



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Prisão domiciliar como modalidade de cumprimento de pena

Gabriela Pruner Marques

Rio de Janeiro  
2016

GABRIELA PRUNER MARQUES

Prisão domiciliar como modalidade de cumprimento de pena

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2016

## PRISÃO DOMICILIAR COMO MODALIDADE DE CUMPRIMENTO DE PENA

Gabriela Pruner Marques

Graduada pela Universidade do Vale do Itajaí. Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá e em Segurança Pública pela Universidade do Sul.

**Resumo:** A pena serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos e o caráter ressocializador. O cumprimento das penas privativas no Brasil obedece a um sistema progressivo de cumprimento, por meio dos regimes fechado, semiaberto e aberto. Em decorrência de uma deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto, o poder judiciário, conjugando as formas de cumprimento de pena existentes no código penal brasileiro e na lei de execuções penais, criou uma modalidade de cumprimento de pena no regime aberto, ao que jurisprudencialmente se intitulou de prisão albergue domiciliar.

**Palavras-chave:** Direito Penal. Função da pena. Regimes punitivos vigentes. Execução Penal. Prisão domiciliar. Regime aberto. Prisão albergue domiciliar.

**Sumário:** Introdução. 1. Função do sistema punitivo. 2. Regimes punitivos vigentes. 3. Decisões destacadas dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a criação pela jurisprudência de uma modalidade de cumprimento de pena no regime aberto. Procura-se demonstrar que a criação se deu como fruto de uma ineficiência estatal em assegurar ao apenado que cumpra sua pena em estabelecimento adequado.

Para tanto, serão abordadas a legislação pertinente, as posições doutrinárias e as jurisprudenciais a respeito do tema. Seguir-se-á a metodologia bibliográfica, parcialmente exploratória, explicativa e qualitativa, de modo a demonstrar que a nova modalidade não encontra guarida no ordenamento pátrio, realçando a ineficiência estatal nesta política de execução da pena.

A pena, sob o ponto de vista da teoria eclética, ou unitária, serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos, e o caráter ressocializador. Segundo do STF, há uma tríplice finalidade: retribuição, prevenção e ressocialização, ao que se etiqueta de polifuncionalidade da pena.

O cumprimento das penas privativas no Brasil obedece aos ditames do Decreto-Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, o qual tem como escopo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Para tanto, tal disposição normativa traz o sistema progressivo de cumprimento da pena, por meio dos regimes fechado, semiaberto e aberto.

O tema é controvertido, pois, em decorrência de uma deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto, o poder judiciário precisou encontrar uma forma com que os apenados cumprissem suas penas, conjugando as formas de cumprimento de pena existentes no código penal brasileiro e na lei de execuções penais.

Para melhor compreensão do tema, busca-se demonstrar as consequências da deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto, na medida em que o poder judiciário, último poder em que deságuam as deficiências estatais em políticas públicas, precisou criar esta nova modalidade de cumprimento de pena: prisão albergue domiciliar.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com o estudo da pena, de suas teorias e sua tríplice finalidade. O segundo capítulo abordar-se-á os regimes de cumprimento de pena e o sistema progressivo das penas. Para, por fim, trazer a baila os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, destacando-se os posicionamentos dos Tribunais Superiores e, em especial, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

## 1. FUNÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO

A fim de abordar a prisão domiciliar como modalidade de cumprimento de pena no regime aberto, se faz necessário trazer um breve delineamento do direito penal, destacando a escola que influenciou o formato atual do sistema punitivo.

O direito penal é disciplina jurídica pertencente ao ramo interno do direito público. Visando uma conceituação, sob o aspecto formal, esta área do direito é um conjunto de normas que qualifica certos comportamentos humanos como infrações penais, define os seus agentes e fixa as sanções a serem-lhes aplicadas. Já sob o enfoque sociológico, é mais um instrumento, ao lado dos outros ramos do direito, de controle social de comportamentos desviados, visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros do grupo.

O que se convencionou chamar de escolas penais é, em apertada síntese, as diferentes correntes e concepções que buscam explicação ao delito e a justificação da pena, isto é, a legitimidade do direito de punir, a natureza do delito e o fim das sanções<sup>1</sup>. As escolas do direito penal se coadunem aos períodos históricos do direito penal.

No período primitivo do direito penal, as ideais da época eram influenciadas pelo cristianismo, com suas concepções de justiça e humanidade<sup>2</sup>. Já num período intermediário, forma-se a escola clássica, a qual foi orientada pelo livre individualismo e liberalismo, considerando crime fenômeno jurídico e a pena, em sua concepção de castigo, o meio de tutela jurídica.

---

<sup>1</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral 1. 19. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.

<sup>2</sup> LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953, p. 27.

No fim do século XIX, em transição inevitável, em um contexto de desenvolvimento das ciências sociais, surge a escola positivista<sup>3</sup>. Essa escola considera o crime um fenômeno natural e social, e a pena um meio de defesa social<sup>4</sup>. Admitia-se o delito e o delinquente como patologias sociais, assim, a pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo, e pauta-se na personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua perigosidade<sup>5</sup>.

É possível traçar um comparativo, em que escola clássica aceita a responsabilidade moral, ao passo que para a escola positivista, há a responsabilidade legal ou social<sup>6</sup>. De uma visão de individualismo, opôs-se a necessidade de defender o meio social contra as ações do delinquente, a priorizar os interesses sociais<sup>7</sup>.

Outros movimentos surgem, enquanto críticas às escolas clássica e positivista: as novas escolas intermediárias, ou ecléticas, as quais evitam romper completamente com o sistema, mas sim, de forma moderada, se apresentam como evolução as duas primeiras escolas, nos estudos das ciências penais.<sup>8</sup>

Destaca-se o movimento unitário União Internacional de Direito Penal, que ficou conhecido também como escola de política criminal, ou escola sociológica alemã, a qual teve como sucessora a Associação Internacional de Direito Penal, e hoje representa a maior entidade internacional de Direito Penal em atividade, a promover estudos científicos sobre temas das ciências penais<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Ibid., 28.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 103.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid.

<sup>8</sup> Ibid., p. 107.

<sup>9</sup> Ibid., p. 108.

Dentre as principais contribuições da moderna escola alemã, pode-se destacar no que toca a função da pena, o viés finalístico da pena e a substituição das penas privativas de liberdade de curta duração<sup>10</sup>.

Uma segunda escola é a correcionalista, que surgiu na Alemanha e defendia que o único fim da pena é a correção ou emenda do delinquente. Por isso, a sanção penal é vista como um bem ao delinquente, por consequência, tem o direito de exigir a execução da pena, visando a sua própria cura ou emenda.<sup>11</sup>

Constata-se que as escolas penais, cada uma por meio de suas concepções, buscou explicar o delito e justificar a pena. A primeira escola, clássica, se apresenta centrada em uma responsabilidade moral, numa visão mais individualista, enquanto a escola positivista defende a responsabilidade legal ou social, priorizando os interesses sociais frente aos individuais.

As penas, no ordenamento brasileiro, encontram-se previstas no código penal e em legislação esparsa. Em particular, o código penal, concebido durante o Estado Novo, em 1937<sup>12</sup>, sofreu a influência da escola positivista, dessa forma, prioriza os interesses sociais e a convivência harmônica em sociedade.

Porém, algumas foram às leis que buscaram reformas contemporâneas à codificação, destacando-se a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que introduziu a nova parte geral, buscando a humanização das sanções penais e adoção de penas alternativas à prisão<sup>13</sup>, o que denota a influência das escolas intermediárias, buscando um viés finalístico da pena, a substituição das penas privativas de liberdade de curta duração e ressocialização do condenado.

---

<sup>10</sup> PRADO, Luiz Régis e BITENCOURT, Cezar Roberto, apud BITENCOURT, op. cit., p. 110.

<sup>11</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 112.

<sup>12</sup> Ibid., p. 91.

<sup>13</sup> Ibid., p. 91/92.

Para Cezar Roberto Bittencourt<sup>14</sup>, num apontamento crítico sobre o sistema punitivo brasileiro, assevera que:

Embora tenhamos um dos melhores elencos de alternativas à pena privativa de liberdade, a falta de vontade política de nossos governantes, que não dotaram de infraestrutura nosso sistema penitenciário, tornou, praticamente, inviável a utilização da melhor política criminal – penas alternativas –, de há muito consagrada nos países europeus. (...) teremos mais um diploma legal a não ser cumprido, incentivando ainda mais a impunidade, com o consequente aumento de insegurança social.

O destaque dado pelo autor, diante da ineficiência estatal com políticas públicas, vai ao encontro do tema central desta pesquisa, na medida em que se busca mostrar que, por contra da ausência de casas de albergado, logo, infraestrutura, precisou-se buscar uma nova modalidade de cumprimento de pena no regime aberto.

Novamente, a escassez de políticas públicas, unida a ineficiência do sistema prisional, traduz no incremento da violência, e por consequência, na maximização do direito penal, trazendo leis mais rígidas, como se essa fosse à alternativa aos problemas apresentados a essa área do direito. A bem da verdade, o que se passa a ter é a segregação social, por meio da constrição da liberdade daquele que transgrediu a lei penal, como única alternativa e finalidade do direito penal.

Atualmente, numa visão doutrinária, a pena, sob o ponto de vista da teoria eclética, ou unitária, serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos, e o caráter ressocializador<sup>15</sup>. Segundo o STF<sup>16</sup>, há uma trílice finalidade: retribuição, prevenção e ressocialização, ao que se etiqueta de polifuncionalidade da sanção

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> CUNHA, Junior, Fernando. *Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a posituação penal. Dissonância jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 604, HC 97256/RS, Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm#transcricao1>>. Acesso em: 12 abr. 2016.



penal, esse foi o entendimento esboçado pela Corte, no voto do Relator Ministro Ayres Britto, no julgamento do HC n. 97.256/RS<sup>17</sup>.

Destaca-se que a doutrina aponta o declínio do positivismo, diante da inadequada visão formalista e causal explicativa do direito penal, como fruto da adoção do método indutivo a legitimar o sistema penal. Assim, diante da deficiência da metodologia empregada, buscou-se empregar uma concepção de delito a luz da sociologia e criminologia do delincente, chegando à criminologia.<sup>18</sup>

Ocorre que, a própria criminologia não foi capaz de resolver questões estritamente jurídicas. Por isso, na atualidade, defende-se que a criminologia e a dogmática se inter-relacionam na configuração da política criminal<sup>19</sup>, na busca de um sistema penal, e por consequência, da aplicação da sanção penal e de sua execução, de forma com que se desmitifiquem dogmas clássicos da execução da pena, e passa a defrontar-se com a pena em sua polifuncionalidade.

Esclareceu-se que existem dois tipos de prisões: prisão cautelar e prisão pena, sendo esta última a advinda de condenação penal, a qual comportará a adoção do sistema de progressão de regime, norteadas pela lei que trata da execução penal.

## **2. REGIMES PUNITIVOS VIGENTE NO BRASIL**

A prisão pena é oriunda de uma decisão criminal, a qual ao condenar o autor dos fatos, diante de parâmetros estabelecidos pelo legislador, fixa a pena e estabelece o regime inicial de cumprimento da reprimenda.

---

<sup>17</sup> Segundo entendimento esboçado pela Corte, no voto do Relator Ministro Ayres Britto, no julgamento do HC n. 97.256/RS: “Nos quadros da nossa orientação constitucional e ordinária pode se entender ter prevalecido o que se poderá chamar de 'polifuncionalidade' da sanção penal, ou seja, uma concepção eclética em que se integram as instâncias retributivas e as da reinserção social.”

Ibid.

<sup>18</sup> BITENCOURT, op. cit., p. 113/114.

<sup>19</sup> Ibid.

Os regimes de cumprimento são estabelecidos pelo código penal, em seu art. 33, o qual enumera três espécies: regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. O diferenciador entre os regimes reside no estabelecimento em que será cumprida a pena.

Dessa forma, nos termos art. 33 do CP, o regime fechado é cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média; o regime semiaberto a execução da pena é em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e o regime aberto, a execução da pena se dá em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

Observa-se que, o art. 33, §2º, do CP prevê que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado.

Para tanto, tem-se uma lei penal esparsa que cuida da execução da pena. O legislador brasileiro adotou o sistema vicariante, em que a execução penal busca efetivar as disposições existentes em uma sentença penal condenatória ou decisão criminal. A Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 instituiu a execução penal, que objetiva, além de efetivar as disposições da decisão condenatória, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado, o que traduz a adoção de uma teoria mista ou eclética, com natureza retributiva, preventiva e humanitária da pena.

A execução da pena, atendendo disposição do art. 33, §2º, do CP, dá-se em caráter progressivo, com introdução paulativamente do apenado que teve sua liberdade restringida, ao convívio social, conforme o tempo de cumprimento da pena e seu comportamento. A progressão ocorre por meio da graduação dos regimes punitivos.

Dentre os regimes estabelecidos no ordenamento brasileiro, o regime aberto é aquele que antecede a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena, sendo um regime que se pauta principalmente na autofiscalização e senso de disciplina do próprio apenado, o qual, a princípio, o condenado permanece fora do estabelecimento e sem vigilância, para trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, e retorna

somente à noite e aos dias de folga, para se recolher a casa de albergado, local destinado, segunda a lei de execuções penais, para o cumprimento do regime.

Ocorre que, dentro do atual cenário do sistema prisional brasileiro, esse não suporta o elevado número de pessoas recolhidas ao cárcere, ainda que haja, numa visão contemporânea do direito penal, um movimento constante pelo desencarceramento, dada a evidência que a privação da liberdade daquele que recebe pena não cumpre a totalidade dos objetivos visados pela pena, principalmente, a ressocialização.

Nessa esteira, juristas defendem a falência do sistema prisional brasileiro, pois além do cumprimento de pena não atender aos seus objetivos, não há vagas para que todas as pessoas que recebem medidas de privação de liberdade cumpram adequadamente sua pena, seja por questões de superlotação, de ausência de condições mínimas de dignidade ou de programas que ressocialize o apenado, preparando-o para o retorno ao convívio em sociedade.

A fim de ilustrar o posicionamento acima, destaca-se voto do Ministro Roberto Barroso, o qual pontua que “É fora de dúvida que o sistema punitivo no Brasil não realiza adequadamente nenhuma das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa, nem prevê retribuição na medida certa.”<sup>20</sup>

O juiz e criminalista Rubens Casara, defende a mitologia no processo penal, ao alegar que algumas teorias não conseguem explicar o funcionamento de todo ordenamento, o que acarreta a promulgação de institutos com falhas. Assim, é preciso preencher falhas, para tanto, o preenchimento das falhas no ordenamento se dá através de mitos, isto é, cria a

---

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EP 2 TrabExt-AgR / DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087412> >. Acesso em: 12 abr. 2016.

ideia de que se sabe que não é verdade, porém aceita como verdade, para poder suprir falhas que são insuperáveis pela própria essência do ordenamento.<sup>21</sup>

Disso se conclui o mito da execução penal, em que a pena com função ressocializadora inexistente, contudo, é preciso aceitar que a pena ressocializa, logo, aceita-se um mito. A verdadeira ideia, num viés prático, é de punir as pessoas com o castigo, e não a ressocialização daquele que cumpre pena.<sup>22</sup>

Inegável que se tratando de uma tese, Rubens Casara trabalha com a generalização do instituto, porém, a crítica feita é que não se pode desacreditar totalmente no sistema penal e principalmente na razão de ser da pena, pois possivelmente pensamento tão drástico poderia fazer com que a sociedade atual retornasse ao primeiro período do direito punitivo, chamado de período da vingança, destacando-se, da época, a legislação primitiva do código de hamurabi<sup>23</sup>.

Assim, frente à ineficiência do sistema carcerário e ausência de local adequado ao cumprimento de pena em regime aberto, na sua maioria por inexistir casa de albergado na localidade em que o apenado irá desempenhar suas ocupações laborativas, ou por não haver vagas, os Tribunais Superiores passaram a conceder a chamada prisão albergue domiciliar, como uma fusão do cumprimento de pena que deveria ser em casa de albergado, com a concessão de prisão domiciliar, isto é, liberar o apenado para que à noite e aos finais de semana se recolha à sua residência.

Com a edição da Lei n. 12.258, de 15 de junho de 2010, passou-se a prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que o juiz determinar a prisão domiciliar, nos moldes do seu art. 146-B. Por consequência, os Tribunais conjugaram a prisão albergue domiciliar ao monitoramento

---

<sup>21</sup> CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195/196.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> LYRA, op. cit., p. 23/24.

eletrônico, o que passou a ser denominado no cotidiano das Varas de Execuções Penais de prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico.

A denominação dada tentou fazer uma fusão de diversos institutos penais: casa de albergado, local adequado de cumprimento de pena em regime aberto; prisão domiciliar, como aquela que permite que o apenado se recolha a casa, em situações específicas determinadas em lei, e o monitoramento eletrônico, com utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado.

Todavia, merece ressalva que o projeto de lei, que deu origem a Lei n. 12.258/10, em seu art. 2º, previa um parágrafo único para o art. 146-B da Lei n. 7.210, em que “os usuários da monitoração eletrônica que estiverem cumprindo o regime aberto ficam dispensados do recolhimento ao estabelecimento penal no período noturno e nos dias de folga<sup>24</sup>”. Contudo, vetou-se tal disposição, na mensagem n. 310, de 15 de julho de 2010, pela razão de que a adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal.<sup>25</sup>

Como se observa nas razões do veto, o Senado Federal entendeu que o monitoramento eletrônico aos apenados que cumprem a pena em regime aberto subverte a sistemática da pena, isto porque, o regime aberto já é um regime que por si só se pauta na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

Destaca-se que o cumprimento de pena em prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico é criação jurisprudencial, inexistindo qualquer previsão legal quanto a possibilidade de concessão da prisão domiciliar por inexistência de vaga ou de local adequado para o cumprimento de pena.

---

<sup>24</sup> BRASIL, Senado Federal. Mensagem n. 310, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>25</sup> Ibid.

No ordenamento brasileiro há duas previsões distintas de prisão domiciliar, uma primeira, como espécie de prisão preventiva, no código de processo penal, em seus artigos 317 e 318, e a segunda prevista na Lei n. 7.210/84, como forma de cumprimento de pena no regime aberto, em seu art. 117.

Por consequência lógica da diferença de natureza dos institutos, a prisão domiciliar prevista no código de processo penal é concedida em casos mais específicos, com requisitos mais rígidos, enquanto a prisão domiciliar prevista na lei de execução penal, pelo apenado já estar no regime mais brando de cumprimento de pena, traz requisitos mais elásticos, por acreditar que este possui o senso de responsabilidade e autodisciplina, para estar naquele regime, e, igualmente, por estar próximo ao integral cumprimento da pena estar-se-á ressocializado.

As causas que ensejam à concessão de prisão domiciliar no regime aberto, segunda a lei de execuções penais, estão taxativamente previstas no art. 117<sup>26</sup>:

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.

Em estrita observância a redação do artigo, inexistente qualquer previsão de concessão de prisão domiciliar em caso de inexistência de casa de albergado na localidade, ou inexistência de vaga.

Entretanto, os Tribunais entendendo que o apenado não pode suportar a ineficiência do Estado em manter o estabelecimento adequado ao cumprimento da pena em regime aberto, passaram a conceder a prisão albergue domiciliar com monitoramento eletrônico.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

### 3. DECISÕES DESTACADAS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A fim de analisar a concessão da prisão domiciliar ao cumprimento da pena em regime aberto, apontar-se-ão julgados sobre a temática.

Em decisão, o STF, no RE n. 641320/RS, de Relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, reconheceu a repercussão geral em tema n. 423, sobre o cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado<sup>27</sup>, recurso extraordinário pendente de julgamento pelo plenário do Tribunal, com pedido de vista dos autos pelo Ministro Teori Zavascki<sup>28</sup>.

Em decisões fracionárias, constata-se que a Suprema Corte posiciona-se no sentido de que “Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância das decisões judiciais, descabendo inviabilizar o cumprimento da pena no regime menos gravoso a que tem jus o reeducando, o réu, ante a falência do sistema penitenciário”<sup>29</sup>, pois posicionamento diverso importaria na violação do art. 1, III e art. 5, XLVI e LXV, todos da CRFB/88. Por consequência, “Inexistindo lugar para o pernoite em casa do albergado, implementa-se a denominada prisão domiciliar”<sup>30</sup>.

O STJ tem entendido que a concessão da prisão domiciliar para cumprimento do regime aberto deve se dar tão somente aos casos em que fique comprovada a inexistência de vaga para cumprimento da pena em estabelecimento adequado, conforme se constata da

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REPERCUSSÃO GERAL NO RE 641320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626538>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>28</sup> Conforme andamento processual, disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4076171&numeroProcesso=641320&classeProcesso=RE&numeroTema=423> >. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 113718/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio.

Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7695157>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>30</sup> Ibid.

decisão prolatada AgRg no HC 261.998/RS<sup>31</sup>, da sexta turma, julgado em 14/05/2013, a qual é clara, trazendo entendimento de que “a inércia do Estado em disponibilizar vagas ou até mesmo estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime aberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda em prisão domiciliar”.

A quinta turma do STJ, com atribuição para julgamento de matérias criminais, com a sexta turma desse Tribunal, decidiu em igual sentido, de que cabe a concessão de prisão domiciliar para cumprimento de pena em regime aberto quando inexistir vagas.

Julgado interessante afeto a quinta turma do STJ que merece ser destacado, é em hipótese que o apenado requereu a concessão da prisão domiciliar em razão do estabelecimento apresentar instalações precárias, entendendo a turma, no HC 89.116/RS, que “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”<sup>32</sup>.

A construção jurisprudencial para a concessão de prisão domiciliar, além de despertar críticas por ausência de previsão legal, nos casos de inexistência de vagas em casa de albergado, ocasiona discussões quanto à violação ou não do princípio da isonomia, pois o apenado que progride em momento que há vaga, tem que se recolher à casa do albergado no período noturno e nas folgas, já aquele que progride em momento que inexistente vaga, é

---

<sup>31</sup> [...] Esta Corte tem entendido que a inércia do Estado em disponibilizar vagas ou até mesmo estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime aberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda em prisão domiciliar. [...] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 261.998/RS. Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202701662&dt\\_publicacao=24/05/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202701662&dt_publicacao=24/05/2013)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

<sup>32</sup> [...] 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). [...] BRASIL. Habeas Corpus 89.116/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200701966039&dt\\_publicacao=03/12/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701966039&dt_publicacao=03/12/2007)>. Acesso em: 17 mar. 2016.



beneficiado com a concessão da prisão domiciliar, devendo igualmente se recolher à noite e às folgas, contudo, no seu lar, o qual, provavelmente terá condições mais cômodas e confortáveis de que a casa de albergado.

Os Tribunais não foram instados a se manifestarem sobre possível violação conforme destacado, apenas se faz a observação em nível acadêmico, visando amadurecimento em face da posição adotada pela jurisprudência.

No que se refere ao entendimento sobre a prisão albergue domiciliar, no TJRJ, destaca-se que as câmaras com atribuição para julgamento em matérias criminais, possuem posicionamento favorável quando devidamente demonstrada à inexistência de vagas, dado que o Estado do Rio de Janeiro possui casas de albergado.

Porém, conforme já observado quanto uma possível violação do princípio da isonomia, pois o apenado que progride em momento que há vaga, tem que se recolher à casa do albergado e aquele que progride em momento que inexistente vaga, é beneficiado com a concessão da prisão domiciliar, tal situação tem gerado decisões na Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro com a concessão automática da prisão albergue domiciliar, sem avaliação sobre a existência de vagas.

A título ilustrativo, destaca-se agravo de execução penal julgado pela 1ª câmara criminal do Tribunal, entendendo que “muito embora exista vaga na casa de albergado, a decisão do Juízo Executório se mostra em consonância com os princípios que regem a execução penal”<sup>33</sup>.

Em contrapartida, destaca-se voto do vogal vencedor Desembargador Carlos Eduardo Roboredo, o qual entende que a jurisprudência admita a flexibilização do cumprimento de pena em regime aberto quanto aos requisitos do art. 117 da lei de execuções

---

<sup>33</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0042808-30.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Antônio Jayme Boente. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CB95CEDBA33278B5B0AA6B7A0C424D4EC5034F523C1A&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

penais, porém, tão somente, nos casos que inexistassem vagas nos estabelecimentos adequados ao cumprimento, sendo desnecessário que haja casa de albergado na comarca que reside o apenado.<sup>34</sup>

No julgamento em questão, restou vencido o Desembargador Paulo Rangel, o qual defende que a prisão albergue domiciliar se traduz em meio termo para regular execução penal, propiciando maior acompanhamento do apenado por intermédio do monitoramento eletrônico, evitando o desajuste entre a aplicação do regime aberto e as disposições trazidas no art. 5, LXVIII, da CRFB/88, bem como, melhor viabiliza a “reintegração social através da progressão, harmonizando-se a exigência legal com a realidade social do país”<sup>35</sup>.

Portanto, embora pareça, de imediato, uma solução adequada a concessão de prisão albergue domiciliar a apenado que cumpra pena em regime aberto e inexista vaga em casa de albergado, inegável que a temática traz consequências práticas e levanta novas discussões sobre a finalidade da pena e da execução penal.

Merece destaque voto da Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira, ao dispor que o Estado do Rio de Janeiro tem casas de albergado e “a excepcionalidade e a provisoriedade de uma decisão que autoriza a prisão domiciliar é decorrente do próprio fundamento de existência, que é a falta de vagas em estabelecimento correlato”<sup>36</sup>. Conclui aduzindo que o

---

<sup>34</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal nº: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>35</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal nº: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

<sup>36</sup> [...] COM RAZÃO O MP: Trata-se de apenado condenado a 04 anos e 08 meses de reclusão pela prática do crime de roubo circunstanciado, estando o término de sua pena previsto para 13/04/2017. Alega, em síntese, que o Juiz da VEP concedeu, de forma automática, o benefício na modalidade de PAD, sem observância do preceito legal. Que a excepcionalidade e a provisoriedade de uma decisão que autoriza a prisão domiciliar é decorrente do próprio fundamento de existência, que é a falta de vagas em estabelecimento correlato. Da análise dos autos, conclui-se que o agravado não se enquadra em qualquer das hipóteses mencionadas na legislação em comento, não havendo razão para concessão de prisão domiciliar, espécie de prisão excepcional e destinada apenas para os condenados que se inserem nas situações dos incisos do art. 117, cujo rol é taxativo. Ademais, restou comprovado à existência de unidades prisionais de regime aberto neste Estado, bem como a existência de vagas nas referidas unidades. Note-se ainda, que o art. 114 da LEP faz elencar as regras de

rol do art. 117 da lei de execuções penais é taxativo, não se enquadrando o apenado em qualquer das hipóteses mencionadas na legislação, não há razão para concessão de prisão domiciliar, espécie de prisão excepcional.

Portanto, resta evidente, por meio das decisões destacadas acima, tanto em sede dos Tribunais Superiores, como no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que a prisão albergue domiciliar é concedida, de forma majoritária, nos casos em que resta provada a inexistência de vagas na casa de albergado, não devendo o apenado cumprir pena em regime mais severo por carência estrutural do Estado, ao passo que se admite, portanto, a flexibilização do rol do art. 117 da lei de execuções penais, que se ocupa das hipóteses que ensejam o deferimento de prisão domiciliar.

Inegável, conquanto, que a flexibilização da jurisprudência gera por vezes tratamentos não isonômicos, na situação em que o apenado progride ao regime aberto e há vagas na casa de albergado, devendo, nos termos das decisões destacadas, cumprir sua pena em tal local, este, conforme o código penal, o estabelecimento adequado, visando a polifuncionalidade da pena.

## **CONCLUSÃO**

O Direito Penal é mais um instrumento, ao lado dos outros ramos do Direito, de controle social de comportamentos desviados, visando assegurar a necessária disciplina social, bem como a convivência harmônica dos membros da coletividade.

---

autorização com a finalidade de se permitir o acesso do condenado, que cumpre pena privativa em regime semiaberto em regime menos gravoso. [...]  
BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0001030-80.2014.8.19.0000 . Relatoria: Des. Gizelda Letão Teixeira. Disponível em: <  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FF738C6AF76780BE4D862A7440AEFEDFC5030A324F53> >. Acesso em: 13 abr. 2016.

A pena, sob o ponto de vista da teoria eclética, serve como retribuição àquele que transgrediu a norma penal, aliada a prevenção de novos delitos, a reincidência, e o caráter ressocializador.

Por sua vez, o cumprimento das penas privativas no Brasil obedece aos ditames do Decreto-Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, o qual visa efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a integração social do condenado. Para tanto, tal disposição normativa traz o sistema progressivo de cumprimento da pena, por meio dos regimes fechado, semiaberto e aberto.

Em especial, o regime aberto, deve ser cumprido em casa de albergado, que consiste em um prédio em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos penitenciários, e caracteriza-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Para tanto, segundo o art. 94 do Decreto-Lei n. 7.210, em cada região haverá, pelo menos, uma casa do albergado.

Contudo, constatou-se que diante da ineficiência estatal para manutenção e fomentação do sistema penitenciário brasileiro, aliada a elevada população carcerária brasileira, àquele que cumpre pena em regime aberto, por vezes, acaba cumprindo sua pena em regime mais gravoso, diante da ausência de casa do albergado ou ausência de vagas nessas casas.

Nesses termos, há um grande problema em conjugar os direitos dos presos, os deveres estatais e a disposição legal. A questão chegou ao poder judiciário, o qual foi instado a resolver a problemática do cumprimento de pena no regime aberto diante da indisponibilidade de estabelecimento prisional adequado.

Para tanto, buscou encontrar um meio termo, de forma a não submeter o apenado à situação mais gravosa, e concomitantemente, apurar uma forma de cumprimento que atenda

os fins buscados pela pena, destacando-se, principalmente, a ressocialização do preso, tendo em vista que o regime aberto se perfaz muito próximo ao término do cumprimento da pena.

Diante deste cenário, a solução encontrada foi a chamada prisão albergue domiciliar, a qual não encontra guarida legal, conquanto, é largamente reconhecida pelos Tribunais Superiores, em específico caso, provado a inexistência de vagas no estabelecimento adequado.

Conclui-se, por fim, que a prisão albergue domiciliar é uma realidade, podendo-se ousar em dizer que é uma nova modalidade de cumprimento de pena, já que o Estado, dentro das escolhas trágicas que o administrador estatal precisa fazer para priorizar certas políticas públicas, o sistema carcerário brasileiro carece de investimentos, portanto, a fim de que o apenado não seja penalizado em cumprir pena em regime mais severo, a única solução encontrada, a qual deveria ser momentânea, mas se consolida quase que como regra na jurisprudência, é a concessão de prisão domiciliar, pela inegável deficiência estatal na manutenção de estabelecimentos adequados ao cumprimento de pena no regime aberto.

O poder judiciário inovou ocupando a função do legislador, com um novo regime, por ser o último poder em que deságuam as deficiências estatais em políticas públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral 1. 19. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Mensagem n. 310, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Msg/VEP-310-10.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 604, HC 97256/RS, Relator: Ministro Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo604.htm#transcricao1>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. EP 2 TrabExt-AgR / DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087412> >. Acesso em: 12 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no RE 641320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626538>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 113718/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7695157>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 261.998/RS. Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Disponível em: <  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202701662&dt\\_publicacao=24/05/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202701662&dt_publicacao=24/05/2013)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 89.116/RS, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em:  
 <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200701966039&dt\\_publicacao=03/12/2007](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701966039&dt_publicacao=03/12/2007)>. Acesso em: 17 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0042808-30.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Antônio Jayme Boente. Disponível em:  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004CB95CEDBA33278B5B0AA6B7A0C424D4EC5034F523C1A&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n°: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em:  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n°: 0059928-86.2014.8.19.0000. Relator: Desembargador Paulo Rangel. Disponível em:  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004E72085AE8EF4C85722FF120E42280C29C5034E303D08&USER=>. Acesso em: 13 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Agravo de execução penal n. 0001030-80.2014.8.19.0000 . Relatoria: Des. Gizelda Letão Teixeira. Disponível em: <  
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004FF738C6AF76780BE4D862A7440AEFEDFC5030A324F53> >. Acesso em: 13 abr. 2016.

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Junior, Fernando. *Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social com a positivação penal. Dissonância jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953.