de se furtar eventualmente à aplicação da lei penal e de obstruir o bom

andamento da ação penal. 3. Ordem denegada. (STJ - HC 124.112/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 14/06/2010).²³ CONSTITUCIONAL – PROCESSO PENAL – RECURSO EM HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO PREVENTIVA – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – MERAS CONJECTURAS – INVIABILIDADE – RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA – PERICULOSIDADE DO AGENTE, REVELADA PELO MODUS OPERANDI COM O QUAL TERIA AGIDO – ANTECEDENTES EM CRIMES CONTRA A PESSOA – MANUTENÇÃO DA MEDIDA – MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA NA DECISÃO DE PRONÚNCIA – AUSÊNCIA DE MUDANÇA DO CONTEXTO FÁTICO – DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO – DEBILIDADE DO ESTADO DE SAÚDE DO RECORRENTE – PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Mostra-se inviável a manutenção da custódia cautelar do agente pela conveniência da instrução criminal fundada unicamente em conjecturas abstratas de que, em liberdade, ele poderia investir contra testemunhas. Precedentes. 2. Mostra-se necessária a manutenção da custódia provisória do agente caso sua periculosidade, demonstrada pelo modus operandi com o qual teria agido, revele a inviabilidade de sua soltura, notadamente levando-se em consideração que há notícias segundo as quais ele responde por outras ações penais pela suposta prática de outros crimes da mesma natureza. Precedentes. 3. Caso persistam os motivos que ensejaram a determinação da prisão preventiva do agente no momento da prolação da decisão de pronúncia, mostra-se desnecessária nova fundamentação, mormente quando inexistem fatos novos capazes de promover a soltura do acusado. Precedentes. 4. Ainda que não satisfeitos os requisitos específicos do artigo 117 da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar também pode ser concedida a preso provisório cujo estado de saúde esteja débil a ponto de não resistir ao cárcere, em respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes. 5. Nessa hipótese, o benefício deve perdurar apenas enquanto a saúde do agente assim o exigir, cabendo ao Juízo de 1º Grau a fiscalização periódica dessa circunstância, o mesmo podendo ocorrer na hipótese de os hospitais credenciados ao sistema penal virem a oferecer os serviços de saúde dos quais necessitam o agente. 6. Recurso parcialmente provido. (STJ - RHC 22.537/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 12/05/2008)²⁴

Assim, embora não prevista anteriormente de forma expressa no ordenamento jurídico, extrai-se dos julgados acima que a jurisprudência já contemplava a concessão da prisão domiciliar para os presos provisórios.

2.2. Da prisão domiciliar como medida cautelar substitutiva da prisão preventiva

Inovação trazida pela Lei nº 12.403/2011, que alterou o regime das medidas cautelares no Processo Penal pátrio, a prisão domiciliar como medida substitutiva da custódia preventiva encontra-se plasmada no art. 317 e 318 do Código de Processo Penal. O primeiro dispositivo traz o conceito do instituto, nos termos definidos no item anterior.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 124.112/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/05/2010, DJe, de 14/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 22.537/RJ, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 15/04/2008, DJe, de 12 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

No dispositivo seguinte, o CPP enumera as hipóteses de cabimento, a exemplo do que ocorre na Lei de Execução Penal, embora com requisitos diferenciados, *verbis*:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante a partir do 7º mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.²⁵

Nesse aspecto, verifica-se que essa modalidade de prisão cautelar domiciliar veio complementar a previsão legal existente na Lei de Execução Penal, conferindo um tratamento isonômico e proporcional entre presos provisórios e definitivos, condizente com o princípio da presunção de inocência, eis que se é possível o deferimento da benesse ao preso já julgado, não há razão para deixar de conferi-lo ao preso provisório.

Sobre o tema, vejamos as ponderações feitas pelo professor e promotor de justiça Armando Lúcio Ribeiro:

É a busca da solução correta para o enfrentamento da questão das superlotações dos estabelecimentos prisionais que, em ocasiões como esta, encontra solução que não fere a dignidade da pessoa humana, nem semeia um clima de impunidade entre os cidadãos. Trata-se de medida cautelar que, pelo seu conteúdo de recolhimento em caráter excepcional, pode ser recepcionada pelo instituto da detração penal, que consiste no abatimento no *quantum* total da pena privativa de liberdade do apenado, relativo aos dias que passou preso cautelarmente.²⁶

Portanto, a novel previsão da Lei Processual Penal traz hipóteses de conversão da prisão preventiva em domiciliar, em que o acusado, embora de forma menos gravosa, fica submetido à prisão, a qual será detraída em caso de eventual condenação, constituindo-se em direito público subjetivo do acusado se comprovado o preenchimento dos requisitos legais.

Mais a frente o mencionado professor Armando Lúcio Ribeiro faz uma advertência importante:

[...] não se deve confundir com a medida disposta no art. 319, V, do CPP, até pelo fato de, textualmente, aquelas medidas são diversas da prisão (art. 319, *caput*). Em

²⁵ CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Cols.). Op. cit., 2011, p. 647-648.

²⁶ RIBEIRO, Armando Lucio. **Prisão e Liberdade, sob a ótica constitucional e da lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Mossoró-RN: Coleção Mossoroense, Série “C”, 2011, v. 1603, p. 106.

uma medida diversa da prisão, não há porque se falar em detração penal, até porque, na exegese da prisão domiciliar, emerge a necessidade de que haja uma das hipóteses do art. 318, *caput*, para a sua concessão.²⁷

Portanto, não se pode confundir a prisão preventiva domiciliar, modalidade de recolhimento em residência em caso de prisão preventiva decretada e preenchimento dos requisitos insculpidos no art. 318 do CPP, com a medida cautelar diversa da prisão consubstanciada no recolhimento noturno domiciliar (art. 319, V, do CPP), pois nessa última hipótese o acusado fica em liberdade, a qual sofre restrição apenas no período noturno.

Feitas essas digressões, passaremos a nos debruçar sobre a previsão contida na Lei de Execuções Penais, especificamente no art. 117, o qual será objeto de estudo no tópico seguinte, constituindo-se o tema central de nossa análise.

2.2 Das hipóteses de concessão da prisão albergue domiciliar na LEP

Aos apenados que se encontram cumprindo pena no regime aberto, a LEP elenca no art. 117 um rol de situações em que se admite a prisão domiciliar, consistente no recolhimento do reeducando em sua residência particular, ou seja, no cumprimento da pena em domicílio, vejamos:

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.²⁸

Em cotejo com a previsão constante no art. 318 do Código de Processo Penal, exposta anteriormente, verifica-se que embora haja algumas semelhanças entre as hipóteses legais, o disposto na LEP é bem menos rigoroso. Com efeito, o Código de Processo Penal adjetiva o núcleo dos incisos, trazendo especificidades que dificultam sua concessão.

Essas quatro hipóteses merecem algumas considerações, embora de sua simples leitura extraia-se sua incidência. No que tange ao condenado maior de setenta anos, anote-se

²⁷ RIBEIRO, Armando Lúcio. Op. cit., 2011, v. 1603, p. 106.

²⁸ CURIA, Luiz Roberto, WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Cols.). Op. cit., 2011, p. 1381.

que tal benesse não se aplica indistintamente a todos os idosos, que segundo o Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003, é o maior ou igual a sessenta anos, mas tão somente aos que tiverem mais de setenta anos e que estejam cumprindo pena no regime aberto.

Quanto ao condenado acometido de doença grave, só será cabível a concessão do regime domiciliar se a doença não puder ser tratada no regime aberto.

Da mesma forma, a condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental também só terá direito ao benefício se comprovar que o filho depende de seu auxílio, sendo oportuno registrar que se tem estendido tal possibilidade para o condenado. No que se refere a condenada gestante, não há qualquer discussão relevante.

Essas são as hipóteses previstas expressamente pela lei para fins de concessão da prisão domiciliar, não havendo qualquer discussão acerca de sua concessão uma vez preenchidos os requisitos exigidos pela norma, ou seja, esteja o apenado ou apenada cumprindo pena no regime aberto e preencha algum dos requisitos previstos nos incisos do art. 117 da LEP.

Existe ainda a previsão de prisão domiciliar constante da Lei nº 5.256/67 para aqueles que têm direito à prisão especial. Todavia, vem a doutrina entendendo, a exemplo de Rogério Greco²⁹, que com a edição da Lei nº 10.258/01, que alterou o art. 295 do Código de Processo Penal, passando a prever no parágrafo 2º do mencionado artigo que “não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento”, houve a revogação tácita da lei referida.

Registre-se, por fim, que o Estatuto do Estrangeiro veda expressamente a possibilidade de prisão domiciliar e prisão albergue, no caso de prisão do extraditando (art. 84, parágrafo púnico, da Lei 6.815/80), sendo pacífico tal entendimento no Supremo Tribunal Federal (Ext 783 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2002, DJ 06-12-2002).

²⁹ GRECO, Rogério. Op. cit., 2007, p. 524.

Ocorre que, fora as hipóteses acima relacionadas, a jurisprudência acrescentou a quinta possibilidade da prisão domiciliar: em caso de ausência de casa do albergado ou de vaga em estabelecimento próprio para fins de cumprimento da pena no regime aberto e, mais recentemente, inclusive, no semiaberto.

Daí surge a indagação: as situações previstas no art. 117 são taxativas ou exemplificativas? Seria possível a concessão da prisão albergue domiciliar fora das hipóteses legais? Como fica a situação dos condenados que fazem jus ao regime aberto em decorrência do sistema progressivo de regimes e daqueles que desde logo tiveram tal regime fixado como inicial?

São essas as indagações que fomentam o debate sobre o tema da prisão albergue domiciliar e, logicamente, incitam a formulação de entendimentos contrários e favoráveis, que serão objeto de análise nos tópicos que se seguem.

2.3 Do posicionamento contrário

Firmou-se entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido que as hipóteses legais de concessão da prisão domiciliar comportariam exceções, sendo possível, portanto, que em caso de inexistência de vaga em estabelecimento adequado ao cumprimento da reprimenda, haja a aplicação desta forma de prisão. Essa é a posição que vem sendo amplamente adotada já há algum tempo pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e também por vários tribunais estaduais, cujos fundamentos serão analisados no item seguinte.

Todavia, em sentido contrário, temos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual encabeça a corrente para a qual não se pode deferir a prisão domiciliar fora das hipóteses previstas pelo legislador (art. 117 da LEP), sendo estas *numerus clausus* (HC nº 73.207-1).

Neste diapasão, trazemos à baila os precedentes esclarecedores do STF:

HABEAS CORPUS – REGIME PENAL ABERTO – PROGRESSÃO – INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO – PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE FORA DAS HIPÓTESES ESTRITAS DO ART. 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA – NADA JUSTIFICA,

FORA DAS HIPÓTESES TAXATIVAMENTE PREVISTAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (ART. 117), A CONCESSÃO DE PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR, SOB O FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DE EXECUÇÃO DA PENA, DE CASA DO ALBERGADO OU DE ESTABELECIMENTO SIMILAR – A norma legal consubstanciada no art. 117 da Lei de Execução Penal institui situações subjetivas de vantagem, que apenas beneficiam aqueles sentenciados cujas condições pessoais estejam nela previstas. Constituinte regra de direito singular, torna-se ela inextensível e inampliável a situações outras que lhe sejam estranhas. As normas legais positivadoras do regime penal aberto revestem-se de conteúdo programático e só incidirão plenamente, inclusive para efeito de deferimento do benefício da prisão-albergue, a partir do momento em que se torne materialmente possível, com a existência de casa do albergado ou de estabelecimento similar, a execução da pena nesse regime. (STF – HC 68.012 – SP – T.P. – Rel. p/o Ac. Celso de Mello – DJU 02.10.1992)³⁰.

HABEAS CORPUS – PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR – INEXISTÊNCIA, NA COMARCA, DE CASA DE ALBERGADO – 2. Sentença que condenou o réu a dois anos e oito meses de reclusão como incurso no art. 168, par. 1, inciso III, do Código Penal, em regime aberto, ‘cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo juízo da execução’. 3. O plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do HC-68.118-2, que o benefício da prisão-albergue só poderá ser deferido ao sentenciado ‘se houver’, na localidade de execução da pena, casa de albergado ou outro estabelecimento que se ajuste as exigências legais do regime penal aberto. A impossibilidade material de o estado instituir casa de albergado não autoriza o poder judiciário a conceder a prisão-albergue domiciliar fora das hipóteses contempladas, ‘em caráter estrito’, no art. 117 da Lei de Execução Penal. Decisão idêntica adotou a corte no HC 68.012-7-SP. 4. Sob esse aspecto, o habeas corpus não pode ser deferido. 5. Tendo em conta, todavia, os termos da sentença, não recorrida no ponto pelo ministério público, o habeas corpus deve ser deferido, em parte, tão-só, para que a decisão seja executada, tal como dispôs a sentença, em regime aberto cuja modalidade e condições serão oportunamente estabelecidas pelo juízo da execução. (STF – HC 72997 – SP – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 22.03.1996 – p. 8202).³¹

Desta feita, essa corrente defende a taxatividade das hipóteses de cabimento da prisão domiciliar. Seus fundamentos repousam na prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal em detrimento do interesse individual do condenado e, principalmente, como forma de repúdio à impunidade, não sendo possível uma interpretação ampliativa para abranger situações não vislumbradas pelo legislador.

Aliás, esse também é o entendimento de Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio, vejamos:

[...] a Lei de Execuções Penais é absolutamente clara ao prever um rol taxativo para a concessão do benefício da prisão albergue domiciliar. Não se justifica o desrespeito total à lei e ao cumprimento da pena, alegando-se a inércia do poder executivo em construir casas de albergado. O Estado deverá ser compelido pelos

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 68.012/SP, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/o Ac. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgado em: 19/12/1990. DJU, de 02.10.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72997/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, Julgado em: 21/11/1995. DJU, de 22.03.1996, p. 8202. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

meios democráticos existentes a solucionar o problema carcerário, sem contudo comprometer a segurança da sociedade com a concessão indiscriminada de prisões-albergues domiciliares sem previsão legal.³²

Os defensores dessa corrente também se utilizam do argumento da falta de fiscalização do cumprimento da prisão albergue domiciliar, o que pode gerar uma imensa sensação de impunidade e fomentar a reincidência.

Inobstante tais argumentos, a propósito muito relevantes, pois intrinsecamente ligados a questões de interesse de toda a sociedade, especialmente à segurança pública, é válido registrar que a apreciação desse tema apresenta contornos bem mais amplos, passando por inúmeras outras discussões atinentes a observância de princípios constitucionais e infraconstitucionais, sem olvidar dos direitos conferidos aos presos, expressamente previstos na Lei de Execução Penal, no Código Penal e de Processo Penal e até mesmo em tratados e convenções internacionais, a exemplo do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Ademais, importante registrar que os precedentes do Supremo nesse sentido datam de mais de 10 (dez) anos, não havendo decisões recentes daquela corte sobre o tema.

Entretantes, alguns tribunais pátrios ainda adotam essa posição:

EXECUÇÃO PENAL - REGIME ABERTO - PRISÃO DOMICILIAR - AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO - AGENTE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS HIPÓTESES TAXATIVAS DO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. - A inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado não autoriza a conversão do regime aberto em prisão domiciliar. Agravo de Execução Penal nº 1.0000.09.490926-4/001 - Comarca de Belo Horizonte – Rel.: Exmo. Sr. Des. Pedro Vergara. 5ª Câmara Criminal. DJ 24/11/2009. Publicado em 13/01/2010.³³

RECURSO DE AGRAVO - CONDENAÇÃO EM REGIME ABERTO - MEDIDA SUBSTITUTIVA DE LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA À CASA DO ALBERGADO - REQUERIDA PRISÃO DOMICILIAR - IMPOSSIBILIDADE - APENADA QUE, APESAR DE TER COMPROVADO A DOENÇA DE QUE É PORTADORA, NÃO JUNTOU AOS AUTOS QUALQUER DOCUMENTO MÉDICO QUE INDICASSE A GRAVIDADE DA MOLÉSTIA A PONTO DE IMPOSSIBILITAR O COMPARECIMENTO AO ALBERGUE LOCAL E QUE O TRATAMENTO ESPECIAL NÃO POSSA SER PRESTADO NO ESTABELECIMENTO OU EM ENTIDADE HOSPITALAR POR ESTE PROVIDENCIADA. RECURSO NÃO PROVIDO. ‘A prisão domiciliar somente é autorizada nas restritas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal, ou então, em situações excepcionais, quando amplamente demonstrado que o Estado não tem

³² MORAIS, Alexandre; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit., 2008, p. 173.

³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Execução Penal nº 1.0000.09.490926-4/001, Comarca de Belo Horizonte, Rel.: Exmo. Sr. Des. Pedro Vergara, Quinta Câmara Criminal, Julgamento em: 24/11/2009. DJ, de 24/11/2009. Publicado em 13/01/2010. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

condições de abrigar o apenado em estabelecimento específico ou sua condição de saúde é deveras precária a ponto de somente com tratamento contínuo poder-se-á vislumbrar melhor solução para a enfermidade' (Desa. Salete Silva Sommariva). (Recurso de Agravo n. 2010.046962-1, de Concórdia, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, data 21/10/2010).³⁴

Agravo em execução penal. Prisão albergue domiciliar. Hipótese não contemplada no art. 117 da Lei de Execução Penal. Inviabilidade. A prisão albergue domiciliar somente pode ser concedida nos casos expressos previstos no art. 117 da Lei de Execução Penal. (Recurso de Agravo n. 2004.023952-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Jânio Machado, data 08/03/2005).³⁵

Por fim, merece destaque, nesse ponto, que a superlotação e as precárias condições dos estabelecimentos prisionais daqueles que já se encontram no regime adequado não permitem a concessão da prisão domiciliar, conforme se extrai de precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. FUGA DO SISTEMA PRISIONAL. SUSPENSÃO DO MANDADO DE PRISÃO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PRECARIIDADE DO SISTEMA PRISIONAL. DECISUM CASSADO PELA CORTE DE JUSTIÇA. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Corte Superior, em situações excepcionais, tem abrandado o rigor legislativo para admitir a temporária inclusão de condenado em prisão albergue domiciliar, quando constatada a ausência de vaga no estabelecimento penal adequado ao regime aberto. 2. A precariedade do sistema prisional não autoriza, por si só, a concessão da prisão domiciliar. Ademais, a Apenada cumpria pena no regime aberto e evadiu-se do estabelecimento prisional, o que demonstra a sua inaptidão para o gozo do benefício pleiteado. 3. Ordem denegada. (STJ - HC 215.378/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012)³⁶

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME FIXADO. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PRECÁRIO E INADEQUADO. NÃO-OCORRÊNCIA. VIA IMPRÓPRIA. DESVIO DA FINALIDADE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Não se vislumbra constrangimento ilegal na espécie, em se considerando que o cumprimento da pena vem ocorrendo no regime prisional estabelecido, sem o desvio de finalidade da pretensão executória estatal. 2. Na espécie, verifica-se que o Paciente, condenado a 08 anos e 03 meses de reclusão, atualmente, em regime aberto, cumpre sua pena recolhendo-se no Albergue Santo Ângelo – estabelecimento prisional que, não obstante a alegada precariedade e superlotação, possuiria estrutura mínima para acolhimento de sentenciados em regime aberto. 3. Por outro lado, a superlotação e as precárias condições dos estabelecimentos prisionais não permitem a concessão da liberdade ou de prisão domiciliar aos sentenciados ou presos provisórios, mormente quando recolhidos por decisões judiciais prolatadas com a observância do devido processo legal, como na espécie. 4. Ademais, o habeas corpus não é a medida cabível para o deferimento de

³⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2010.046962-1, de Concórdia, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, Data: 21/10/2010. **DJe**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

³⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2004.023952-1, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Jânio Machado, Primeira Câmara Criminal, Julgado em: 08/03/2005. **DJ**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 215.378/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012, **DJe**, de 28/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

transferências e incidentes na execução de pena provisória ou definitiva, sendo que o órgão competente para decidir acerca desses pleitos é a Vara de Execuções Penais ou outro órgão que o Regimento Interno do Tribunal determinar. 5. Ordem denegada. (STJ - HC 89.725/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 16/06/2008)³⁷

HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. INDEFERIMENTO. PACIENTE EM REGIME ABERTO. CASA DO ALBERGADO DESTINADA A PRESOS EM REGIME ABERTO E SEMI-ABERTO. ESTABELECIMENTO PENAL COMPATÍVEL. PRECARIIDADE DAS INSTALAÇÕES. AUSÊNCIA DE PROVA. WRIT DENEGADO E PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO INDEFERITÓRIA DA LIMINAR PREJUDICADO. 1. Se o apenado em regime aberto encontra-se recolhido em estabelecimento penal compatível - albergue estadual destinado tão-somente aos presos em regime aberto e semi-aberto - a assertiva isolada de precariedade das instalações da casa prisional é insuficiente para a concessão da prisão domiciliar, que exige o reconhecimento de uma das hipóteses do art. 117 da LEP (condenado maior de 70 anos ou acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou gestante). 2. Fora das hipóteses do art. 117 da LEP, somente se admite a prisão domiciliar se inexistir estabelecimento adequado, obrigando o apenado a permanecer em regime mais gravoso, fato que não ocorre na hipótese dos autos. 3. A via exígua do Habeas Corpus não permite dilação probatória, sendo inviável a concessão da ordem sob o fundamento de que o albergue não possui instalações adequadas. O que há, de concreto, são as informações prestadas pelo Tribunal a quo, que noticiou a existência de inexpressivo número de presos acima da capacidade da casa prisional (aproximadamente 15), bem como que foram tomadas providências concretas para a melhoria das condições físicas do estabelecimento. 4. Denega-se a ordem, em consonância com o parecer do MPF, julgando-se prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que denegou a liminar. (STJ - HC 89.116/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2007, DJ 03/12/2007, p. 351).³⁸

Portanto, conforme se extrai do teor esclarecedor das ementas colacionadas acima, a mera alegação de que o estabelecimento carcerário não possui instalações adequadas ou está superlotado, não constitui fundamentação suficiente para o deferimento da concessão da prisão albergue domiciliar àqueles que já se encontram no regime pertinente.

2.4 Do posicionamento favorável

A jurisprudência ampliou a possibilidade da prisão albergue domiciliar, firmando o entendimento de que na ausência de casa de albergado na comarca ou de vaga para fins de cumprimento da pena no regime aberto, deve o condenado ser colocado em prisão albergue domiciliar, até que surja vaga no estabelecimento adequado, posto que o apenado não pode cumprir pena em regime mais gravoso do que aquele que lhe foi imposto, por culpa exclusiva da máquina estatal.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 89.725/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgado em: 15/05/2008, **DJe**, de 16/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 89.116/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em: 08/11/2007, **DJ**, de 03/12/2007, p. 351. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

A propósito, segue arestos de jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, que vem adotando tal posição há bastante tempo:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, PELA PRÁTICA DE NARCOTRÁFICO. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA PERMITIR AO PACIENTE PERMANECER NO REGIME ABERTO, ATÉ O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. 1. Esta Corte Superior tem entendido pela concessão do benefício da prisão domiciliar ou albergue, a par daquelas hipóteses contidas no art. 117 da Lei de Execução Penal, aos condenados que vêm cumprindo pena em regime mais gravoso do que o estabelecido na sentença condenatória ou que foram promovidos ao regime intermediário, mas não encontram vaga em estabelecimento compatível. 2. Ordem concedida, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, para determinar que o paciente permaneça no regime aberto até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado. (HC 186.065/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/07/2011)³⁹ EXECUÇÃO PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* – REGIME ABERTO – RÉU MANTIDO EM SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA – PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR – Constitui constrangimento ilegal submeter o recorrente a regime mais rigoroso do que o estabelecido na condenação. Vale dizer, é inquestionável o constrangimento ilegal se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas que aquelas estabelecidas na sentença. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, *in casu*, o domiciliar. O que é inadmissível, é impor ao reeducando o cumprimento da pena em local reservado aos detentos de regime mais rigoroso, por falta de vaga em estabelecimento prisional adequado (Casa de Albergado) (Precedentes). Recurso provido. (STJ – Rec-HC 27.396 – (2009/0244187-9) – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJe 09.08.2010 – p. 1138)⁴⁰ HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO PARA O REGIME PRISIONAL ABERTO – INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO – DESVIO DE FINALIDADE DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA – 1- Configura constrangimento ilegal ao *jus libertatis*, sanável pela via do habeas corpus, o cumprimento de pena em condições mais rigorosas que as estabelecidas pelo juízo sentenciante ou pelo juízo das execuções penais. 2- É dever do Poder Público promover a efetividade da resposta penal, na dupla perspectiva da prevenção geral e especial; Entretanto, não se podem exceder os limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória. 3- Inexistindo vaga em casa de albergado, mostra-se possível, em caráter excepcional, permitir ao sentenciado, a quem se determinou o cumprimento da reprimenda em regime aberto, o direito de recolher-se em prisão domiciliar. Precedentes: STF - HC 95.334/RS, Rel. p/Acórdão Min. MARCO AURÉLIO; STJ. RESP 1.112.990/RS, REL. MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA – STJ - HC 97.940/RS, REL. MIN. LAURITA VAZ – STJ - RHC 12.470/SP, REL. MIN. LAURITA VAZ – 4- Habeas Corpus concedido para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções que determinou o cumprimento da pena em regime domiciliar, até a

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 186.065/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 14/06/2011, **DJe**, de 01/07/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rec-HC 27.396 (2009/0244187-9), Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma. **DJe**, de 09.08.2010, p. 1138. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

eventual instalação de albergue na Comarca Caxias do Sul/RS. (STJ – HC 162.055 – (2010/0023958-2) – 5ª T. – Relª Minª Laurita Vaz – DJe 14.06.2010 – p. 1195)⁴¹
 RECURSO EM HABEAS CORPUS – REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA ABERTO – PRISÃO DOMICILIAR – PELA CONCESSÃO DA ORDEM – Não havendo vaga em prisão albergue, é possível, excepcionalmente, conceder ao paciente condenado em regime aberto o direito a cumprir a pena em prisão domiciliar (precedentes do STJ).’ recurso provido para determinar o encaminhamento do paciente à casa de albergado, caso em que, inexistente vaga, seja-lhe permitida a prisão domiciliar até que solucionada a pendência. (STJ – RO-HC 15.006/MG – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – DJU 02.02.2004 – p. 338).⁴²

Segundo tais ementas, as hipóteses legais (art. 117 da LEP) comportariam exceção, eis que o apenado em regime aberto dispensa tratamento diferenciado no cumprimento da reprimenda, sendo dever do Estado fornecê-lo. Ademais, para essa corrente, não poderia o condenado suportar as mazelas na ineficiência estatal, violando princípios constitucionais expressos e implícitos.

Ora, uma vez determinada a privação da liberdade do indivíduo, cabe ao Estado como detentor do *jus puniendi* a responsabilidade pela sua custódia, devendo respeitar os direitos assegurados aos apenados. Sobre o tema, vejamos as ponderações feitas por Fabio Roque da Silva Araújo:

Ao perpetrar a privação temporária da liberdade do indivíduo, o Estado assume a responsabilidade pela sua custódia, cabendo-lhe, como consectário lógico, proporcionar todos os meios e recursos suficientes e necessários ao cumprimento da pena imposta, respeitados, sob a égide de uma tutela penal que se quer garantista, os seus direitos constitucionalmente consagrados. Dentre esses direitos, merece destaque o atinente à individualização da pena. Alicerçado neste direito está a divisão dos regimes de cumprimento das penas privativas de liberdade, corolário do sistema progressivo, que, praticamente, relegou ao ostracismo os primeiros regimes auburniano e celular. A observância do regime de cumprimento das penas constitui, muito mais do que mera faculdade conferida ao Estado, direito subjetivo do condenado [...].⁴³

Portanto, manter o apenado em regime mais severo afronta os princípios mais basilares do ordenamento jurídico, como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da reserva legal (art. 5º, II, CF), da individualização da pena (art. 5º, XLIX, CF), da proporcionalidade, da dignidade do preso (art. 5º, XLIX, CF) e os próprios fins da execução penal, insculpidos no art. 1º da LEP.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 162.055 (2010/0023958-2) Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma. **DJe**, de 14.06.2010, p. 1195. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RO-HC 15.006/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma. **DJU**, de 02.02.2004, p. 338. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

⁴³ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Omissão estatal e prisão domiciliar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1416, 18 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9902>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

Além disso, trata-se de direito público subjetivo do condenado o respeito à coisa julgada e à legalidade, tendo o mesmo direito de cumprir a pena conforme determinado na sentença e segundo os princípios e normas que regem a execução penal, lei especial que disciplina a fase de execução da sentença condenatória.

Neste diapasão, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que também configura constrangimento ilegal o recolhimento do reeducando, no período noturno, a ala de presídio, em face da ausência de casa do albergado, sendo admissível, portanto, neste caso, a concessão da prisão albergue domiciliar.

A propósito, vejamos as seguintes ementas:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. JULGAMENTO UNIPESSOAL DE PREJUDICIALIDADE DA ORDEM. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO E CONCESSÃO DO WRIT. PACIENTE CONDENADO A PENA COM REGIME INICIAL ABERTO. INSERÇÃO NOTURNA DE CONDENADO EM ESTABELECIMENTO DE SEGURANÇA MÁXIMA, COM ALA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. A Lei de Execução Penal, adiantando o teor da Constituição de 1988, já enunciou o cânone da individualização da pena. Neste diapasão, fere a lógica do escoamento do desconto da sanção penal a inserção de condenado, sujeito a regime aberto, no período noturno, em ala de presídio, dada a ausência de casa de albergado. Em casos tais, a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que se deve deferir, enquanto perdurar tal estado de coisas, a prisão albergue domiciliar. 2. Agravo regimental provido para conceder a ordem, garantindo ao paciente prisão domiciliar, diante da inexistência de Casa de Albergado para o adequado cumprimento do regime aberto (PEC 34431-1, Comarca de Jaguarão/RS), nos termos da lei, até que surja, eventualmente, vaga no regime adequado. (STJ - AgRg no HC 195.113/RS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/08/2011).⁴⁴

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES. CORRUPÇÃO DE MENORES. REGIME SEMIABERTO. RÉU MANTIDO EM SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA. PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. TESE NÃO APRECIADA PELO E. TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. I - Tendo em vista que a tese sobre a possibilidade de cumprimento da pena em prisão albergue domiciliar, por falta de vaga em estabelecimento penal adequado, não foi examinado pela Corte de origem, que não conheceu do writ, fica esta corte impedida de examinar tal alegação, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes). II - Porém, evidenciado, *in casu*, a ocorrência de flagrante ilegalidade, é necessária a concessão da ordem de ofício. III - Constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso do que o estabelecido na condenação. Vale dizer, é inquestionável o constrangimento ilegal, se o condenado cumpre pena em condições mais rigorosas do que aquelas estabelecidas na sentença. Se o caótico sistema prisional estatal não possui meios para manter o detento em estabelecimento apropriado, é de se

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 195.113/RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, Julgado em 14/06/2011, **DJe**, de 17/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

autorizar, excepcionalmente, que a pena seja cumprida em regime mais benéfico, in casu, o domiciliar. O que é inadmissível, é impor ao paciente o cumprimento da pena em local reservado aos condenados do regime fechado por falta de estabelecimento prisional adequado (semiaberto). (Precedentes). Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, determinando que o paciente cumpra sua pena em prisão albergue domiciliar até o surgimento de vagas em estabelecimento prisional adequado ao regime semiaberto. (STJ - HC 133.719/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 05/10/2009)⁴⁵

Destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça vem estendendo a abrangência da prisão albergue domiciliar inclusive para o regime semiaberto, ou seja, inexistindo vaga em colônia agrícola, industrial ou similar - estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena no regime intermediário -, não pode o reeducando permanecer no regime fechado, quando já cumpriu o lapso temporal exigível para a progressão ou este foi fixado como regime inicial.

Nessa linha, vejamos recentes decisões do citado Tribunal Superior:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. FALTA DE ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO EM REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM USURPUAÇÃO À COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS. RECURSO PROVIDO. I. Hipótese em que o Tribunal a quo, no julgamento do recurso de apelação, determinou a transferência do réu à prisão domicilia enquanto não existisse estabelecimento destinado ao regime semiaberto. II. Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que, não obstante o disposto no art. 117 da LEP, na falta de estabelecimento adequado ao regime de cumprimento da pena fixado permite-se, excepcionalmente, que réu aguarde em regime domiciliar. Precedentes. III. *In casu*, o Tribunal a quo, subtraindo a competência do Juízo das Execuções Criminais, determinou o cumprimento da sentença em regime domiciliar. IV. Eventuais questões acerca da inexistência de vagas em estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena deverão ser decididas pelo Juízo competente para zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança, conforme disposto no inciso IV do art. 66 da LEP. V. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ – Resp 1252166/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 04/11/2011).⁴⁶

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE PROGRESSÃO AO MODO SEMIABERTO DEFERIDO. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. PRISÃO DOMICILIAR. NATUREZA EXCEPCIONAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na esteira da jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, inexistindo vaga em estabelecimento compatível como regime semiaberto, é legítima a prisão domiciliar do constrito, que não pode cumprir a pena em local mais severo que o determinado na decisão executória. 2. Ordem concedida para permitir ao reeducando, em caráter excepcional, que aguarde em prisão domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento adequado ao regime semiaberto. (STJ – HC 175.313/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 133.719/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em: 01/09/2009, **DJe**, de 05/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1252166/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Julgado em: 20/10/2011, **DJe**, de 04/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

21/03/2011).⁴⁷

HABEAS CORPUS. PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. IMEDIATA REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL AO REGIME INTERMEDIÁRIO DETERMINADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO EM REGIME ABERTO OU PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. 1. O Superior Tribunal de Justiça já firmou compreensão no sentido de que, tendo sido o paciente condenado a regime prisional semiaberto ou aberto ou lhe tendo sido concedida a progressão para o regime mais brando, constitui ilegalidade submetê-lo, ainda que por pouco tempo, a local apropriado a presos em regime mais gravoso, em razão da falta de estabelecimento adequado. 2. Ordem concedida para determinar a imediata remoção do paciente para o regime semiaberto ou, caso não haja vaga no estabelecimento adequado ao regime intermediário, que aguarde, sob as regras do regime aberto, até que surja vaga. Caso não haja vaga também no regime aberto, que aguarde em regime domiciliar. (STJ – HC 193.394/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011).⁴⁸

Verifica-se que o fundamento para a concessão da prisão domiciliar, seja no regime aberto, seja no semiaberto, repousam sob os mesmos argumentos. Ora, a prévia existência de vaga no regime específico ao qual está submetido o condenado consiste em requisito imprescindível para o aprisionamento. Uma vez inexistente, não se pode impor o cumprimento da pena em regime mais gravoso, tampouco aguardar indefinidamente o surgimento dessa vaga para o cumprimento da reprimenda, razão pela qual surge a prisão albergue domiciliar como alternativa para solução do problema.

Defensor da prisão albergue domiciliar, Agamenon Bento do Amaral pontua:

Ao nosso ver, esse último entendimento é incensurável e constitui salutar medida de política criminal, além de constituir sadia interpretação da lei penal. Realmente, estabelecendo a lei de execução penal o sistema progressivo para o cumprimento da pena e, fixando ela como último estágio anterior à conquista da liberdade, o regime de albergamento – em tudo mais brando e condizente com o estado de quase-liberdade do condenado –, possa o Estado, através do braço da justiça impor-lhe regime mais severo e com restrições em verdadeiro conflito com aquele estabelecido pelo próprio édito judicial que, em última análise, constitui o próprio pronunciamento do Estado detentor do poder de julgar. Ademais, a sujeição do apenado em regime impróprio àquele que por lei teria direito, constitui sério gravame à sua pessoa por que o sujeitará ao contato sempre pernicioso e deletério com outros reclusos de alguma ou maior periculosidade.⁴⁹

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 175.313/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em: 22/02/2011, **DJe**, de 21/03/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 193.394/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, Julgado em: 17/03/2011, **DJe**, de 04/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

⁴⁹ AMARAL, Agamenon Bento do. Direito do preso à prisão domiciliar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1090>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

O renomado jurista Claus Roxin igualmente defende do uso da prisão domiciliar, observe-se:

[...] pode-se imaginar a prisão domiciliar como a nova pena, atenuada frente a privação da liberdade, cujo controle não será nenhum problema graças aos modernos sistemas eletrônicos de controle. Esta sanção tem a vantagem de não custar nada, de não trazer consigo nenhum perigo de contaminação criminal e de dar forma mais humana à privação da liberdade, de qualquer forma, é sentida como grave.⁵⁰

Com efeito, a prisão albergue domiciliar, em que pese os argumentos em contrário, em especial a possível sensação de impunidade, apresenta-se como uma medida consentânea com as modernas correntes do Direito, que apregoam meios despenalizadores na solução das lides penais, buscando-se também resolver a questão do inchaço do sistema carcerário.

Se realizada com critérios e devidamente acompanhada de instrumentos de fiscalização, a exemplo das tentativas que já estão sendo desenvolvidas através do monitoramento eletrônico, pode ser uma boa alternativa para a falta de estabelecimentos penais destinados ao regime aberto, quiçá, ao semiaberto.

No atual contexto, é fato público e notório o total desrespeito à Lei de Execução Penal e ao sistema progressivo, pois inexitem locais apropriados à gradual transferência do apenado a regime mais brando. Ou o preso se encontra no regime fechado, ou está em liberdade, pois sequer o regime semiaberto é, na prática, implementado.

Sem dúvida, a execução penal é uma das fases mais tormentosas da persecução penal, tanto para o apenado, quanto para o Estado e a sociedade, havendo interesses comuns e antagônicos entre todos. A falta de estrutura física e humana, aliada ao total desrespeito e inobservância aos preceitos constitucionais e da Lei de Execução Penal demonstram que o sistema há muito está falido.

2.5 Do monitoramento eletrônico

Na busca de aprimorar os instrumentos de controle estatal sobre os apenados, garantindo maior eficiência na fiscalização do cumprimento das penas, surgiu o monitoramento eletrônico, moderno método de vigilância, que além do escopo de reduzir a

⁵⁰ ROXIN, Claus. **Dogmática penal y política criminal**. Lima/Peru: Moreno, 1998, p. 453-454. Livre tradução.

superpopulação carcerária, tende a evitar o aprisionamento desnecessário do indivíduo que está sendo processado.

Trata-se de método utilizado para localização de coisas e pessoas. Embora largamente empregado em outros países, tais como Estados Unidos e Portugal, surgiu no ordenamento jurídico pátrio recentemente, encontrando previsão legal na Lei nº 12.258/2010, que alterou a Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/84, e na Lei nº 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal.

Acerca das origens do método em estudo, lembra Carlos Roberto Mariath, Coordenador de Elaboração e Consolidação de Atos Normativos do Departamento Penitenciário Nacional:

O primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 60 pelo psicólogo americano Robert Schwitzgebel. O Dr. Robert entendeu que sua invenção poderia fornecer uma alternativa humana e barata à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça. A máquina consistia em um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor. Em 1977, o Juiz de Albuquerque, Novo México/EUA, Jack Love, inspirado por um episódio da série Spiderman (Homem-Aranha), persuadiu o perito em eletrônica, Michael Goss, a projetar e manufaturar um dispositivo de monitoramento. Em 1983, o Juiz Love sentenciou o primeiro criminoso a usar o monitoramento eletrônico. A partir de então, a solução foi implementada de tal sorte que, em 1988, havia 2.300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos. Dez anos mais tarde (1998), o número de monitorados havia alcançado a impressionante marca de 95.000.⁵¹

No Brasil, as referidas normas disciplinadoras passaram a prever a utilização do monitoramento eletrônico tanto como forma de vigilância indireta do preso - nas hipóteses de saídas temporárias concedidas aos apenados do regime semiaberto e daqueles que estão em prisão domiciliar -, como também uma das espécies de medida cautelar alternativa à prisão.

Com efeito, a Lei nº 12.258/2010, inseriu o art. 146-B da LEP, que prevê as hipóteses de incidência da fiscalização eletrônica acima mencionadas, repita-se: em casos de saídas temporárias deferidas aos apenados que se encontram cumprindo pena no regime semiaberto e daqueles que estão em prisão domiciliar. Tal diploma normativo alterou a Lei de Execução Penal a fim de incluir, no Título V, que trata da execução das penas em espécie, Capítulo I, que cuida das penas privativas de liberdade, Seção VI, os arts. 146-A (vetado) ao 146-D, que disciplinam a utilização do monitoramento eletrônico.

⁵¹ MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**. Coordenador de Elaboração e Consolidação de Atos Normativos do Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.aps?>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

No art. 146-C, são estabelecidos os cuidados e deveres que o apenado deve ter com o equipamento eletrônico, sendo fixadas sanções em caso de descumprimento. Por fim, há a previsão de hipóteses de revogação do monitoramento no art. 146-D, da LEP.

A crescente necessidade de expandir a utilização de tal ferramenta de fiscalização e vigilância para além da execução penal, fomentou a posterior previsão contida na Lei 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal a fim de incluir medidas cautelares diversas da prisão, trazendo no bojo do art. 319, IX, do CPP, a monitoração eletrônica como alternativa ao cárcere, inovação até então inexistente no ordenamento quanto a possibilidade de aplicação aos acusados/presos provisórios.

A propósito, vejamos as observações feitas por Felix Araújo Neto e Rebeca Rodrigues Nunes Medeiros:

Não custa assinalar que, até antes da edição da Lei nº 12.403/2011, o monitoramento eletrônico era concebido como uma medida de vigilância indireta, aplicável ao condenado. Tanto é que, até então, a única possibilidade de aplicar tal instrumento eletrônico, de acordo com a Lei nº 12.258/2010, era em casos de saída temporária ou prisão domiciliar, nos termos da reforma introduzida na Lei de Execução Penal. Entretanto, com a edição da Lei nº 12.403/2011, a monitoração eletrônica foi instituída como uma medida cautelar substitutiva à prisão preventiva, apresentando-se, pois, como uma relevante alternativa ao cárcere. No caso em apreço, a Lei nº 12.403/2011 consagrou o monitoramento eletrônico como uma importante alternativa à prisão preventiva. Tanto é que no § 6º do inciso II do art. 282 do texto normativo, o legislador estabeleceu que ‘a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)’.⁵²

Assim, verifica-se que a legislação caminha no sentido de ampliar a utilização deste mecanismo, que pode configurar um importante meio de auxiliar na fiscalização do cumprimento das penas ou medidas impostas no curso do processo criminal, implicando significativo avanço em questões como a redução da superpopulação carcerária e redução de gastos nesse segmento, além de obstar a contaminação sempre perniciosa do ambiente prisional.

Embora encontre vozes de resistência quanto ao emprego desse método, sob o argumento de violação da intimidade e privacidade, exposição do usuário à sociedade aumentando ainda mais o preconceito, violação ao princípio da presunção de inocência,

⁵² ARAÚJO NETO, Felix; MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes. **O Monitoramento Eletrônico de Presos e a Lei nº 12.403/2011.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894>. Acesso em: 4 jun. 2012.

configurando inegável retrocesso, pois serviria apenas para estigmatizar ainda mais o acusado, somos favoráveis ao uso da monitoração eletrônica.

Ora, além de constituir uma forma de cumprimento mais humanizado da pena, já que o usuário da ferramenta poderá permanecer no seu seio familiar e social, possibilita uma efetiva fiscalização e acompanhamento do cumprimento da sanção, o que atualmente não existe, além da sensível diminuição de custos com estabelecimentos prisionais.

Óbvio que defendemos sua utilização desde que observados todos os princípios e direitos inerentes ao preso, especialmente sua dignidade, de modo que proporcione a ressocialização do usuário, mas sem que o Estado perca o poder de vigilância.

3 DAS CRÍTICAS À PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR

A existência de correntes doutrinárias e jurisprudenciais divergentes acerca do emprego da prisão albergue domiciliar fora das hipóteses legais é um tema bastante delicado, eis que não se resume a uma mera discussão jurídica.

Como bem observa Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça:

O choque entre as duas correntes, acima descritas, denuncia uma discussão bem mais profunda do que o caráter taxativo ou exemplificativo das condições dispostas no art. 117 da LEP. A questão central acaba sendo reduzida à tensão entre segurança pública e os direitos consagrados na lei de execução penal. O ponto nuclear da controvérsia tem raiz na posição jurídica do condenado: um sujeito de direito ou objeto da execução penal.⁵³

Sob esse prisma, passaremos a analisar alguns aspectos importantes que circundam o tema da prisão albergue domiciliar, especialmente sob o enfoque da segurança pública, impunidade, direitos dos presos e sistema penitenciário, no contexto fático e jurídico atual.

3.1 Segurança Pública x Impunidade

Não há como dissociar a temática da prisão albergue domiciliar do contexto atual de nosso sistema carcerário. Apenas para ilustrar o total descaso com a situação carcerária, e, por conseguinte, com a segurança pública, vejamos o exemplo trazido por Guilherme de Souza Nucci, exatamente para ilustrar a questão do regime aberto e da prisão domiciliar, demonstrando ainda sua posição quanto ao tema:

Cada região deve contar com pelo menos uma casa do albergado, que terá ainda, local reservado para palestras e cursos. Este é outro sintoma do flagrante descaso do Poder Executivo, encarregado de construir e manter as casas do albergado, com a execução penal. Há cidades, como São Paulo, que não possuem uma única casa do albergado, disseminando o *regime aberto da impunidade*, que é o denominado regime da prisão albergue domiciliar (PAD), sem qualquer fiscalização efetiva. O sentenciado cumpre pena em sua própria casa e não há acompanhamento do Estado, nem tampouco cursos e palestras. Logo, somente cumpre as regras legais se quiser.⁵⁴

Infelizmente essa é uma realidade que não se restringe ao Estado de São Paulo, sendo praticamente a regra na maioria dos Estados brasileiros a falta de casas de albergado para

⁵³ MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Prisão domiciliar e a ausência de vaga em casas de albergado: posição jurídica do condenado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 893, 13 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7677>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., 2008, p. 1033.

acolhimento dos reeducandos do regime aberto, situação também recorrente quanto às colônias agrícolas ou industriais – estabelecimentos reservados ao cumprimento do regime semiaberto.

A falta de investimentos do poder público na construção e manutenção desse tipo de local cria uma situação anômala, inexistindo o implemento efetivo dos regimes, na forma progressiva, conforme determina a lei.

De um lado temos o preso, ao qual deve ser assegurado as condições essenciais mínimas de sobrevivência dentro do cárcere durante o cumprimento da sanção. De outro, a sociedade, que quer que o apenado pague a qualquer preço pelo crime que cometeu. Por fim, o Estado, que tem o papel de aplicar a lei e de fazer cumpri-la, buscando reprimir os delitos e evitar a sensação de impunidade.

Interessante registrar que no sistema norte-americano, modelo largamente utilizado como parâmetro por outros países e considerado um dos mais conservadores do mundo, o recolhimento do condenado à prisão é vinculado à certificação de existência de vaga, pois se esta inexistir, o início do cumprimento da pena fica suspenso ou será convertido em prisão domiciliar. Essas são as informações fornecidas por Adel El Tasse:

[...] a efetivação do encarceramento fica vinculada à expedição de atestado de vaga pelo diretor do estabelecimento, ou seja, caso não haja vaga dentro do que estabelecem as convenções internacionais (cela individual ou, no máximo, dupla, condições de higiene, vagas para trabalho e estudo, entre outras), a execução da prisão fica suspensa ou se converte em aprisionamento domiciliar.⁵⁵

O que se percebe é que embora sendo um sistema primordialmente aplicador de medidas privativas de liberdade, lá os apenados tem a garantia da observância de padrões internacionais para o aprisionamento, sendo-lhes assegurado o mínimo de direitos.

Infelizmente, no Brasil, tais padrões não são respeitados. São celas superlotadas, sem condição de higiene e salubridade, poucas oferecem opção de trabalho ou estudo. Os presos são tratados como mero objeto, quando não como animais, passando longe o significado de sujeito de direitos. Esquecem-se o Estado e a sociedade que um dia eles retornarão ao convívio social, já que o Brasil não admite pena de morte ou de caráter perpétuo.

⁵⁵ EL TASSE, Adel. Prisão domiciliar: A tendência de seu emprego estratégico na redução da superpopulação carcerária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2932, 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19531>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

Sob o pretexto de combate à impunidade, em razão da crescente onda de violência que tem dominado o país, simplesmente os princípios e direitos assegurados em vários diplomas normativos, além da Lei Maior, são flagrantemente desrespeitados, não passando de meras previsões contidas em um papel.

Nesta senda, muito pertinente a observação feita pelo saudoso jurista Julio Fabrini Mirabete:

Apesar de ter contribuído decisivamente para eliminar as penas aflitivas, os castigos corporais, as mutilações etc., não tem a pena de prisão correspondido às esperanças de cumprimento com as finalidades de recuperação de delinquente. É praticamente impossível a ressocialização do homem que se encontra preso, quando vive em uma comunidade cujos valores são totalmente distintos daqueles a que, em liberdade, deverá obedecer. Isso sem falar nas deficiências intrínsecas ou eventuais do encarceramento, como a “superpopulação, os atentados sexuais a falta de ensino e de profissionalização e a carência de funcionários especializados.”⁵⁶

Tais aspectos, intimamente relacionados ao contexto econômico, político e social, não podem deixar de ser mencionados como fatores determinantes do sistema de execução penal adotado e efetivamente utilizado no país, reflexo de uma população marginalizada e sem perspectiva.

A crise na execução penal está instalada, necessitando urgentemente de medidas que possam amenizar o caos instalado nos estabelecimentos penitenciários. Tal situação atinge não só aos detentos, mas também e principalmente à população.

Sob essa ótica, Renato Flávio Marcão obtempera:

A crise instalada na execução penal se reflete, também, na segurança pública. Não se restringe aos direitos e garantias do preso. É certo que, na medida em que não se efetivam as regras da execução penal, pune-se o condenado duas vezes. Contudo, a apenação maior recai sobre a sociedade ordeira que financia, com o pagamento de impostos, taxas etc, a estruturação de um sistema que idealiza, busca e não atinge, mercê do descaso daqueles que foram eleitos e são pagos com o fruto do trabalho e do esforço dos que a integram. A parcela ordeira da população é, no mínimo, triplamente vítima. Vítima do medo; do crime, e também da inércia/ineficiência de seus representantes junto a Poderes Instituídos, há muito fracassados ante a incontida ascensão do império em que reina absoluta a ilicitude penal.⁵⁷

⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. Parte geral – Arts. 1º a 120 do CP. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, v. 1, p. 251.

⁵⁷ MARCÃO, Renato Flávio. Op. cit., 2012.

Ocorre que não se pode simplesmente desprezar os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, incluindo-se aí, por óbvio, os dos presos, a pretexto de se garantir a segurança pública.

Esse também é o entendimento de Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça, o qual discorreu sobre o tema nessa linha:

Não é possível sobrepor o direito à segurança às garantias reservadas ao condenado e consagradas na execução penal, justificando que o primeiro é de natureza pública e o segundo privada. O direito público subjetivo do condenado, no caso aqui estudado, tem também natureza pública porque se reduz à legalidade da execução criminal. [...]. Se estamos tratando de dois direitos de natureza pública, dar primazia à segurança pública só teria sentido se considerássemos o condenado um objeto da execução penal. Um inimigo, como lamentavelmente já disse Jakobs, para o qual não se aplicaria o direito, mas a mera coação. O caminho para a segurança é o investimento no sistema penitenciário e não o sacrifício de garantias fundamentais.⁵⁸

A medida mais acertada ao nosso ver, repousa exatamente no investimento que deve ser feito pelo ente estatal em políticas públicas ligadas ao campo social, sem olvidar do sistema carcerário, dotando-o de condições que assegurem o fiel cumprimento da sanção na forma prevista em lei e na Constituição, garantindo estrutura física e humana, bem assim o respeito ao sistema de regime de penas consagrado em nossa legislação.

3.2 Dos direitos assegurados aos presos

A inobservância aos preceitos da Lei de Execução Penal é tema polêmico entre os operadores do direito. O infrator da lei é visto por todos como um mero criminoso, esquecendo-se muitas vezes que se trata de um ser humano, dotado também de direitos e merecedor da tutela estatal. Sob essa ótica, não podemos olvidar que o Estado tem o dever de respeitar o direito de todos os indivíduos, principalmente daqueles que se encontram sob a sua custódia.

Compreendido que o ser humano é o centro da proteção estatal, sob a concepção de sujeito de direitos e não como mero objeto, temos que para viabilizar essa tutela, ao Estado são impostos certos limites ao seu poder de punir. Nessa linha, a Lei de Execução Penal é o instrumento normativo apto a resguardar essa relação entre o ente estatal e o preso, pois estabelece entre eles um regime de direitos e deveres recíprocos.

⁵⁸ MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Op. cit., 2012.

O art. 3º da LEP é bem claro ao determinar que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Impera, neste aspecto, o princípio da legalidade, garantindo ao apenado a conservação de todos os demais direitos não alcançados pela sentença condenatória, a teor do que dispõe o art. 5º, da Constituição Federal, em vários de seus incisos, e o art. 38 do Código Penal.

Com efeito, a Magna Carta traz expressamente nos incisos XLIX, L, LXII, LXIII e LXVI, do art. 5º, os direitos assegurados constitucionalmente aos presos, consubstanciados no respeito à integridade física e moral, condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos no período de amamentação, comunicação imediata da prisão e o local onde se encontre ao juiz, à família do preso ou à pessoa por ele indicada, informação ao preso de seus direitos e a identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório. Além disso, a LEP resguarda também a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Assim, tratando-se de imposição de pena privativa de liberdade, limita-se tão somente o direito de ir e vir e aqueles correlatos, como a suspensão dos direitos políticos, mantendo-se todos os demais, especialmente os acima elencados, constantes do rol do art. 41 da LEP e art. 5º da Magna Carta, consagradores do princípio da humanização da pena e dignidade da pessoa humana.

Lamentavelmente, a realidade nos mostra que apenas o objetivo de punir vem sendo materializado. As atuais condições dos estabelecimentos penitenciários não permitem que os internos possam de lá sair recuperados ou arrependidos, tampouco observam as regras básicas para alojamento dos presos e sua permanência na prisão, a teor do que dispõe os arts. 11 e 88 da LEP. Muito ao contrário. As condições subumanas e degradantes às quais estão submetidos só faz aumentar a revolta com o sistema. As prisões têm funcionado como verdadeiras escolas do crime, eis que não há qualquer espécie de triagem ou separação dos detentos de acordo com a gravidade ou tipo de delito praticado, embora previsto em lei e na própria Constituição.

Nesse sentido, lembra Michel Foucault que a prisão, desde seu nascedouro, já apontava para o seu fracasso no que se refere ao objetivo ressocializador, eis que ao invés de diminuir as taxas de criminalidade, elas aumentavam rapidamente, além do que, em virtude dos efeitos estigmatizantes do cárcere, tornava-se quase impossível reintegrar-se um preso à sociedade, o que servia para fomentar a reincidência.

Ora, como não voltar a delinquir se o sistema não lhe oportuniza a possibilidade de ter uma vida digna? Obviamente que não se pretende aqui justificar o cometimento de crimes em razão da condição social, até mesmo porque está cada vez mais difundida a prática de crimes por todas as classes sociais.

Todavia, infelizmente, a realidade nos mostra que apenas as camadas mais carentes da população permanecem no cárcere. São pessoas socialmente desprovidas de direitos básicos, e submetê-las a mais essa negação de direitos, no âmbito da liberdade pessoal, se afigura numa afronta ainda maior a todo o sistema jurídico.

Portanto, não é demais lembrar, conforme palavras de Adel El Tasse, “que não se deve associar a pena privativa de liberdade com sofrimentos adicionais que não a própria limitação à capacidade de ir e vir da pessoa”.⁵⁹

3.3 Do Sistema Carcerário Brasileiro

A realidade nos mostra o completo descaso e falência do sistema penitenciário brasileiro. Para ilustrar a situação caótica vivenciada por este segmento, colacionamos recente artigo publicado pelo professor e jurista Luis Flávio Gomes, na Revista Consultor Jurídico, o qual traz dados alarmantes sobre o sistema carcerário do Estado do Ceará, colhidos através do Mutirão Carcerário aqui realizado, promovido pelo CNJ:

Com uma taxa de 200,36 presos a cada 100 mil habitantes, o Ceará é o 18º estado mais encarcerador do país (constatações do Instituto de Pesquisa e de Cultura Luiz Flávio Gomes, com base nos números do DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional, de junho de 2011).

De acordo com as inspeções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Mutirão Carcerário realizado entre janeiro de 2010 e janeiro de 2011, o cenário prisional do estado é de ilegalidade, desorganização e insegurança.

O Relatório do Mutirão 2010/2011 apontou que, um dos pavilhões do Instituto Penal Paulo Sarasate, construído na década de 70 e chamado de “Selva de Pedra”, está em ruínas, abrigando mais de 700 detentos, muitos deles de alta periculosidade. Na unidade, os presos possuem armas de fogo, que escondem nos buracos existentes no prédio.

No mesmo estabelecimento, onde o número de agentes é insuficiente, foram registrados 18 homicídios somente em 2007. E, em razão da falta de controle da direção do presídio, é necessário estar acompanhado da tropa de choque ou de polícia de elite para neles adentrar com segurança.

Por todos esses motivos, o Mutirão Carcerário teve de interditar o estabelecimento. Do mesmo modo procedeu com a Colônia Agropastoril do Amanari que, em 2009, chegou a abrigar 1.678 internos, quase 14 vezes mais do que sua capacidade, e

⁵⁹ EL TASSE, Adel. Op. cit., 2011.

encontrava-se em condições de abandono e precariedade.

No Presídio Paulo Oliveira II, para poder entrar, os juízes assinaram um termo de responsabilidade, pois existiam presos armados também nesta unidade. Cenário de insegurança, que facilitou a fuga de dez presos de alta periculosidade do presídio, encontrados dois meses antes da vistoria.⁶⁰

Verifica-se que as finalidades principais da LEP, ou seja, propiciar meios para que a sentença criminal seja integralmente cumprida e a reintegração do sentenciado ao convívio social, passam longe da maioria das penitenciárias brasileiras.

Os altos índices de reincidência, de pessoas que voltam a delinquir, demonstram que a ressocialização, um dos objetivos da pena, não está sendo atingido.

Aqueles indivíduos que já foram presos ficam estigmatizados e não conseguem ser reinseridos na sociedade. O fracasso quanto ao objetivo ressocializador da prisão é evidente. Em muitos casos, não conseguem uma colocação no mercado de trabalho, as pessoas se afastam e, às vezes, até a própria família abandona, deixando a pessoa totalmente à margem da sociedade, servindo tal situação de estímulo à continuidade criminosa.

Válido aqui uma pequena ilação sobre os vocábulos “reinseridos”, “ressocialização”, tão usados quando o assunto é a execução penal. Como “reinsere” em sociedade alguém que nunca fez parte dela? Alguém que sempre teve seus direitos mínimos, fundamentais, renegados? Que a única forma de atuação positiva do Estado que conhece é a polícia? Como “ressocializar” alguém que acabou de sair do cárcere, mas que mesmo antes da prisão nunca teve a chance de participar da sociedade?

Ressalte-se aqui, que não defendemos a extinção das prisões, estas são, sem dúvida, um mal necessário, mas apenas propugnamos que os dispositivos legais e constitucionais sejam efetivamente cumpridos, assegurando-se a observância dos direitos fundamentais.

Nessa mesma senda, Luiz Flávio Gomes conclui:

Não somos abolicionistas da prisão. Somos, no entanto, contrários a duas coisas: (a) as prisões brasileiras são deploráveis, abomináveis, cruéis, desumanas e degradantes (é isso que se tornou mais do que evidente nos Mutirões Carcerários); (b) muitos dos que se encontram recolhidos não deveriam estar dentro delas (por não terem cometido crimes violentos).

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Precariedade, violência e desordem em presídios do Ceará. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 17 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

As prisões existem para o cumprimento de um castigo em razão de um crime que afetou gravemente o direito (um bem jurídico) de uma vítima (ou de várias vítimas). Prisão é castigo (não há dúvida). Mas castigar não pode significar, do ponto de vista do Estado de Direito vigente, humilhar, degradar, rebaixar, desmoralizar, diferenciar etc. Nenhuma sociedade sobreviveria sem o controle penal das infrações mais graves. O discurso da impunidade generalizada é anarquista (ou anedótico).⁶¹

Essas são algumas colocações de extrema importância quando se debate o sistema carcerário, a lei de execução penal e a segurança pública. Não se pode conceber um sistema de justiça efetivo sem antes contextualizá-lo na realidade fático-social em que se encontram a maioria das pessoas que praticam crimes.

Além disso, existem poucos estabelecimentos prisionais para o grande contingente de pessoas encarceradas, sem olvidar do pouco ou nenhum investimento realizado pelo poder público nessa área.

Outrossim, não há manutenção devida de tais locais, que em sua maioria apresentam péssimas condições de salubridade, com superlotação, proliferação de doenças, ausência de infraestrutura e de qualquer atividade que estimule a ressocialização do preso, afora o estudo facultativo, quando existente.

Nesse aspecto, colacionamos o alerta feito por Fabio Roque da Silva Araújo quanto a situação do nosso sistema carcerário:

De acordo com recentes dados do Ministério da Justiça, o montante de presos no país alcança a assustadora cifra de 400.000 (quatrocentos mil), no que estão inclusos os condenados aos regimes aberto e semiaberto. Por óbvio, que este número origina-se do aumento da criminalidade, por seu turno, potencializada, não apenas, mas sobretudo, por periclitantes questões sociais.⁶²

O sistema carcerário está em xeque. As cadeias estão abarrotadas de presos, as condições de sobrevivência são subumanas, os índices de criminalidade não diminuem e os de reincidência não param de aumentar.

Nesse particular, e sem maiores digressões, fica a reflexão: será que o objetivo do nosso sistema carcerário está sendo alcançado? Punir, mas também reinserir o delinquente na sociedade?

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., 2012.

⁶² ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Op. cit., 2012.

Essa é uma questão deveras complexa, com causas e efeitos que se entrelaçam de tal modo que tornam impossível combater um sem atingir o outro. Não vislumbramos como punir e ressocializar sem antes repensar o sistema como um todo, aqui entendido não só quanto à legislação aplicável à matéria, mas principalmente no que tange à inclusão social do indivíduo como sujeito de direitos, destinatário de políticas públicas.

CONCLUSÃO

Após breve análise dos contornos mais importantes atinentes à execução criminal, relativo às penas privativas de liberdade e graduação dos regimes de cumprimento de pena corporal, chegamos ao ponto mais importante do nosso estudo, consubstanciado na possibilidade de concessão da prisão albergue domiciliar e especialmente quando fora das hipóteses previstas na Lei de Execuções Penais.

O sistema progressivo adotado, em sintonia com os princípios constitucionais da individualização e humanização das penas, permite ao condenado passar do regime mais severo ao mais brando, até a sua completa reinserção na sociedade, desde que implementados certos requisitos legais, a saber: o decurso de certo lapso temporal e o mérito do reeducando. Conforme declinado, trata-se de medida de política criminal que visa estimular o encarcerado a manter bom comportamento na fase de cumprimento da reprimenda, a fim de obter sua saída gradual do sistema prisional, além de constituir direito público subjetivo do apenado, quando preenchidas as condições previstas em lei.

Ao chegar no regime aberto, forma mais próxima à liberdade, nos deparamos com algumas situações em que a própria lei prevê a possibilidade de concessão de regime domiciliar. Verificamos que sobre esse tema há duas correntes antagônicas que defendem a estrita observância ou não dessas hipóteses legais, a fim de se aferir, por conseguinte, acerca da possibilidade de deferimento da prisão albergue domiciliar em caso de inexistência de casa de albergado ou de vaga nesse tipo de estabelecimento.

Há doutrina e jurisprudência em ambos os sentidos, especialmente dos Tribunais Superiores, sendo importante destacar a concessão recorrente, em caráter excepcional, da prisão albergue domiciliar fora das hipóteses legais, ao argumento de que não pode o reeducando ser submetido a regime mais rigoroso do que o que lhe foi aplicado, em virtude da ausência de estabelecimento adequado ou de vaga, decorrente da ineficiência estatal, até mesmo porque estaria violando princípios fundamentais como o da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana e da coisa julgada.

Devidamente apresentadas as posições sobre a matéria, chegamos a conclusão que no atual contexto enfrentado por este segmento, deve o Estado-Juiz autorizar o reeducando a

cumprir a pena, em face de ausência de casa do albergado ou estabelecimento similar, em prisão albergue domiciliar, pois, por ineficiência estatal o agente não pode cumprir sanção em regime mais gravoso, violando direitos fundamentais, sob o argumento de coibir a impunidade.

Por outro lado, a fim de se imprimir uma maior eficácia e controle a esse tipo de prisão, somos igualmente favoráveis ao monitoramento eletrônico, por meio de um sistema que além de respeitar os direitos do preso, especialmente sua dignidade, garanta a fiscalização e reduza os riscos da reincidência ou, simplesmente, do descumprimento da medida.

Ressalte-se que esse é o nosso entendimento no panorama atual, em que não há estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena na forma prevista em lei. Assim, concluímos que não pode o apenado ficar sujeito a regime mais severo por culpa exclusiva da ineficiência estatal, que não envidou esforços em implementar e cumprir as disposições de suas próprias normas, como aliás, já vem sendo largamente aplicado na rotina forense.

Violar direitos fundamentais a pretexto de garantir a segurança pública e combater a impunidade não se afigura a medida mais eficaz, o que resta bem evidenciado pelos crescentes índices de violência e reincidência, não obstante o recrudescimento crescente dos tipos penais e das respectivas penas, e de constituir a prisão, na prática, a regra, e não a exceção.

O mais acertado, ao nosso ver, seria justamente a materialização das disposições legais e constitucionais, especialmente da Constituição e da Lei de Execução Penal, na qual o apenado poderia cumprir cada uma das etapas do sistema progressivo, tal qual previsto nas normas, reservando-se a prisão albergue domiciliar apenas para as hipóteses expressamente preconizadas na lei, comprovada sua real necessidade.

Portanto, o caminho a se perseguir é o investimento no sistema prisional, com fins de que se possa executar efetivamente uma sanção que atinja não só o objetivo de punir, mas também o de ressocializar. Para tanto, acresça-se que a implementação de políticas públicas tendentes a minorar os problemas sociais correlacionados são de suma importância, influenciando diretamente nos índices de criminalidade e na diminuição da população carcerária, pois só assim poderemos pensar em alcançar a tão almejada segurança pública, sem sacrifício dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Agamenon Bento do. Direito do preso à prisão domiciliar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1090>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

ARAÚJO NETO, Felix; MEDEIROS, Rebeca Rodrigues Nunes. O Monitoramento Eletrônico de Presos e a Lei nº 12.403/2011. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9894>. Acesso em: 4 jun. 2012.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Omissão estatal e prisão domiciliar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1416, 18 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9902>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 195.113/RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura), Sexta Turma, Julgado em 14/06/2011, DJe, de 17/08/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 124.112/CE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/05/2010, DJe, de 14/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 133.719/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em: 01/09/2009, DJe, de 05/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 162.055 (2010/0023958-2) Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma. DJe, de 14.06.2010, p. 1195. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 175.313/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em: 22/02/2011, DJe, de 21/03/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 186.065/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 14/06/2011, DJe, de 01/07/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 193.394/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, Julgado em: 17/03/2011, DJe, de 04/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 215.378/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe, de 28/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 89.116/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, Julgado em: 08/11/2007, DJ, de 03/12/2007, p. 351. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 89.725/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgado em: 15/05/2008, DJe, de 16/06/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rec-HC 27.396 (2009/0244187-9), Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma. DJe, de 09.08.2010, p. 1138. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1252166/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Julgado em: 20/10/2011, DJe, de 04/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 22.537/RJ, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, julgado em 15/04/2008, DJe, de 12 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RO-HC 15.006/MG, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma. DJU, de 02.02.2004, p. 338. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 68.012/SP, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/o Ac. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgado em: 19/12/1990. DJU, de 02.10.1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 72997/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, Julgado em: 21/11/1995. DJU, de 22.03.1996, p. 8202. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 471. Sessão Plenária de 01/10/1964. Diário da Justiça, de 12 out. 1964, p. 3700. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 716. Sessão Plenária de 24/09/2003. Diário da Justiça, de 13 out. 2003, p. 6. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 718. Sessão Plenária de 24/09/2003. Diário da Justiça, de 13 out. 2003, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 719. Sessão Plenária de 24/09/2003. Diário da Justiça, de 13/10/2003, p. 7. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Sessão Plenária de 16/12/2009. Diário da Justiça Eletrônico nº 238 de 23/12/2009, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 26. Sessão Plenária de 16/12/2009. Diário da Justiça Eletrônico nº 238 de 23/12/2009, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

CURIA, Luiz Roberto; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Cols.). **Vade mecum**. 12. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. 36. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Precariedade, violência e desordem em presídios do Ceará. **Revista Consultor Jurídico**. Publicado em 17 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/coluna-lfg-preciedade-violencia-desordem-presidios-ceara>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. v. I.

JARDIM, Luiz Marcos Meira. Prisão albergue domiciliar. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 52, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Elementos do Direito; 7).

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato Flavio. **Crise na execução penal**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento Eletrônico**: liberdade vigiada. Coordenador de Elaboração e Consolidação de Atos Normativos do Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZRSvc.asp?....>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. Prisão domiciliar e a ausência de vaga em casa de albergado: posição jurídica do condenado. **Jus Navigandi**, Terezina, ano 10, n. 893, 13 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7677>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Execução Penal nº 1.0000.09.490926-4/001, Comarca de Belo Horizonte, Rel.: Exmo. Sr. Des. Pedro Vergara, Quinta Câmara Criminal, Julgamento em: 24/11/2009. DJ, de 24/11/2009. Publicado em 13/01/2010. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Rafael de Souza. Excesso de execução. Consequências jurídicas do cumprimento de pena em regime mais gravoso que o previsto na sentença ou decisão judicial. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14077>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 10. ed. 2. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

RIBEIRO, Armando Lúcio. **Anotações de processo penal**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Mossoró: Coleção Mossoroense, 2011.

_____. **Prisão e liberdade, sob a ótica constitucional e da lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011**. Mossoró-RN: Coleção Mossoroense, Série “C”, 2011. v. 1603.

ROXIN, Claus. **Dogmática penal y política criminal**. Lima/Peru: Moreno, 1998. Livre tradução.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2010.046962-1, de Concórdia, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, Data: 21/10/2010. **DJe**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 4 jun. 2012.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de Agravo n. 2004.023952-1, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Jânio Machado, Primeira Câmara Criminal, Julgado em: 08/03/2005. **DJ**. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 4 jun. 2012

TASSE, Adel El. Prisão domiciliar: A tendência de seu emprego estratégico na redução da superpopulação carcerária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2932, 12 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19531>>. Acesso em: 4 jan. 2012.