

## REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - PRISÃO-ALBERGUE - FALTA DE VAGA - INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - PRISÃO DOMICILIAR - POSSIBILIDADE

- As deficiências do sistema penitenciário brasileiro não podem resultar na imposição de regime mais gravoso ao educando que preencher os requisitos para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, afigurando-se legítimo deferir-lhe, em face dos princípios constitucionais da individualização da pena e da legalidade, o benefício da prisão domiciliar quando não houver vaga em casa de albergado.

AGRAVO Nº 485.805-7 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Juiz DELMIVAL DE ALMEIDA CAMPOS

### Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo nº 485.805-7, da Comarca de Belo Horizonte, sendo agravante Ministério Público do Estado de Minas Gerais e agravado Anderson Fernandes, acorda, em Turma, a Primeira Câmara Mista do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais NEGAR PROVIMENTO.

Presidiu o julgamento o Juiz Delmival de Almeida Campos (Relator), e dele participaram os Juízes Eli Lucas de Mendonça (1º Vogal) e Edival José de Moraes (2º Vogal).

Belo Horizonte, 23 de fevereiro de 2005.  
- *Delmival de Almeida Campos* - Relator.

### Notas taquigráficas

O Sr. Juiz Delmival de Almeida Campos - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, inconformado com a r. decisão de fls. 14/15, que concedeu ao agravado o benefício da prisão domiciliar, interpôs o presente recurso de agravo

em execução (fl. 02), mediante as razões expostas às fls. 03/09.

Sustenta o d. representante ministerial que a prisão domiciliar foi concedida ao agravado ao arrepio da lei, sendo certo que esta "... traz taxativamente as hipóteses de cumprimento da pena no regime aberto em residência" (fl. 05), não havendo como deferir o benefício ao apenado "... que não satisfaz as condições especialíssimas previstas em lei" (fl. 06). Requereu o provimento do recurso, "... com a revogação da prisão domiciliar concedida a Anderson Fernandes" (fl. 09).

Contra-razões apresentadas às fls. 19/23.

Em juízo de retratabilidade, a decisão recorrida foi mantida (fls. 30/32).

Parecer ministerial da lavra do il. Procurador de Justiça Dr. Vagner Vartuli, às fls. 38/40-TA, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Não obstante os judiciosos argumentos constantes do recurso ministerial, tenho que não assiste razão ao digno recorrente. Explico.

Com relação à matéria posta *sub examine*, entendo que, se é certo que as vagas destinadas aos presos condenados - independentemente do regime - são exíguas em nosso país, devido, principalmente, à inércia do Poder Executivo, é certo também que tal fato não pode, jamais, resultar em prejuízo àqueles, impondo-lhes regime mais gravoso do que o que foi imposto na sentença condenatória, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

A propósito, leciona JULIO FABBRINI MIRABETE:

A prisão-albergue domiciliar só é cabível nas hipóteses do art. 117 da Lei de Execução Penal. Entretanto, quando o Estado não está aparelhado para oferecer 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 por essa omissão. Assim, vários tribunais, com exceção do STF, têm decidido pacificamente que o condenado que fizer jus ao regime aberto tem direito a prisão domiciliar quando inexistir casa de albergado onde possa cumprir a pena no regime aberto (*Execução Penal*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 381/382).

Por analogia, colhe-se entendimento emanado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Criminal. HC. Execução. Desvio. Condenação em regime semi-aberto. Custódia em regime fechado. Constrangimento ilegal. Ocorrência. Ordem concedida.

- Reconhece-se a ocorrência de constrangimento ilegal se demonstrado que a paciente, condenada a regime prisional semi-aberto, encontra-se recolhida em regime fechado.

- Não se pode exceder os limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória. Precedentes.

- *Ordem concedida para determinar que a paciente cumpra, imediatamente, a pena no regime certo, ou, não sendo isto possível, para permitir que aguarde a abertura de vaga no regime semi-aberto em regime aberto, a ser*

*cumprido em casa de albergado ou em regime domiciliar, se inexistente casa de albergado local* (5ª T., HC nº 21.441/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 06.08.02, DJ de 16.09.02, p. 214) - destaquei.

Processual Penal. *Habeas corpus*. Execução penal. Inobservância do regime prisional da sentença. Regime mais severo. Constrangimento ilegal.

- Condenado o réu a cumprir pena em regime prisional semi-aberto, não pode permanecer cumprindo pena em regime fechado, enquanto espera vaga no estabelecimento adequado, resultando em constrangimento ilegal.

- Recurso ordinário provido (6ª T., RHC nº 12.133/SP, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 06.08.02, DJ de 26.08.02, p. 315).

Assim, preenchendo o agravado os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto - reconhecimento desse feito inclusive no próprio édito condenatório, que fixou o regime aberto como sendo o inicial para o cumprimento da pena afliitiva -, tem o direito de gozar de tal benefício. Entendo que tal direito não pode ser desrespeitado em virtude da ineficiência estatal. O que não é admissível, *data venia*, é impor-lhe um regime mais gravoso, que não o fixado na sentença. O princípio da individualização da pena é uma exigência e uma garantia constitucional, devendo o recuperando cumprir sua pena dentro do regime que lhe foi fixado, e não em um regime mais gravoso.

Por fim, bem anotou o d. Juiz *a quo*:

É bem verdade que a LEP só autoriza a concessão da prisão domiciliar nos casos previstos em seu art. 117. *No entanto, a mesma LEP, em seu art. 93, prevê que a pena no regime aberto será cumprida em casa de albergado.* No entanto, a carência de vagas em estabelecimentos destinados a cumprimento da pena em regime aberto, nesta Comarca de Belo Horizonte (...), é uma realidade que tem trazido transtorno para a execução penal.

A decisão ora agravada foi a forma encontrada de se evitar desvio e excesso na execução penal, uma vez que há clara desproporcionalidade entre o comando da sentença condenatória - que fixou o regime aberto para o cumprimento da pena - e o cumprimento da

pena propriamente dito -, que vinha ocorrendo em regime fechado.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, recentemente, quando do julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 13.564/MG, que caracteriza constrangimento ilegal manter o cumprimento de pena em situação mais gravosa que aquela imposta pela sentença condenatória. Transcrevo a ementa do respectivo julgamento, *in verbis*:

'Execução penal. Recurso em *habeas corpus*. Regime aberto. Réu mantido em situação mais gravosa. *Habeas corpus*. Prisão-albergue domiciliar.

- O Estado não pode submeter o condenado a regime mais rigoroso que o estabelecido na condenação, ainda que por pouco tempo e no aguardo de problema administrativo, sendo o caso de concessão de prisão domiciliar ante a falta de estabelecimento adequado a cumprimento em regime aberto. (Precedentes.)

- Recurso provido' (RHC nº 13.564/MG, Rel. Min. Felix Fischer).

O próprio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais contemplou o mesmo entendimento, recentemente, quando do julgamento do Agravo nº 1.000.04.406152-1/001, cuja ementa transcrevo, *in verbis*:

'Agravo. Execução penal. Progressão para o regime aberto. Falta de vaga na casa de albergado. Prisão domiciliar. Admissibilidade. Decisão mantida.

- A falta de vaga em casa de albergado, para a execução da pena em regime aberto, admite a concessão excepcional da prisão domiciliar, inexistente outro local onde possa a pena ser cumprida'.

Ademais, no caso presente, foi concedida a prisão domiciliar, em caráter excepcional, porque o sentenciado não responde a nenhum outro processo, possui boa conduta carcerária (...) e possui emprego certo (...).

Apenas, no caso presente, entendi que a concessão da prisão domiciliar - com todas as obrigações constantes do benefício, que pode vir a ser revogado em caso de descumprimento - apresentou-se como a melhor forma de reinserir o apenado na sociedade, propósito que, sabidamente, não é alcançado dentro das cadeias públicas superlotadas.

Manter o sentenciado na cadeia, mesmo estando em regime aberto e preenchendo todos os requisitos indicados acima, não me parece a melhor alternativa para que obtenha a sua ressocialização. Seria, isto sim, um desestímulo para o apenado, que teria motivo

para não acreditar na Justiça e na sociedade, na medida em que se torna desproporcional o cumprimento da reprimenda em face da pena efetivamente imposta, em claro e evidente desvio de execução.

Finalmente, ressalto, às fls. 14/15 estão arroladas as condições que o sentenciado deverá cumprir, estando em prisão domiciliar, sob pena de revogação do benefício e retorno ao cárcere. Certo é que a revogação da decisão que concedeu a prisão domiciliar ao sentenciado, neste momento, será, sem dúvida, medida mais gravosa para ele e, também, para a sociedade, a causar indignação e atraso humano a um indivíduo que tem emprego num país de milhões de desempregados (decisão mantenedora da decisão recorrida - fls. 30/32).

Nego, pois, provimento ao recurso, mantendo, em todos os seus termos, a r. decisão recorrida.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Juiz Eli Lucas de Mendonça - Acompanho o eminente Relator e também nego provimento ao agravo, já que o condenado não pode ser compelido a cumprir sua pena em regime mais rigoroso do que aquele em que condenado, nem mesmo enquanto aguarda vaga no regime próprio.

Bem asseverou o d. julgador monocrático:

... a decisão ora agravada foi uma forma encontrada de se evitar desvio e excesso na execução penal, uma vez que há clara desproporcionalidade entre o comando da sentença condenatória - que fixou o regime aberto para o cumprimento da pena - e o cumprimento da pena propriamente dito - que vinha ocorrendo em regime fechado.

Esta eg. Corte, a título de precedente, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 466.808-6, da Comarca de Belo Horizonte, paciente Bernardino Conselho de Azevedo, j. em 28.07.04, já decidiu:

Respeitosamente, distancio-me do em. Relator, visto que a determinação de prisão do paciente como requisito para a expedição da guia de execução, por condenação no regime aberto, configura constrangimento ilegal. De fato, quando

nada pelo tempo indispensável à expedição da guia de execução penal, o paciente permanecerá em delegacia cumprindo sua reprimenda em regime carcerário mais rigoroso do que o fixado no *decisum*, o que não se pode tolerar.

Nesse sentido, precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça, RHC nº 5.482/SP, Quinta Turma, Relator o saudoso Ministro Assis Toledo, assim ementado:

‘Execução penal. Regime aberto. Réu em liberdade. Expedição de guia de recolhimento. Prisão em delegacia.

- 1 - Como a sentença condenatória, com trânsito em julgado, deferiu o cumprimento da pena em regime aberto, sem ressalva alguma, constitui constrangimento ilegal submeter o paciente a regime mais rigoroso em delegacia de polícia, ainda que por pouco tempo e no aguardo da expedição da guia de recolhimento.

- 2 - Recurso de *habeas corpus* conhecido e provido parcialmente para assegurar ao paciente o cumprimento de pena nos precisos termos da sentença’.

A solução justa e eqüitativa, assim o penso, já que sem a segregação não há expedição da

guia de execução (nesse ponto a praxe viciosa e a burocracia superam o bom-senso), é deferir ao paciente, de forma provisória, a prisão domiciliar, enquanto se aguarda a formalização de sua execução penal, via expedição da regular guia de execução. Dessa forma o paciente não experimentará o cumprimento de pena em regime mais rigoroso do que aquele em que condenado, e os trâmites necessários à expedição da guia de execução também não serão obstados.

São os fundamentos pelos quais, renovada vênua, divergindo do em. Relator, concedo parcialmente a ordem impetrada, para deferir a prisão domiciliar ao paciente, enquanto aguarda a expedição da guia necessária à sua execução penal, sob condições ao prudente arbítrio do d. juízo da condenação.

Com tais fundamentos, também nego provimento ao agravo, mantendo, *in totum*, a r. decisão agravada.

O Sr. Juiz Edival José de Moraes - De acordo com os votos proferidos.

-:-:-