

Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a positivação penal. Dissonância jurisprudencial

FERNANDO CUNHA JÚNIOR

SUMÁRIO

1. Pena. Natureza. Regime prisional. 2. Prisão domiciliar. 3. Prisão-albergue domiciliar. 4. Divergência jurisprudencial. 5. Conclusão.

1. Pena. Natureza. Regime prisional

A natureza da pena, hodiernamente¹, é *retributiva, preventiva* e de *ressocialização*.

Com isso tem-se o conceito do instituto “pena” como sendo aquele que atua como

¹ Segundo MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal*. 5. ed. Atlas, a pena foi concebida inicialmente apenas como resposta ou retribuição ao delinqüente pelo mal praticado. Posteriormente, contudo, evoluiu para o sentido de ressocialização do condenado ou adaptação ao meio social:

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

Para as teorias relativas dava-se à pena um fim exclusivamente prático, em especial o de prevenção geral (com relação a todos) ou especial (com relação ao condenado).

Para as teorias mistas (eccléticas ou intermediárias), a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade não é simplesmente prevenção, mas um misto de educação e correção.

(...) Assim, tem-se entendido que à idéia central de ressocialização há de unir-se, necessariamente, o postulado da progressiva humanização e liberação

Fernando Cunha Júnior é Procurador do Distrito Federal.

“resposta”² ao ato do delinqüente, *retira o mesmo do meio social*³, impedindo-o de delinqüir, e *ainda tenciona recuperá-lo e retorná-lo à sociedade*⁴. Tem como caracteres o fato de ter sua aplicação disciplinada pela lei, ser personalíssima e proporcional ao crime.

Para cumprimento da pena, o Estatuto Repressivo, o Código Penal, alista três espécies de regime penitenciário (art. 33 do CP), que são o fechado, semi-aberto e o aberto.

Esta divisão em regime de cumprimento da pena é consequência dos modernos postulados penitenciários em que se requer “diversidade de estabelecimentos” conforme a *classificação dos presos*. Assim, consoante pontifica o magistério doutrinário, o que classifica os estabelecimentos penais *são as condições gerais dos diversos regimes de execução*⁵ como possibilidades de contato com o exterior, disciplina interna, estilo arquitetônico etc.

O regime *fechado* é dispensado para os condenados de alta periculosidade e com alta apenação de pena privativa de liberdade. A pena é cumprida em prisão fechada com aparatos de segurança máxima e contra fugas.

O regime *semi-aberto* é um “meio-termo” entre o regime fechado e o aberto, já que cientificamente tem-se a intenção de reduzir o encarceramento em presídio de segurança máxima. Daí a respectiva origem desse regime quanto a receber o preso na sua transição de regime fechado para o semi-aberto⁶.

da execução penitenciária, de tal maneira que, asseguradas medidas como as permissões de saída, o trabalho externo e os regimes abertos, tenha maior eficácia (...) A tendência moderna é a de que a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à idéia de humanizar, além de punir”.

² Retribuição do Estado ao ato infringente da lei cometido pelo agente.

³ Prevenção.

⁴ Ressocialização.

⁵ MIRABETE, op. cit.

“Segundo o entendimento moderno, o que caracteriza os estabelecimentos penais e os tipifica não é a natureza do trabalho que, neles, os condenados têm oportunidade de exercer (agrícola, industrial, agroindustrial etc.), mas suas condições gerais, que configuram e consubstanciam os diversos regimes de execução das sanções. O trabalho, o estilo arquitetônico do estabelecimento, a disciplina interna e a possibilidade de contato com o exterior são as condições que conduzem à classificação dos regimes penitenciários. Firmou-se assim uma trilogia, obtida com a evolução do Direito Penitenciário: estabelecimento fechado, estabelecimento semi-aberto e estabelecimento aberto.

⁶ Cumprir um sexto da pena e o mérito indicar a progressão (art. 112 da Lei de Execução Penal).

Já o *regime aberto* é para aqueles que não apresentam periculosidade e que são responsáveis pelo cumprimento da pena. Funda-se na autodisciplina, já que o preso pode exercer qualquer atividade durante o dia, sendo recolhido à noite e nos dias de folga. Pode ser de duas espécies: “prisão-albergue” e “prisão domiciliar”.

2. Prisão domiciliar

O regime aberto pode ser cumprido em duas modalidades: em Casa de albergado ou em residência particular.

Diz a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11.7.84, art. 93, que a “Casa de Albergado” destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. Já o art. 117 do mesmo repositório de normas assenta as quatro hipóteses nas quais o condenado em regime aberto pode cumprir a pena em “residência particular”.

Vejamos a hipótese do cumprimento da pena em regime aberto “domiciliar”, na linha do art. 117 retrocitado:

“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de :

I – condenado maior de setenta anos;

II – condenado acometido de doença grave;

III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV – condenada gestante”.

Essas são as hipóteses, portanto, nas quais o condenado beneficiário de regime aberto poderá cumprir a reprimenda em casa.

3. Prisão-albergue domiciliar

O regime aberto pode ser cumprido, ainda, em “Casa de Albergado”.

A razão desse regime pressupõe o *baixo quantitativo de pena, a não reincidência e, ainda, indicação de que o condenado pode cumprir a sanção neste regime* (art. 33, § 3º do CP). Ou seja, além de não ser reincidente, a pena aplicada deve ser igual ou inferior a 4 (quatro) anos e, também, as circunstâncias como personalidade, antecedentes, conduta social – delineados no comando do art. 59, do Código Penal – devem ser favoráveis. Este é o escólio doutrinário de Júlio Fabbrini Mirabete⁷:

⁷“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

“(…) há condenados cujo tipo de personalidade e cuja atitude consciente de aceitação da sentença condenatória e da pena aplicada fazem com que se submetam à disciplina do estabelecimento penal sem conflitos e sem intentar fuga.(…)

Determina o art. 93 que a Casa de Albergado se destina ao cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. A denominação Casa de Albergado (ou seja, prisão-albergue), para designar o estabelecimento destinado ao condenado em regime aberto, é uma expressão feliz porque se refere a uma simples prisão noturna, sem obstáculos materiais ou físicos contra a fuga. A segurança, em tal estabelecimento, resume-se ao senso de responsabilidade do condenado. A prisão-albergue constitui-se uma modalidade ou espécie do gênero prisão aberta, experiência que em outros países é conhecida com denominações que equivalem, em português, a ‘prisão noturna’ ou ‘semiliberdade’. Outra espécie de prisão aberta é a denominada prisão domiciliar, prevista na nova lei ao mencionar ‘regime aberto em residência particular’”.

Destinam-se ao regime aberto os condenados aptos para viver em semiliberdade, ou seja, aqueles que, por não apresentarem periculosidade, não desejarem fugir, possuírem autodisciplina e senso de responsabilidade, estão em condições de dele desfrutarem sem porem em risco a ordem pública por estarem ajustados ao processo de reintegração social. (…)”

Contudo, diz ainda a Lei de Execução Penal que o prédio da Casa de Albergado será situado em centro urbano (art. 94) e, ainda, peremptoriamente, que *cada região deverá ter uma Casa de Albergado* (art. 95):

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

- I - condenado maior de setenta anos;
- II - condenado acometido de doença grave;
- III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV - condenada gestante”.

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

Diz ainda no art. 203, § 2º, que:

“Art. 203. No prazo de seis meses, a contar da publicação desta lei, serão editadas as normas complementares e regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

(…)

§ 2º. Também, *no mesmo prazo*, deverá ser providenciada a *aquisição* ou *desapropriação de prédios* para instalação de *casas de albergados*” (grifos nossos).

Apesar da determinação legal de cumprimento da pena no regime aberto em Casa de Albergado e, ainda, apesar da assinalação de prazo para instalação dos prédios respectivos, alguns Estados não atenderam a tais prescrições. Assim, muitos não dispõem de “Casas de Albergado”.

Com isto exsurgiu a seguinte questão: o agente condenado a cumprir pena em regime aberto, Casa de Albergado, pode cumpri-la em regime domiciliar, mesmo fora das hipóteses permitidas para este regime, *quando não existir a referida “Casa de Albergado”?*

Entenda-se: o regime aberto pode ser cumprido em “Casa de Albergado” e “em regime domiciliar”.

Contudo as hipóteses para o regime domiciliar são as descritas, taxativamente, no verbete do art. 117 da Lei de Execução Penal⁸. Se o agente foi condenado a cumprir pena no regime aberto “albergue” – porque não abrigado por uma das hipóteses do regime domiciliar do art. 117 – mas não existe “Casa de Albergado”, teria direito, portanto, a cumprir a pena no “regime domiciliar”. *A justificativa* para tanto é *a de que o condenado nada tem a ver com a omissão do Estado* – Poder Público – quanto a não ter cumprido a lei relativamente à instalação da “Casa de Albergado”.

4. Divergência jurisprudencial

A propósito do tema, tem havido acirrado debate e verdadeira controvérsia, quer em sede de doutrina, quer no tocante à manifestação dos Pretórios, principalmente dos Superiores.

Note-se o que diz o magistério de Mirabete:

“A prisão domiciliar foi introduzida no Brasil pela Lei nº 5.256, de 6.4.1967, para recolher o preso provisório à própria

residência nas localidades onde não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que têm direito à prisão especial. Com a introdução do regime aberto na legislação penal, efetuada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977 (art. 29, §§ 5º e 6º do CP), e *diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão-albergue, os aplicadores da Lei penal se depararam com penas alternativas*: admitir o alojamento noturno em celas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de se adequar a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com o recolhimento em sua própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a chamada “prisão-albergue domiciliar”, transformada em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas. A prisão-albergue domiciliar passou assim a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado.

(...) Por isso tornou-se praticamente pacífico, inclusive nos Tribunais Superiores, que o condenado que fizer jus ao regime aberto *tem direito à prisão-albergue domiciliar quando inexistir Casa de Albergado onde possa cumprir a pena* no regime aberto fixado inicialmente ou pela progressão” (grifos nossos).

Na jurisprudência tem-se observado a controvérsia de modo geral entre o entendimento liberal – de se deferir o regime domiciliar quando inexistir Casa de Albergado – e o absolutamente legal de somente deferir o regime domiciliar nos termos da lei (art. 117, da Lei de Execução Penal).

Controvérsia esta que tem levado a uma verdadeira “queda de braço” entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

O Supremo tem entendimento restritivo, como se pode ver dos seguintes arestos:

“Regime aberto em residência parti-

cular. *Habeas corpus* indeferido por não satisfazer aos pressupostos estabelecidos no art. 117 da Lei nº 7.210/84” (STF- HC 66.594/RJ. Relator: Ministro Octavio Gallotti. *DJ*, de 7 out. 1988).

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu plenário, decidiu no sentido de que a prisão-albergue domiciliar somente pode ser concedida nas hipóteses descritas no art. 117 da Lei nº 7.210/84, HC 68.118/2” (STF- HC 69.119-6. Relator: Ministro Carlos Velloso. *DJ*, de 29 maio 1992).

O recolhimento do condenado em residência particular só é compatível com o regime aberto e de acordo com as 4 (quatro) hipóteses do art. 117 da LEP (Lei nº 7.210/84)(STF- HC 69.176-5. Relator: Ministro Paulo Brossard. *DJU*, de 23 nov.1992)”.

Já o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem pontificado precedentes favoráveis à *possibilidade de cumprimento da pena em domicílio*, diante da ausência de Casa de Albergado.

No Recurso Especial 129870. *DJ*, de 8 set. 1997. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, assentou-se:

“Processual penal. Execução. Progressão. Regime aberto. Inexistência de casa de albergado.

1. É admissível a prisão domiciliar na falta de estabelecimento próprio, Casa de Albergado, necessário ao cumprimento da pena em regime aberto”.

“Processual penal. Execução. Inexistência de casa de albergado. Cumprimento da pena em prisão domiciliar. Possibilidade.

1. Inexistindo Casa de Albergado ou estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime aberto, o condenado tem direito de cumpri-la em regime de prisão domiciliar.

2. Aplicação analógica da LEP, art. 117” (Resp. 120.600/DF. Relator: Ministro Édson Vidigal. *DJ*, de 18 ago. 1997).

“Processual penal. *Habeas corpus*. Regime aberto de cumprimento da pena. Falta de estabelecimento adequado. Prisão-albergue domiciliar.

1. Concedido o benefício de regime aberto na sentença condenatória, constitui ilegalidade submeter o sentenciado a regime prisional mais gravoso ante a fal-

ta de casa de albergado ou de esta-bele-cimento adequado. Admissível, no caso, a prisão domiciliar.

2. Ordem concedida. (HC 3.192/RS. Relator: Mininistro Anselmo Santiago. *DJ*, de 14 out. 1996)”.
Note-se, agora, o disposto no Recurso Especial 116.207. *DJ*, 6 out.1997. Relator o Ministro Cid Flaquer Scartezzini:

“Penal. Processual penal – recurso especial – Condenação – regime aberto – inexistência de Casa de Albergado ou estabelecimento similar – prisão domiciliar – admissibilidade.

Na falta de Casa de Albergado, ou de outro local adequado, há que se conceder ao réu sentenciado, condenado a cumprir pena em regime inicial aberto, a oportunidade de cumpri-la em residência particular, sob pena de subverter-se a execução da pena, de um regime menos rigoroso para um mais severo”.

E a fundamentação:

“Sr. Presidente, pelo art. 93 da LEP, ‘a Casa de Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana.

Já o art. 203 e parágrafos do mesmo Diploma Legal dispõem que, no prazo de 6 meses contados da publicação da lei, as unidades federativas em convênio com o Ministério da Justiça devem providenciar a aquisição e desapropriação de prédios para instalação de casas de albergado.

A LEP previu uma situação que não foi atendida pelo Estado e, assim, não pode o condenado sofrer as consequências do inadimplemento oficial.

É por esta razão que sempre defendi o direito do condenado à prisão domiciliar quando inexistir Casa de Albergado ou estabelecimento similar onde possa cumprir pena no regime aberto fixado inicialmente ou pela progressão”.

Já no Recurso Especial 120.595/DF registrou-se o voto-condutor do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

“A execução da pena, no Brasil, evidencia descompasso entre a lei e a realidade. A legislação encerra as recomendações científicas e de tratados internacionais. O cumprimento da pena,

no entanto, é problema comovente. O Estado não implementou os estabelecimentos adequados para o regime semi-aberto e o regime aberto. Quanto ao fechado, sabido, o número é insuficiente, ocasionando a superpopulação carcerária, causa imediata de rebeliões, constantemente exibidas na televisão.

O Judiciário, diante desse quadro, precisa ficar atento, evidenciar sensibilidade a fim de manter o equilíbrio da situação. De um lado, conferir eficácia ao título executório. De outro, ajustá-lo aos meios materiais de que dispõe.

O tema surge, com maior vigor, quando a sentença condenatória estabelece o regime inicial semi-aberto ou aberto. Nessa faixa a regra é a inexistência de estabelecimentos adequados. Enviar, por isso, o condenado à disciplina do regime fechado, além de inconstitucional, fere os princípios da execução (...). O Estado condena porque o delinqüente contrariou o preceito de lei, em seguida, o próprio Estado, com a desculpa de falta de estabelecimento próprio, despreza e impõe execução penal contra a lei, a mesma que busca preservar. Inadequado, iníquo, impor regime de execução mais severo. (...)

O Judiciário precisa repensar essa solução, procurar ajustar-se à realidade. Se não fizer isso, a execução será mero jogo de palavras. E outro dado é importante, não pode ser esquecido: a clientela da execução penal são as pessoas carentes, sem possibilidade de reagir à ilegalidade. Verdadeira iniquidade! (...)

O condenado ao regime inicial aberto não pode, sob o único fundamento de inexistência de Casa de Albergado, ser submetido ao sistema fechado. Configura verdadeira regressão que não deu causa”.

5. Conclusão

A questão, sobre ser absolutamente controversa, como visto, refere-se a uma situação bastante delicada.

Se o agente apenado com regime aberto tem direito a cumprir a pena em Casa de Albergado *não pode, diante da inexistência desta, ser compelido a sofrer a reprimenda*

em regime mais severo.

Impõe-se que o Poder Público providencie, com urgência, a instalação das Casas de Albergado. Enquanto isso não ocorre, afigura-se correta a decisão com tempera-

mentos que permitem o cumprimento da pena em “regime domiciliar”.

Talvez seja a hipótese do próprio Pretório Excelso refletir um pouco mais sobre tão tormentoso tema.