

TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
OITAVA CÂMARA CRIMINAL

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL N.º 0066763-27.2013.8.19.0000**

AGRAVANTE: MINISTERIO PUBLICO

AGRAVADO: DELCIMAR FERREIRA DA SILVA(RG 25742756-7)

RELATOR: DESEMBARGADOR GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA O DECISO PROFERIDO PELO JUÍZO DA VEP, QUE DEFERIU AO AGRAVADO A PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE AO ABERTO, NA MODALIDADE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR, COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO.** Não estamos diante daquelas hipóteses em que, na ausência de vagas nos estabelecimentos destinados ao regime aberto, se concede **excepcionalmente** a prisão albergue domiciliar até que surjam vagas nos estabelecimentos adequados. O próprio magistrado na decisão agravada e o Ministério Público em suas razões recursais dão conta da existência de vagas, seja na **Casa do Albergado Crispim Ventino** ou na **Casa do Albergado Francisco Spargoli Rocha**. O julgador afirmou que “*entrou em entendimento com o Ministério Público do Estado*” e após a edição da Lei n.º 12.258/2010 resolveu aplicar a prisão albergue domiciliar àqueles apenados que auferem a progressão ao regime aberto. A decisão é, portanto, genérica e não aponta qualquer excepcionalidade

---

L

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL N.º 0066763-27.2013.8.19.0000**  
PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO NA MODALIDADE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR  
AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE  
PROVIMENTO

capaz de lhe dar supedâneo. O Superior Tribunal de Justiça em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, possui solidificado o entendimento no sentido de que **na ausência de vagas em estabelecimento próprio do regime aberto, deve o apenado aguardar em prisão albergue domiciliar o surgimento de vaga**. Vê-se que há uma situação provisória corrigida pelo Poder Judiciário para evitar que o apenado tenha sua situação agravada, pois é direito subjetivo seu, cabendo ao Estado a sua implementação, cumprir a pena nos exatos termos do título judicial exequendo. Não é o que sucede na hipótese vertente. Há notícia nos autos de existência de vagas nos patronatos, sendo certo que a decisão agravada, por questão de política criminal, criou nova modalidade de cumprimento de pena no regime aberto, **tornado regra, o que a Lei de Execuções Penais estabeleceu como exceção** nos quatro incisos, do seu art. 117. Além de afrontar o princípio da legalidade, o deciso agravado arrostou o princípio da individualização da pena, em sua vertente executória, posto que, ao deferir para alguns, genericamente e sem o aponte de qualquer fato excepcional, seja legal (art. 117, da LEP) ou por falta de vagas, estabelece tratamentos díspares para apenados possuidores das mesmas condições objetivas e subjetivas. Vale dizer, para alguns, dormir no patronato é necessário, sob pena até de

---

L

regressão de regime e, para outros, ao mero alvedrio do julgador, isto é desnecessário. É preciso garantir tratamento isonômico a todos os jurisdicionados, a menos que se queira, por vias transversas, estabelecer o direito subjetivo de todos aqueles que hoje estão pernoitando nos patronatos, indistintamente, cumprirem prisão albergue domiciliar e isto somente o legislador ordinário pode estabelecer. É até louvável a iniciativa do julgador da execução, mas não há como substituir a iniciativa legiferante, sendo certo que o STJ já afirmou que **a precariedade do sistema prisional não autoriza, por si só, a concessão da prisão domiciliar** (HC 215.378/RS). Precedente desta Câmara. **RECURSO CONHECIDO E PROVIDO**, com expedição de Mandado de Prisão clausulado ao regime aberto.

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Execução Penal n.º **0066763-27.2013.8.19.0000**, onde figura como Agravante o MINISTÉRIO PÚBLICO e Agravado DELCIMAR FERREIRA DA SILVA,

**ACORDAM** os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que Compõem a Colenda Oitava Câmara Criminal, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DE DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL**, para determinar que o juízo da VEP estabeleça o cumprimento do regime aberto na forma determinada pela Lei de Execuções Penais, expedindo-se para este fim Mandado de Prisão.

---

L

## RELATÓRIO

Cuida-se de um Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público, em face da decisão do juízo da VEP, que deferiu ao apenado DELCIMAR FERREIRA DA SILVA, a progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto, na modalidade prisão albergue domiciliar, com monitoramento eletrônico.

Alega o Ministério Público, em apertada síntese, que a realidade prisional atual desta Unidade Federativa indica que não só há unidades prisionais de regime aberto, quais sejam, **Casa do Albergado Crispim Ventino e Casa do Albergado Francisco Spargoli Rocha** mas também, há nas mesmas vagas para o recebimento daqueles que progridem do regime semiaberto para o aberto, não se justificando a concessão da prisão albergue domiciliar no caso vertente, pois, de fato, há vaga para o ora apenado no regime aberto, como também, este não se enquadrar a modalidade prisional nas hipóteses previstas estritamente no art. 117 da LEP.

A Defesa, em suas contrarrazões de fls. 108 pugnou pelo desprovimento do recurso.

---

L

Juízo negativo de retratação exercitado à fl. 112.

A ilustrada Procuradoria de Justiça, em seu parecer da lavra da Dra. Ecknéa Antonia de Andrade, aconselhou o provimento do recurso, cassando-se a decisão que deferiu ao apenado o cumprimento da pena em prisão domiciliar.

**EIS O RELATÓRIO.**

**VOTO**

Assiste plena razão ao Ministério Público em sua irresignação recursal, merecendo reforma a decisão recorrida que deixou de dar à hipótese a solução adequada.

Não estamos diante daquelas hipóteses em que, na ausência de vagas nos estabelecimentos destinados ao regime aberto, se concede **excepcionalmente** a prisão albergue domiciliar.

O próprio magistrado na decisão agravada e o Ministério Público em suas razões recursais dão conta da existência de vagas, seja na **Casa do Albergado Crispim Ventino** ou na **Casa do Albergado Francisco Spargoli Rocha**.

---

L

O julgador afirmou que “*entrou em entendimento com o Ministério Público do Estado*” e após a edição da Lei n.º 12.258/2010 resolveu aplicar a prisão albergue domiciliar àqueles apenados que auferem a progressão ao regime aberto.

A decisão é, portanto, genérica e não aponta qualquer excepcionalidade capaz de lhe dar supedâneo.

O Superior Tribunal de Justiça possui solidificado o entendimento no sentido de que **na ausência de vagas em estabelecimento próprio do regime aberto, deve o apenado aguardar em prisão albergue domiciliar o surgimento de vaga.** Vê-se que há uma situação provisória corrigida pelo Poder Judiciário para evitar que o apenado tenha sua situação agravada, pois é direito subjetivo do recluso, cabendo ao Estado a sua implementação, cumprir a pena nos exatos termos do título judicial exequendo.

Vejamos alguns julgados da Corte Superior neste sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO APROPRIADO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO

L

AO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME SEMIABERTO. PACIENTE MANTIDA EM REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO, POR SER SUBSTITUTIVO AO RECURSO CABÍVEL E, DE OFÍCIO, CONCEDIDA A ORDEM, CONFIRMANDO A LIMINAR CONCEDIDA, PARA QUE A PACIENTE AGUARDE EM REGIME ABERTO OU, NA FALTA DE CASA DE ALBERGADO, EM PRISÃO DOMICILIAR, O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. 1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais. Em homenagem à garantia constitucional e a fim de se evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o suscitado constrangimento ilegal passa a ser analisado, para, se o caso, conceder o habeas corpus de ofício. 2. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que é direito subjetivo do recluso, cabendo ao Estado a sua implementação, cumprir a pena nos exatos termos da condenação ou decisão da Vara de Execuções Penais, conforme o caso. Destarte, a ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado para a sua efetivação não tem o condão de agravar a situação do apenado, devendo cessar de imediato. 3. Habeas corpus não conhecido. De ofício, concedida a

L

*ordem, para confirmar a liminar, a fim de que a paciente aguarde em regime aberto ou, na falta de estabelecimento condizente com tal regime, que aguarde em prisão albergue domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento compatível com o regime semiaberto. (HC 230.082/CE, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 30/09/2013)*

**AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CONCESSÃO DA ORDEM PARA ASSEGURAR AO PACIENTE O DIREITO DE AGUARDAR EM PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR A EXISTÊNCIA DE VAGA EM REGIME ABERTO. PRETENSÃO DE CASSAÇÃO DA DECISÃO CONCESSIVA, AO ARGUMENTO DA EXISTÊNCIA DE VAGAS EM LOCAL ADEQUADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. NECESSIDADE. INFORMAÇÃO NOS AUTOS DANDO CONTA DA EXISTÊNCIA DE MANDADO DE INTIMAÇÃO, A FIM DE ENCAMINHAR O PACIENTE PARA CASA DO ALBERGADO PRÓXIMA DE SUA RESIDÊNCIA. DECISÃO QUE NÃO ASSEGUROU O DIREITO À PRISÃO-ALBERGUE INDEFINIDAMENTE, MAS SOMENTE ATÉ A EXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL COMPATÍVEL.**

**1. Deve ser mantida a decisão monocrática, que concedeu ordem de habeas corpus para assegurar**

**L**



*ao paciente o direito de aguardar em prisão albergue-domiciliar a existência de vaga em estabelecimento prisional compatível com o regime aberto, quando evidenciado que o deferimento do benefício não ocorreu indefinidamente. 2. A existência de informação nos autos dando conta da expedição de mandado de intimação para fins de encaminhamento do paciente à Casa do Albergado próxima de sua residência reforça a necessidade de manutenção da decisão agravada. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 253.250/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 22/02/2013)*

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. FUGA DO SISTEMA PRISIONAL. SUSPENSÃO DO MANDADO DE PRISÃO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PRECARIEDADE DO SISTEMA PRISIONAL. DECISUM CASSADO PELA CORTE DE JUSTIÇA. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Corte Superior, em situações excepcionais, tem abrandado o rigor legislativa para admitir a temporária inclusão de condenado em prisão albergue domiciliar, quando constatada a ausência de vaga no estabelecimento penal adequado ao regime aberto. 2. A precariedade*

L

*do sistema prisional não autoriza, por si só, a concessão da prisão domiciliar. Ademais, a Apenada cumpria pena no regime aberto e evadiu-se do estabelecimento prisional, o que demonstra a sua inaptidão para o gozo do benefício pleiteado. 3. Ordem denegada. (HC 215.378/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012)*

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, PELA PRÁTICA DE NARCOTRÁFICO. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGAS EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA PERMITIR AO PACIENTE PERMANECER NO REGIME ABERTO, ATÉ O SURGIMENTO DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. 1. Esta Corte Superior tem entendido pela concessão do benefício da prisão domiciliar ou albergue, a par daquelas hipóteses contidas no art. 117 da Lei de Execução Penal, aos condenados que vêm cumprindo pena em regime mais gravoso do que o*

L

*estabelecido na sentença condenatória ou que foram promovidos ao regime intermediário, mas não encontram vaga em estabelecimento compatível. 2. Ordem concedida, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, para determinar que o paciente permaneça no regime aberto até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado. (HC 186.065/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 01/07/2011)*

Como se vê, em todos os julgados do STJ, a possibilidade do cumprimento do regime aberto em prisão albergue domiciliar fora das hipóteses previstas no art. 117, da LEP, é provisória e precária, **vale por afirmar, ATÉ QUE SURJAM VAGAS NO ESTABELECIMENTO COMPATÍVEL.**

Não é o que sucede na hipótese vertente.

Há notícia nos autos de existência de vagas nos patronatos, sendo certo que a decisão agravada, por questão de política criminal, criou nova modalidade de cumprimento do regime aberto, tornado regra o que a Lei de Execuções Penais estabeleceu como exceção nos quatro incisos, do seu art. 117.

---

L

Vejamos o que dispõe o art. 117, da LEP:

**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.**

Ora, além de afrontar o princípio da legalidade, o deciso agravado arrostou o princípio da individualização da pena, em sua vertente executória, posto que, ao deferir para alguns, genericamente e sem o aponte de qualquer fato excepcional, seja legal (art. 117, da LEP) ou por falta de vagas, estabelece tratamentos díspares para apenados possuidores das mesmas condições objetivas e subjetivas.

Vale dizer, para alguns, dormir no patronato é necessário, sob pena até de regressão de regime e, para outros, ao mero alvedrio do julgador, isto é desnecessário.

---

*L*

É preciso garantir tratamento isonômico a todos os jurisdicionados, a menos que se queira, por vias transversas, estabelecer o direito subjetivo de todos aqueles que hoje estão pernoitando nos patronatos, indistintamente, cumprirem prisão albergue domiciliar e isto somente o legislador ordinário pode estabelecer.

É até louvável a iniciativa do julgador da execução, mas não há como substituir a iniciativa legiferante, sendo certo que o STJ já afirmou que **a precariedade do sistema prisional não autoriza, por si só, a concessão da prisão domiciliar**, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. FUGA DO SISTEMA PRISIONAL. SUSPENSÃO DO MANDADO DE PRISÃO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PRECARIIDADE DO SISTEMA PRISIONAL. DECISUM CASSADO PELA CORTE DE JUSTIÇA. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Corte Superior, em situações excepcionais, tem abrandado o rigor legislativa para admitir a temporária inclusão de condenado em prisão albergue domiciliar, quando constatada a ausência de vaga no estabelecimento penal adequado ao regime aberto. 2. **A precariedade do sistema prisional não autoriza,**

L

**por si só, a concessão da prisão domiciliar.**

*Ademais, a Apenada cumpria pena no regime aberto e evadiu-se do estabelecimento prisional, o que demonstra a sua inaptidão para o gozo do benefício pleiteado. 3. Ordem denegada. (HC 215.378/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 28/02/2012)*

Este Colenda 8ª Câmara Criminal, em memorável aresto da lavra do **Desembargador Marcus Quaresma Ferraz** também já se pronunciou sobre o tema:

0003529-71.2013.8.19.0000 - AGRAVO DE  
EXECUCAO PENAL

*DES. MARCUS QUARESMA FERRAZ - Julgamento:  
21/02/2013 - OITAVA CAMARA CRIMINAL*

*OITAVA CÂMARA CRIMINAL AGRAVO DE  
EXECUÇÃO PENAL Nº 0003529-71.2013.8.19.0000  
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO AGRAVADO:  
LUCIANO ROCHA DOS SANTOS ORIGEM: JUÍZO DA  
VARA DE EXECUÇÕES PENAS RELATOR: DES.  
MARCUS QUARESMA FERRAZ Agravo interposto  
pelo Ministério Público contra decisão do Juízo da*

L

*Vara de Execuções Penais, que deferiu ao apenado a progressão para o regime aberto a ser cumprido em prisão domiciliar, ao argumento de que "a excepcionalidade e provisoriedade de uma decisão que autoriza a prisão domiciliar é decorrente do próprio fundamento da existência, que é a falta de vagas em estabelecimento correlato". A decisão que deferiu a progressão para o regime aberto a ser cumprido na modalidade prisão albergue domiciliar está fundamentada nos seguintes termos: "Primeiramente, verifica-se, através da leitura do exame criminológico de fls. 251/254, que, contrariamente do alegado pelo MP, o apenado possui sim perspectiva, pois tem planos de conseguir uma oportunidade de trabalho junto à ONG Afroreaggae. No que diz respeito às faltas graves, constata-se que o reeducando, desde sua última prisão, que ocorreu em setembro de 2009, não praticou qualquer falta, logo, na forma do enunciado 07 deste juízo, aquelas anteriormente praticadas não podem constituir óbice para a concessão de benefícios, sob pena de se eternizar os efeitos das referidas punições. Por fim, quanto à gravidade do delito, certo é que, se não há previsão legal que obste a concessão da progressão de regime, não pode este magistrado indeferir o referido benefício com fulcro em tal*

---

L

*fundamento, sob pena de agir como legislador positivo. Diante de todo o exposto, verifica-se que o apenado vem demonstrado se encontrar apto a ser submetido, nesse momento, ao regime de albergamento, já tendo cumprido o lapso temporal exigido, com mérito carcerário (artigo 112 da LEP). De outro lado, sabemos que a Casa do Albergado é o estabelecimento penal destinado ao cumprimento da pena em regime aberto. Não existe regime aberto sem a Casa do Albergado ou outro estabelecimento similar e adequado, preceituando a Lei de Execução Penal que esse prédio destinado ao cumprimento do regime aberto deve situar-se em centro urbano e separado dos demais estabelecimentos prisionais, sendo caracterizado pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga, e ainda, a exigência de que cada região (Comarca) possua, pelo menos, uma Casa do Albergado (artigos 93, 94 e 95 da LEP). Daí a denominação de regime de albergamento. Contudo, embora aqui no Estado do Rio de Janeiro existam instaladas, nos termos da lei, duas Casas do Albergado, uma aqui na Capital, outra em Niterói, é cediço que as mesmas se encontram com um efetivo bem acima da capacidade, o que tem motivado uma série de incidentes na execução penal dos albergados,*

---

L



*mormente em relação aqueles que chegam após atingido o limite da capacidade, e aqueles que, em razão das condições socioeconômicas deixam de comparecer ao albergue. Em virtude disso, diversos registros de evasões são lançados nos históricos penais, em prejuízo de todo efetivo da unidade penal. Há que se buscar um meio termo para a regularidade da execução penal, e esse meio termo é encontrado no instrumento da prisão albergue domiciliar, ou, como entendo mais apropriado, recolhimento domiciliar, que não perde os fundamentos intrínsecos do regime, possibilita um maior acompanhamento da execução, a partir do monitoramento eletrônico previsto na Lei 12.258, de 15 de junho de 2010, aplicável à prisão domiciliar (artigo 146-B, inciso IV), e, ainda, evita o descompasso hoje existente entre o regime aberto e as disposições constitucionais previstas no artigo 5º e seu inciso LXVIII, da CF). Por conta desses fundamentos, concedo a progressão ao regime aberto, o qual deverá ser cumprido na forma de recolhimento domiciliar, com monitoramento eletrônico .". Ocorre que, conforme ofícios acostados aos autos pelo Ministério Público, as casas de albergado do Estado - Casa do Albergado Cel. PM Francisco Spargoli Rocha e Casa Albergado Crispim Ventino -*

---

L

*possuíam vagas disponíveis à época da decisão, e, assim, o argumento utilizado pela Magistrada baseou-se em mera suposição de que os referidos estariam com o efetivo acima da capacidade. Ressalte-se que a decisão não trouxe qualquer dado concreto que sustentasse suas afirmações, assim como fez o Ministério Público, e ignorou o determinado no artigo 117 da Lei nº 7.210/84. É certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permite a concessão da prisão domiciliar fora dos casos previstos em lei, porém apenas em caráter excepcional, "no caso de inexistir no local casa de albergado, enquanto se espera vaga em estabelecimento prisional adequado", e sob o coerente fundamento de que "a falta de vagas em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime semiaberto não justifica a permanência do condenado em condições prisionais mais severas". (AgRg no REsp 1283578/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 27/11/2012). Agravo provido para revogar a concessão da prisão albergue domiciliar, mantendo a progressão para o regime aberto, expedindo-se mandado de prisão.*

---

L

Como se vê, não há com manter incólume a decisão agravada, daí o provimento do recurso ministerial, que se impõe.

À conta de tais considerações conhece-se do recurso e a ele dá-se provimento, para determinar que o juízo da VEP estabeleça o cumprimento do regime aberto na forma determinada pela Lei de Execuções Penais, expedindo-se para este fim Mandado de Prisão.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2013.

**GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA**  
Desembargador  
Relator

---

*L*

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL N.º 0066763-27.2013.8.19.0000**  
PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO NA MODALIDADE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR  
AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE  
PROVIMENTO

Página 19

