

A EXECUÇÃO DA PENA E A PRISÃO DOMICILIAR¹

Um ex-Prefeito, condenado a 3 anos e 10 meses de reclusão em regime aberto teve negado o Habeas Corpus nº. 117719 em que se pedia para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou para cumprir a pena em prisão domiciliar. A decisão foi tomada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

Interessa-nos, agora, o segundo pleito da defesa, mesmo porque o primeiro também foi negado. Neste aspecto, o relator do caso, Ministro Teori Zavascki argumentou que o mero receio de ser recolhido à cadeia pública, por falta de estabelecimento prisional adequado ao regime aberto, não lhe garante o recolhimento domiciliar.

Mais uma vez, errou o Supremo Tribunal Federal, ao fazer **tabula rasa** dos direitos e garantias fundamentais do homem, mesmo porque cadeia pública não é e nunca foi (desde 1988) lugar para abrigar condenado ao regime aberto.

Uma pena mais este equívoco da Suprema Corte!

Sabemos que o art. 117 da Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/84/84), estabelece que "*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.*"

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça na Bahia e Coordenador do Centro de Especialização e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público da Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim. Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares – Comentários à Lei nº. 12.403/11”, "Juizados Especiais Criminais", "Comentários à Lei do Crime Organizado" e “Crítica à Teoria Geral do Processo”, todos estes publicados pela Editora LexMagister, Porto Alegre/RS, além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, publicado pela Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Portanto, a princípio, "o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular" só será possível tratando-se de condenado maior de setenta ou acometido de doença grave, ou, em caso de mulher, for mãe com filho menor ou deficiente físico ou mental, ou condenada gestante.

Esta é a regra estabelecida na Lei de Execução Penal, o que não impede que, em determinados casos concretos, haja a flexibilidade judicial para também se admitir o recolhimento domiciliar quando não houver estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena no regime aberto, mesmo porque a deficiência, neste caso, é do Estado, e não do condenado ou da defesa. Cada um que assuma o ônus de suas deficiências e da falta de estrutura do sistema.

Aliás, **mutatis mutandis**, inúmeras são as decisões da Suprema Corte admitindo a execução da pena em regime prisional menos gravoso, quando falta estabelecimento adequado ao regime prisional estabelecido na sentença penal condenatória.

Assim, por exemplo, o Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, deferiu liminar no Habeas Corpus nº. 114607 para garantir que um condenado cumpra sua pena em regime aberto até que surja vaga em estabelecimento adequado no regime semiaberto. Ao decidir, o ministro-relator afirmou que "*de fato, uma das teses sustentadas na inicial encontra amparo na jurisprudência desta Corte, que tem entendimento firme no sentido de que, não havendo vaga no regime semiaberto, não se pode impor ao réu que aguarde, em regime mais vigoroso do que lhe foi imposto, o surgimento de vaga no regime adequado*", explicou o Ministro Lewandowski. Assim, ele concedeu a medida liminar para garantir a F.L.S. o direito de aguardar em regime aberto até o surgimento de vaga adequada para o cumprimento da pena em regime semiaberto.

Também o Ministro Joaquim Barbosa do Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente a ordem do Habeas Corpus nº. 113554 impetrado pela defesa do comerciante S.G.J., para que a Justiça paulista promova a execução da pena de quatro anos de reclusão em estabelecimento penitenciário adequado à execução do regime inicial semiaberto. Em sua decisão o relator destacou que o comerciante não cumpra sua pena em estabelecimento prisional destinado à execução de pena em regime mais gravoso do que o que lhe fora imposto. Ele citou jurisprudência do Supremo no sentido de que, caso não haja vaga no regime semiaberto, o paciente cumprirá a reprimenda em regime mais benéfico até a existência de vaga. Assim, o Ministro concedeu parcialmente **habeas corpus**, de ofício e preventivamente para determinar à Justiça paulista que promovam o início do cumprimento da pena imposta ao comerciante em estabelecimento penitenciário adequado à execução do regime semiaberto, "*sob pena de assegurar-se ao apenado, caso haja óbice da administração penitenciária para executar a ordem no prazo máximo de 72 horas, o direito de permanecer em regime mais benéfico, salvo se por algum motivo deva permanecer preso, até que o Poder Público providencie vaga em unidade prisional apropriada à execução da reprimenda que lhe foi imposta*".

No mesmo sentido, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu ordem determinando que J.E.R., condenado a três anos e seis

meses, em regime semiaberto, cumpra a pena em regime menos gravoso devido à falta de vaga em estabelecimento prisional. O Ministro Gilmar Mendes, relator do Habeas Corpus nº. 110892, votou pela concessão do pedido, para que o acusado cumpra a pena em regime mais benéfico até a existência de vaga no regime fixado na sentença. Ao manifestar seu voto, o Ministro Gilmar Mendes observou que a situação é corriqueira no sistema prisional brasileiro, e que na própria jurisprudência do Supremo encontram-se posicionamentos divergentes sobre se, nesses casos, a pena deve ser cumprida em regime mais gravoso ou mais brando. *“Tenho para mim que o réu não pode arcar com a ineficiência do Estado, que, por falta de aparelhamento, imputa-lhe regime menos gravoso do que o fixado na sentença”*, afirmou.

Outrossim, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal determinou ao juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de Ribeirão Preto que um condenado cumpra em regime aberto, até que haja vaga no regime semiaberto (Habeas Corpus nº. 100695). O Ministro Gilmar Mendes determinou que, diante da noticiada ausência de vagas em regime semiaberto em Ribeirão Preto, o condenado não seja encaminhado ao regime fechado. *“Importante consignar que, nos autos deste Habeas, o impetrante apresentou petição noticiando a prisão do paciente e que, ante a ausência de vaga no regime semiaberto, seria ele encaminhado ao cumprimento em regime fechado. Verifica-se que esta é uma conduta corriqueira no sistema prisional brasileiro. Contudo, o réu não pode arcar com ingerência do Estado que, por falta de aparelhamento, imputa ao condenado regime mais gravoso que o cominado no título judicial. Estou indeferindo da ordem, mas com a ressalva de que, caso não haja vaga no regime semiaberto, o paciente cumpra a reprimenda em regime mais benéfico, até a existência de vaga. O que não pode é ele ser mandado para o regime fechado”*, afirmou o Ministro relator. O Ministro Celso de Mello acompanhou o relator, afirmando que *“não se pode imputar ao condenado uma falha do Estado”*.

Do mesmo modo, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que, não havendo vagas no regime prisional fixado em sentença, o condenado pode começar a cumprir pena em regime mais brando. Seguindo voto-vista apresentado pelo Ministro Dias Toffoli, a Turma concedeu o Habeas Corpus nº. 113334, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça para garantir a R.S. o direito de cumprir a pena em regime aberto, como fixado na sentença, ou em regime mais benéfico, se não houver vagas em casas de albergado ou estabelecimentos prisionais similares no Rio Grande do Sul. O Ministro Dias Toffoli observou que, ao determinar ao juiz da Vara de Execuções Penais cumprimento da pena em regime mais brando, enquanto não houver estabelecimento prisional condizente com a sentença, o Tribunal local não extrapolou sua competência, tendo apenas seguido o que estabelece a lei. Lembrou também que a decisão é condicional, pois estabelece o regime mais brando apenas enquanto não houver vaga em casa prisional que atenda a todos os requisitos da condenação. O Ministro destacou, ainda, que o preso não pode ser prejudicado pela falta do estado em providenciar estabelecimento prisional que atenda a todos os requisitos da Lei de Execução Penal. De acordo com a decisão, ficou assegurado ao sentenciado o direito de iniciar o cumprimento de sua pena em regime condizente com aquele que foi fixado na sentença, não sendo permitido, sob nenhuma hipótese, seu recolhimento a regime mais severo, se constatado pelo juízo da execução competente a inexistência no estado de casa do albergado ou de estabelecimento similar.

Ademais, não esqueçamos que foi promulgada a Lei nº. 12.403/2011, publicada no Diário Oficial da União do dia 05 de maio de 2011, que alterou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal que passou a ter a seguinte epígrafe: “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”.

Uma das medidas cautelares previstas nos novos arts. 317 e 318 está a Prisão Domiciliar, espécie de medida cautelar consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Havendo prova idônea das exigências legais, esta medida cautelar poderá (também) servir como sucedâneo da prisão preventiva quando, dentre outras circunstâncias, a presença (física, moral ou psicológica) do preso (independentemente do parentesco) for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade.

Entendo que, sendo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, preenchidas as exigências legais, um direito subjetivo público do indiciado ou acusado, é passível de ser garantido por meio de **habeas corpus**.

Além destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativamente), a lei estabelece critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar (adequação), a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (**fumus commissi delicti**). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.²

Procura-se, portanto, estabelecer neste Título os requisitos e os critérios justificadores para as medidas cautelares no âmbito processual penal, inclusive no que diz respeito à prisão domiciliar, “pois são regras abrangentes, garantidoras da sistematicidade de todo o ordenamento.”³

Assim, quaisquer das medidas cautelares penais só se justificarão quando presentes o **fumus commissi delicti** e o **periculum libertatis** (ou o **periculum in mora**, conforme o caso) e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção, obedecerá à cláusula **rebus sic stantibus**.

Nesta seara é preciso atentarmos para o princípio da proporcionalidade (em todos os seus aspectos) como, para ilustrar o nosso texto, veremos a seguir:

² Neste mesmo sentido Pierpaolo Cruz Bottini, “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in As Reformas no Processo Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 458.

³ Pierpaolo Bottini, ob. cit., p. 457.

Com efeito, afirma Luiz Flávio Gomes, que “o princípio da proporcionalidade tem base constitucional (é extraído da conjugação de várias normas: arts. 1º., III, 3º., I, 5º., *caput*, II, XXXV, LIV, etc.) e complementa o princípio da legalidade.”⁴

Igualmente, “*el principio de proporcionalidad que, como ya indicado, surgió en el Derecho de policía para pasar a impregnar posteriormente todo el Derecho público, ha de observarse también en el Derecho Penal.*”⁵

Note-se que a Constituição Federal, razoável e proporcionalmente, estabelece regimes penal e processual mais gravosos para autores dos chamados crimes hediondos, a tortura, o tráfico ilícito de drogas, o terrorismo, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ao passo que permite medidas despenalizadoras quando se trata de infração penal de menor potencial ofensivo (cfr. arts. 5º., XLII, XLII e XLIV e 98, I, ambos da Constituição Federal).

Na lição de Sebastián Melo, “*sendo o Direito Penal um instrumento de realização de Direitos Fundamentais, não pode prescindir do princípio da proporcionalidade para realização de seus fins. Esse princípio, mencionado com destaque pelos constitucionalistas, remonta a Aristóteles, que relaciona justiça com proporcionalidade, na medida em que assevera ser o justo uma das espécies do gênero proporcional. Seu conceito de proporcionalidade repudia tanto o excesso quanto a carência. A justiça proporcional, em Ética e Nicômaco é uma espécie de igualdade proporcional, em que cada um deve receber de forma proporcional ao seu mérito. Desta forma, para Aristóteles, a regra será justa quando seguir essa proporção. Nas palavras do filósofo grego em questão, a sua igualdade proporcional representa uma ‘conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo nesta acepção é o meio-termo entre dois extremos desproporcionais, já que o proporcional é um meio termo, e o justo é o proporcional.’*”⁶

Como observa Mariângela Gama de Magalhães Gomes, este princípio “*desempenha importante função dentro do ordenamento jurídico, não apenas penal, uma vez que orienta a construção dos tipos incriminadores por meio de uma criteriosa seleção daquelas condutas que merecem uma tutela diferenciada (penal) e das que não a merecem, assim como fundamenta a diferenciação nos tratamentos penais dispensados às diversas modalidades delitivas; além disso, conforme enunciado, constitui importante limite à atividade do legislador penal (e também do seu intérprete), posto que estabelece até que ponto é legítima a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos.*”⁷

⁴ Penas e Medidas Alternativas à Prisão, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

⁵ Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, “Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal”, Madri: Editorial Colex, 1990, p. 29.

⁶ “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, texto inserto na obra Princípios Penais Constitucionais, Salvador: Editora JusPodivm, 2007, p. 203.

⁷ O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 59.

Para Pedraz Penalva, “a proporcionalidade é, pois, algo mais que um critério, regra ou elemento técnico de juízo, utilizável para afirmar conseqüências jurídicas: constitui um princípio inerente ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, enquanto sua devida utilização se apresenta como uma das garantias básicas que devem ser observadas em todo caso em que possam ser lesionados direitos e liberdades fundamentais.”⁸

Mas, infelizmente, como afirma Francesco Palazzo, “a influência dos valores constitucionais vem, pouco a pouco, crescendo sempre no arco dos tempos, sem que, no entanto, ainda assim as transformações constitucionais tenham logrado produzir a esperada reforma orgânica do sistema penal, inclusive.”⁹

Canotilho explica que são “princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”¹⁰

Pois é... o Supremo Tribunal Federal mais uma vez errou. Rascunhou indevidamente a Constituição Federal, ao invés de interpretá-la à luz dos princípios gerais do Direito.

⁸ **Apud** Mariângela Gama de Magalhães Gomes, “O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

⁹ Valores Constitucionais e Direito Penal, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 117.

¹⁰ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 6ª. ed., p. 1.151.