

# 5

## CUMPRIMENTO DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE EM MEIO ABERTO E AUSÊNCIA DE VAGAS EM CASAS DO ALBERGADO: UM ESTUDO SOBRE A SITUAÇÃO VIVIDA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

**Gustavo Henrique Moreira do Valle**

A ausência de vagas em casas do albergado no Estado de Minas Gerais – estabelecimentos penais destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana, *ex vi* do art. 93 da Lei n. 7.210/84<sup>1</sup> – constitui fato público e notório, sendo prova maior disso a circunstância de haver, em todo o Estado, conforme se colhe do *site* da Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais<sup>2</sup>, apenas duas casas do albergado<sup>3</sup>, quais sejam, “Casa do Albergado José de Alencar Rogêdo – CAJAR”, situada na Rua São Sebastião, n. 148, Centro, Juiz de Fora, Minas Gerais, com capacidade para 72 (setenta e dois) albergados, e “Casa

<sup>1</sup> É interessante se destacar que a introdução do regime aberto na legislação penal brasileira, com a criação da “prisão-albergue, espécie do regime aberto”, se deu com a edição da Lei n. 6.416, de 24 de maio de 1977.

<sup>2</sup> Disponível em: <[http://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com\\_content&ask=view&id=288&Itemid=>](http://www.seds.mg.gov.br/index.php?option=com_content&ask=view&id=288&Itemid=>). Acesso em: 25 jun. 2009.

<sup>3</sup> Destaca-se que há, no Estado de Minas Gerais, outras casas do albergado, decorrentes de convênios administrativos ou de iniciativas locais, mas que não integram a Secretaria de Estado de Defesa Social, de modo que, não fazendo parte, ao menos oficialmente, do sistema de execução de penas sob administração do referido órgão público, não estão sendo consideradas no presente estudo.

do Albergado Presidente João Pessoa – CAPJP”, situada na Rua Ribeirão, n. 112, Bairro São Francisco, Belo Horizonte, Minas Gerais, com capacidade para 64 (sessenta e quatro) albergados.

Assim sendo, considerada essa evidente deficiência do sistema de execução de penas privativas de liberdade no Estado de Minas Gerais, buscamos, com o presente estudo, examinar qual deverá ser, neste Estado, e enquanto se mantiver a presente realidade, a forma de cumprimento das penas em meio aberto pelos reeducandos.

Inicialmente, quanto ao descumprimento, pelo Estado de Minas Gerais, do comando inserto no *caput* do art. 95 da Lei n. 7.210/84, no sentido de que haverá, em cada região, pelo menos, uma casa do albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras, é de se destacar que a própria Lei n. 7.210/84, em suas disposições finais e transitórias, estabeleceu que, no prazo de 06 (seis) meses, contados da publicação da referida Lei (ocorrida em 13 de julho de 1984), “deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados” (§ 2º de seu art. 203), sendo que a sanção pelo descumprimento dessa norma foi estampada no § 4º do art. 203 da Lei n. 7.210/84:

O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

Contudo, o fato é que não se tem notícia de suspensão de ajudas financeiras destinadas ao Estado de Minas Gerais pela União Federal, e isso por um fato bastante evidente: não há, ao menos no atual estágio, e consideradas as notórias dificuldades financeiras experimentadas por todos os Estados da Federação, nenhuma condição de se cumprir, integralmente, a Lei n. 7.210/84, sendo materialmente impossível ao Estado de Minas Gerais, sob a ótica financeira, a manutenção, em cada região, pelo menos, de uma casa do albergado.

Posta essa inafastável realidade, que não é só do Estado de Minas Gerais, estendendo-se para todo o Brasil, permanece a questão: inexistindo casa do albergado, como cumprirá a pena aquele reeducando que fizer jus ao regime aberto?

A questão, ao menos se examinada sob o ângulo objetivo, é polêmica.

No Supremo Tribunal Federal, o tema foi discutido, pelo Pleno, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 68.012, oriundo do Estado de São Paulo, relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria de 06 (seis) votos contra 05 (cinco), decidiu (relator para o acórdão o Ministro Celso de Mello) que não há, pelos reeducandos, na ausência de vaga em casa do albergado, direito ao cumprimento da pena em prisão-albergue domiciliar (julgamento finalizado em 19 de dezembro de 1990):

‘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. CONSTITUINDO REGRA DE DIREITO SINGULAR, TORNA-SE ELA INEXTENSÍVEL E INAMPLIÁVEL À 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.

Contudo, nesse julgamento, notáveis Ministros restaram vencidos: Ministro Sepúlveda Pertence; Ministro Marco Aurélio; Ministro Paulo Brossard; Ministro Célio Borja; e Ministro Aldir Passarinho.

Com o brilho que lhe é costumeiro, o Ministro Sepúlveda Pertence, nesse julgamento, assentou, em seu voto:

Data venia, o art. 117 cuida, sim, de exceções ao recolhimento noturno do condenado à casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, que, este sim, é a regra geral do regime aberto de cumprimento da pena.

Não, definitivamente não – permitam-se a ênfase – de exceção ao recolhimento à prisão comum do condenado a que se reconheceu o direito à progressão para o regime aberto.

Este recolhimento à prisão comum não pode ser a regra geral, em relação à qual as hipóteses do art. 117 LEP, constituíssem as exceções, precisamente porque não pode ser regra geral o que é contrário à própria definição legal do regime de cumprimento da pena a aplicar-se.

Ainda nesse julgamento, é de se destacar indagação veemente, feita pelo Ministro Aldir Passarinho em seu voto:

Ora, se já possuí o sentenciado aquelas condições pessoais de índole objetiva e subjetiva que lhe permitem ficar no regime aberto, porque devemos deixá-lo sem essas possibilidades de sustento e de ressocialização, mantendo-o em regime mais rigoroso, se a culpa é do Estado em não possuir a Casa do Albergado, quando lhe podemos proporcionar, dentro do regime aberto, a prisão domiciliar, na qual poderá trabalhar e ressocializar-se, já que lhe foi reconhecido encontrar-se em condições para que tal ocorra?

No Superior Tribunal de Justiça, a questão já foi, por diversas vezes, enfrentada, sendo que a orientação jurisprudencial dominante, naquele sodalício, pode ser exemplificada por meio desta ementa:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM CASA DE ALBERGADO. CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR ATÉ A DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA. POSSIBILIDADE.

1. **A teor do entendimento desta Corte, admite-se a concessão da prisão domiciliar ao apenado**, cumprindo pena em regime aberto, que se enquadre nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal ou, excepcionalmente, como no caso em tela, **quando se encontrar cumprindo pena em es-**

**tabelecimento compatível com regime mais gravoso, por inexistência de vagas em casa de albergado.**

2. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, 5ª Turma, REsp 919661 / RS, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.02.08, unânime)

Por fim, no âmbito do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a jurisprudência ainda não se encontra pacificada, como se vê pelo cotejo exemplificativo destas duas ementas de julgados:

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REGIME ABERTO – AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRÓPRIO – PRISÃO DOMICILIAR – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. A ausência de estabelecimento adequado para a satisfação da pena no regime aberto possibilita a concessão provisória de prisão domiciliar. O cumprimento da pena em regime mais gravoso do que o determinado colide com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da individualização da pena.**

(TJ/MG, 4ª Câmara Criminal, Agravo de Execução Penal nº 1.0000.09.501932-9/001, Rel. Des. Herbert Carneiro, j. 09.09.09, unânime)

**HABEAS CORPUS – REGIME ABERTO – PRISÃO DOMICILIAR – IMPOSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA DO ART. 117, LEP – ORDEM DENEGADA. – Fora das hipóteses do art. 117, da LEP, não cabe o benefício da prisão domiciliar, razão pela qual o condenado a cumprir pena em regime aberto deve aguardar o surgimento de vaga em estabelecimento prisional adequado, sob pena de consagração da impunidade. – Ordem denegada.**

(TJ/MG, 5ª Câmara Criminal, *Habeas Corpus* nº 1.0000.09.496206-5/000, Rel. Des. Hélcio Valentim, j. 26.05.09, unânime)

Quanto à seara doutrinária, destacamos a lição de Julio Fabbrini Mirabete (2007, p. 467/468), que, após assinalar que “A circunstância de, eventualmente, não existir na comarca a Casa do Albergado não quer dizer que o Estado deve deixar de executar a pena privativa de liberdade regularmente aplicada”, anota que “quando o Estado não está aparelhado para oferecer o estabelecimento prisional adequado, de sorte que se possa observar, rigidamente, a progressão legalmente determinada, o direito do condenado que faz jus ao regime aberto não pode ser obstado com essa omissão”.

Por sua vez, Rogério Greco (2007, p. 505/507), afirmando que o reeducando tem “direito subjetivo em cumprir aquilo que lhe foi imposto na sentença condenatória”, é peremptório ao sublinhar que

não pode o condenado cumprir sua pena em regime mais rigoroso, por desídia do Estado, se foi determinado na sentença condenatória que o cumprimento se daria em regime aberto, ou seja, em casa do albergado ou estabelecimento similar. Nessa hipótese, entendemos que, se não existe qualquer dos estabelecimentos previstos na alínea *c*, do § 1º do art. 33 do Código Penal, excepcionalmente, poderá o condenado cumprir sua pena em prisão domiciliar.

Para Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 483), que defende a abolição do regime aberto caso se mantenha a falta de interesse político em sua concretização, a inexistência de casas do albergado em número suficiente

levou a gravíssimos fatores ligados à impunidade e ao descrédito do Direito Penal. Há décadas, muitos governantes simplesmente ignoram a sua necessidade. Por isso, o Judiciário foi obrigado a promover a inadequada analogia, porém inafastável, com o art. 117 desta Lei. Passou-se a inserir o condenado em regime aberto na denominada *prisão albergue domiciliar* (P.A.D.).

Por fim, Renato Marcão (2009, p. 145), após criticar a quase absoluta ausência de casas do albergado em funcionamento no Brasil, bem como após expor o panorama jurisprudencial sobre o tema, reconhece que

a realidade prática impõe, todos os dias, a concessão de albergue domiciliar a quem deveria expiar sua reprimenda no regime aberto, em casa de albergado, isso em razão da ausência de estabelecimento adequado e da falta de outra opção razoável.

Explicitados, ainda que de forma exemplificativa, os panoramas jurisprudencial e doutrinário sobre o tema, anotamos que, em nosso sentir, não pode o Estado-Juiz determinar, àquele que faz jus ao cumprimento de sua pena privativa de liberdade em meio aberto, situação mais gravosa do que aquela que decorre das normas contidas na Lei n. 7.210/84, sendo que as impossibilidades materiais do Estado de Minas Gerais não podem frustrar os direitos dos reeducandos, no tocante ao cumprimento de suas reprimendas.

Assim, sendo impossível o cumprimento da pena privativa de liberdade executada em meio aberto em casa do albergado, é de se reconhe-

cer, em favor dos reeducandos, o direito ao seu cumprimento em regime de prisão domiciliar, até mesmo por aplicação analógica, *in bonam partem*, do art. 1º da Lei n. 5.256, de 06 de abril de 1967, que, dispondo sobre a prisão especial, determina que

Nas localidades em que não houver estabelecimento adequado ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, o juiz, considerando a gravidade e as circunstâncias do crime, ouvido o representante do Ministério Público, poderá autorizar a prisão do réu ou indiciado na própria residência, de onde o mesmo não poderá afastar-se sem prévio consentimento judicial.

Note-se que a tese que estamos a defender não enseja, propriamente, a ampliação do rol previsto no art. 117 da Lei n. 7.210/84, que é efetivamente taxativo, mas sim, e como bem ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence (conforme transcrição *supra*), o reconhecimento de que esse dispositivo, de natureza exceptiva, tem aplicação apenas quando se está a tratar de execução de pena privativa de liberdade em meio aberto desenvolvida em estabelecimentos adequados, quais sejam, casas do albergado, não sendo possível se admitir que a regra, para o meio aberto, ante a inexistência de vaga em casa do albergado, seja a custódia – ainda que somente no período noturno dos dias úteis e nos sábados, domingos e feriados – em estabelecimentos prisionais próprios para cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto.

É dizer, os reeducandos não têm culpa pela precária estrutura prisional brasileira, não podendo ser penalizados pela inexistência de vaga em estabelecimento que, por força de lei, deveria existir e se encontrar em pleno funcionamento, ainda mais em se considerando os vários anos passados da entrada em vigor da Lei n. 7.210/84.

Entendimento em sentido contrário implica, em nosso juízo, e com respeito às orientações divergentes, em grave descumprimento do princípio constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da Constituição), que, como é cediço, incide em três fases distintas, quais sejam, a fase da cominação, a cargo do legislador, a fase da aplicação, atribuição do juiz da condenação, e, por último, a fase da execução, inaugurada, como esclarece José Antonio Paganella Boschi (2006, p. 67), “com trânsito em julgado da sentença, entre o Estado e o condenado e na qual intervêm, além do juiz e do Ministério Público, outros órgãos da administração pública”.

A respeito do princípio da individualização da pena em sede de execução, Alberto Silva Franco (2000, p. 164) pontua que

mais importante do que a sentença em si é o seu cumprimento, porque é na execução que a pena, cominada em abstrato pelo legislador e ajustada pelo juiz à situação singular, encontra o seu momento de maior concreção. É aí que o processo de individualização chega à derradeira etapa: a da pena real que adere, de modo definitivo, à pessoa do condenado.

É de se destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento, pelo Pleno, do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, ocorrido em 23 de fevereiro de 2006, relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconheceu, de forma explícita, a incidência do princípio da individualização da pena na fase executiva, ao assentar, exatamente por violação a este princípio, a inconstitucionalidade da redação originária do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que estabelecia que a pena por crime hediondo ou equiparado deveria ser cumprida em regime integralmente fechado.

Assim, incidindo o princípio constitucional da individualização da pena em plena potência em sede de execução penal, nota-se que a submissão do reeducando a regime de cumprimento de pena mais gravoso do que aquele a que faz jus, de acordo com as decisões exequendas e os provimentos lançados pelo juiz da execução, importa em contrariedade ao referido princípio, sendo certo que a adoção, para fazer as vezes de casa do albergado, de estabelecimentos prisionais próprios do meio fechado e do meio semi-aberto, ainda que com autorização para saídas diárias, implica em regime de cumprimento de pena mais severo, se consideradas as normas contidas nos arts. 93 a 95 da Lei n. 7.210/84.

Ademais, e em última análise, a negação do direito ao cumprimento de pena em estabelecimento adequado, com imposição de regime mais severo do que aquele que resulta da legislação, implica em violação à própria dignidade do reeducando (art. 1º, inciso III, da Constituição), que é pessoa humana e merece, quanto aos direitos não afastados pela sua condição jurídica de condenado, integral respeito pelo Estado.

Assim, por todo o exposto, concluímos que, até a efetiva implementação, pelo Estado de Minas Gerais, de política destinada à fun-

dação, de forma regionalizada, de casas do albergado que observem os ditames da Lei n. 7.210/84 e possuam capacidade para atender a todos os reeducandos que cumprem pena privativa de liberdade em meio aberto, deverão aqueles não contemplados com vagas nas casas do albergado atualmente existentes cumprir suas penas em residência particular.

Contudo, e para se afastar, do cumprimento de pena em residência particular, a nota da impunidade, entendemos, também, que aos órgãos públicos executivos ligados ao sistema da Lei n. 7.210/84 – responsáveis, em última análise, como integrantes que são do Estado, pela situação de ineficiência existente em relação ao regime aberto de cumprimento das penas privativas de liberdade – cabe a fiscalização efetiva das condições estabelecidas para o cumprimento de pena em meio aberto e em residência particular, em especial no tocante à fiscalização da condição consistente em permanência na residência nos períodos determinados judicialmente, valendo-se, para tanto, e preferencialmente, de instrumentos eletrônicos de monitoramento.

## BIBLIOGRAFIA

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. I. 8. ed., rev., amp. e atua. Niterói: Impetus, 2007.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.