

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

FÁBIO SOGAJAR JUNKES

**DA APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PREVISTA NO ARTIGO 117 INCISO II
DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, NO PERÍODO DE 2012 A 2014**

**CRICIÚMA
2015**

FÁBIO SOGAIAR JUNKES

**DA APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PREVISTA NO ARTIGO 117 INCISO II
DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, NO PERÍODO DE 2012 A 2014**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção de grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de Pesquisa em Direito Penal.

Orientador: Professor MSc. Valter Cimolin

CRICIÚMA

2015

FÁBIO SOGAIAR JUNKES

**DA APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR PREVISTA NO ARTIGO 117 INCISO II
DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, NO PERÍODO DE 2012 A 2014**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção de grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com linha de Pesquisa em Direito Penal.

Criciúma, junho de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Professor MSc. Valter Cimolin - (UNESC) - orientador

Professor Alfredo Engelmann Filho - Especialista - (UNESC)

Professor João de Mello - Especialista (UNESC)

DEDICATÓRIA

Dedico este estudo aos meus pais Donato e Lourdes e a minha namorada Fernanda, por terem me iluminado e inspirado a sempre seguir em frente diante dos obstáculos que nos são impostos.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço meus pais, Donato Junkes e Lourdes Sogaiar Junkes, que tiveram todo o amor, carinho, compreensão e paciência durante o tempo em que estivemos juntos. Sem eles não teria chegado a este momento. Rogo por estarem próximos a Deus e possam se alegrar com mais esta conquista em minha vida.

Agradeço a minha namorada Fernanda Zanette da Silveira, por todo o carinho e por ter me apoiado nesta caminhada acadêmica e pessoal sem medir esforços para me ajudar, diante das dificuldades impostas pela vida. A Leila Zanette, que me recebeu de coração aberto, com um sentimento de amor de mãe para filho, e me estimulou a seguir em frente, superando todos os obstáculos. A Ary Osvaldo da Silveira Filho, Felipe Zanette da Silveira e Rodrigo Zanette da Silveira pela amizade sincera e momentos de descontração que passamos juntos.

A todos os professores do Curso de Direito da Unesc, em especial ao meu orientador Valter Cimolin, que me aceitou como orientando e por ter me ajudado na pesquisa e elaboração do trabalho.

A todos meus amigos e familiares que sempre estiveram presentes nestes "longos anos" de faculdade, em especial a turma dos "Lixos", "eh nois" e terça-feira, pelas boas risadas que são proporcionadas quando nos reunimos.

A todos aqueles que de alguma forma contribuíram para poder ter chegado até aqui.

Agradeço a Deus pelo dom da vida. OBRIGADO!

"Não existe outra via para a solidariedade humana senão a procura e o respeito da dignidade individual".

Pierre Nouy

RESUMO

Na Lei de Execução Penal temos o artigo 117, inciso II, que trata especificamente da prisão domiciliar nos casos de doença grave. Amparados principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, os Tribunais Superiores firmaram entendimento flexibilizando a matéria. Assim, apenados que cumprem pena em regime semiaberto e fechado passaram a poder se beneficiar da prisão domiciliar por doença grave. Com base nisso, o presente trabalho tem por objetivo analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no período de 2012 a 2014, relacionada aos pedidos de prisão domiciliar por doença grave referentes a condenados que cumprem pena definitiva em regime semiaberto e fechado. O trabalho se estrutura em duas etapas, sendo a primeira qualitativa e composta pelos dois capítulos iniciais, que tratam respectivamente da construção histórica da dignidade da pessoa humana em um panorama mundial e brasileiro, e do histórico dos diplomas de direito penal pátrios. Na segunda etapa, formada pelo capítulo três, busca-se informações quantitativas na primeira parte e qualitativas na segunda. Dessa forma, na primeira parte do terceiro capítulo a pesquisa revelou que 82% das decisões colhidas no período proposto foram contrárias à concessão da prisão domiciliar, sendo somente 18% favoráveis e apenas 46% dos recursos são instruídos com perícia judicial. Ainda, 68% dos recursos interpostos por condenados são Agravo em Execução, 21% são "Habeas-corpus" e 11% são recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual contrários à concessão. Cinquenta e sete por cento dos pedidos foram feitos por condenados em regime fechado. Nos recursos foram alegadas 31 tipos de doenças diferentes. Na segunda etapa estudou-se acerca da flexibilização da prisão domiciliar por doença grave previsto no artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal. Com o estudo se revelou que a posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina está alinhada ao que já decidiu o Superior Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Concluiu-se que houve flexibilização da prisão domiciliar por doença grave, por força do princípio da dignidade da pessoa humana. Não há na legislação menção à forma de aplicação da prisão domiciliar por doença grave, somente entendimento jurisprudencial. Para que o condenado seja beneficiado por este instituto é necessário que fique comprovado por meio de perícia judicial a gravidade da moléstia que o acomete e a falta ou insuficiência de tratamento adequado ofertado pelo Estado. O posicionamento dos Tribunais é no sentido de aplicação da medida somente em casos excepcionalíssimos de notória afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, como meio de resguardar o bem mais precioso tutelado pelo Estado, ou seja, a vida.

Palavras-chave: Prisão domiciliar. Doença grave. Dignidade da pessoa humana. Lei nº 7.210/84.

ABSTRACT

In the Law of Penal Execution, there is Article 117, item II, which deals specifically with house arrest in cases of serious illness. Mainly supported on the principle of human dignity, the High Courts have come to an understanding easing this issue. Thus, inmates serving time in semi-open and closed regime are now able to have the benefit of house arrest for serious illness. Based on that, this paper aims to examine the jurisprudence of Santa Catarina's Court of Law in the period from 2012 to 2014, related to requests for house arrest due to serious illness as regards convicts serving final sentences in semi-open and closed regime. The work is structured in two stages, the first one is qualitative and comprises the two initial chapters which deal respectively with the historical construction of human dignity on a global as well as a Brazilian panorama and the history of native diplomas of criminal law. In the second stage, composed by chapter three, the research concerns quantitative information in the first part and qualitative information in the second one. Therefore, in the first part of the third chapter the survey revealed that 82% of decisions taken in the proposed period were contrary to granting house arrest, only 18% in favor and just 46% of the resources are instructed to legal expertise. Moreover, 68% of the appeals interposed by convicts are aggravation in execution, 21% are "*Habeas corpus*" and 11% are appeals filed by the state prosecutors against the concession. 57% of requests have been made by convicts in closed regime. In the appeals, 31 different types of diseases were alleged. In the second stage, the study is about the easing of house arrest due to serious illness provided in Article 117, item II, of the Law of Penal Execution. Through the analysis, it was revealed that the position of Santa Carina's Court of Law is aligned to what has already been decided by the Federal High Court and the Supreme Court. It was concluded that there has been a flexibility of house arrest due to serious illness, under the principle of human dignity. There is no mention in the legislation regarding the way of applying house arrest for serious illness, only jurisprudential understanding. In order the convict is benefited with this institute, it is necessary to prove through legal expertise the severity of the disease that affects the convict and the lack or insufficiency of proper treatment offered by the state. The positioning of the courts is on the subject of applying this measure only in exceptional cases of notorious affront to the principle of human dignity, as a means of protecting the most precious aspect supervised by the state, that is, life.

Keywords: House arrest. Serious illness. Human dignity. Law No. 7.210/84.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Quantidade de Acórdãos por Comarca	50
Figura 2- Percentual de recursos interpostos pelos condenados e pelo Ministério Público Estadual (M.P.):	51
Figura 3 - Percentual por decisões dos recursos interpostos.....	51
Figura 4 - Percentual de recursos embasados por perícia judicial	53
Figura 5 - Percentual de condenados em prisão domiciliar.....	54
Figura 6 - Doenças por número de vezes que foram alegadas.....	55
Figura 7 - Percentual de condenados no regime semiaberto e fechado	56

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	13
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ...	17
2.2 HISTÓRICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL: PRECEDENTES HISTÓRICOS E SUA POSITIVAÇÃO COM A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988	22
2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DIFICULDADE DE CONCEITUAÇÃO	27
3 LEGISLAÇÃO PENAL E APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR	30
3.1 LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS NORTEADORES	30
3.2 DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL: HISTÓRICO E DISTINÇÃO ENTRE PRISÃO DOMICILIAR E PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR	41
3.3 DA PRISÃO DOMICILIAR PREVISTA PELO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: HIPÓTESES DE CONCESSÃO	45
4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA E A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 117 DA LEP	49
4.1 METODOLOGIA DA PESQUISA	49
4.2 ANÁLISE DOS RESULTADOS	50
4.2.1 Dos recursos impetrados e suas decisões	50
4.2.2 Da perícia judicial	52
4.2.3 Do percentual de pessoas em prisão domiciliar relativo à pesquisa	53
4.2.4 Dos tipos de doenças alegadas	54
4.2.5 Regimes de cumprimento da pena	56
4.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 117, INCISO II, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	57
5 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64
APÊNDICE	69
APÊNDICE A: Decisões colhidas no Tribunal de Justiça de Santa Catarina no período de 2012 a 2014.	70

1 INTRODUÇÃO

Diante da realidade prisional do Estado de Santa Catarina, há pessoas que sofrem das mais diferentes enfermidades sendo, em sua maioria, corriqueiras e facilmente tratáveis. Neste contexto, temos, também, a ocorrência de doenças complexas, sendo de extrema importância um tratamento adequado e diferenciado. A falta ou insuficiência de estrutura adequada para o tratamento do condenado que necessite, consubstancia uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, os quais são regidos por nossa Lei Maior de 1988.

À frente deste problema, a Lei de Execução Penal, em seu artigo 117 inciso II, trata da possibilidade de prisão domiciliar aos portadores de doença grave. Conforme prescrito pelo *caput* do artigo supracitado, este benefício somente poderia ser aplicado aos apenados que estivessem cumprindo a pena em regime aberto.

Entretanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou entendimento pela extensão do benefício deste instituto aos condenados que cumprem pena nos regimes semiaberto e fechado. Desta forma, no presente trabalho, estuda-se acerca das decisões que vêm sendo exaradas pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina a respeito dos pedidos de prisão domiciliar por doença grave, feitos por condenados que cumprem pena em regime semiaberto e fechado, no período compreendido entre 2012 a 2014. São válidos para a pesquisa todos os acórdãos publicados no período de 3 (três) anos, os quais versam sobre prisão domiciliar por doença grave a pessoas que cumprem pena definitiva em regime diverso do aberto.

No primeiro capítulo, aborda-se a construção histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, seguindo uma linha evolutiva traçada desde as suas primeiras aparições nas civilizações antigas, até sua introdução nas constituições principalmente Ocidentais, na forma de princípio basilar. Neste ponto, estuda-se a evolução deste princípio ao longo da história constitucional brasileira, até a promulgação da atual Constituição de 1988. Dentro deste contexto, fica demonstrada a importância do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana em nível constitucional. Ao final deste capítulo, é feita uma abordagem acerca da dificuldade de conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana.

No segundo capítulo, são vistos os diplomas de direito penal. Relacionam-se diretamente ao presente estudo o Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, sempre balizados pela Constituição Federal de

1988. Aqui trata-se da evolução histórica dos diplomas, aplicação e a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na construção e interpretação dos mesmos.

Ainda, no segundo capítulo, elucida-se o tema prisão domiciliar trazido ao ordenamento jurídico pelo artigo 117 da Lei de Execução Penal e suas hipóteses de concessão, destacando-se a hipótese prevista no inciso II, que trata, especificamente da prisão domiciliar por doença grave.

No terceiro capítulo, é vista a metodologia aplicada à pesquisa proposta e a análise do resultado. Nesta análise dividi-se o resultado em cinco tópicos de relevância para a pesquisa, sendo eles: o número de recursos e suas respectivas decisões; a existência, ou não, de perícia; o número de condenados em prisão domiciliar por motivo de doença grave; os tipos de doença alegadas e o regime de cumprimento da pena.

Por fim, é feito um estudo sobre a flexibilização jurisprudencial do artigo 117, inciso II, da Lei 7.210/84, que permitiu a aplicação da prisão domiciliar por doença grave a apenados que cumprem pena em regime semiaberto e fechado. Para tanto, foram verificadas as decisões tomadas pelo Superior Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Santa Catarina durante o período de 1 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A *priori*, para abordar o tema acerca da prisão domiciliar e os parâmetros utilizados para sua aplicação se faz necessário discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, sua evolução histórica e sua influência no ordenamento jurídico mundial e pátrio.

Trata-se de princípio basilar presente nas Constituições da maioria dos países, com maior destaque no Ocidente, de um lado, para designar o valor supremo representado pelo ser humano em qualquer ordem jurídica e, de outro vértice, para promover todos os esforços no sentido de evitar as experiências históricas já vivenciadas pela humanidade. (RENON, 2009).

Em textos Constitucionais mais antigos é possível a dedução do reconhecimento e proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que estes textos se destacavam pela tutela à liberdades fundamentais, porém não havia menção expressa ao princípio. Somente após o reconhecimento do "princípio da dignidade da pessoa humana" na Declaração Universal da ONU de 1948 que o princípio (tema) foi expressamente utilizado pela maioria das Constituições. (BOLDRINI, 2003).

Contudo, mesmo sendo recente o movimento de reconhecimento e positivação do princípio, a preocupação com a proteção da dignidade humana remonta à antiguidade clássica.

Para corroborar com o exposto acima, Martins (2003, p.19-20) esclarece que:

Já na antiguidade clássica podem ser encontrados vestígios de certa preocupação, ainda que não consciente, com a dignidade da pessoa humana, no que se refere aos estabelecimento de leis destinadas a resguardar e proteger o indivíduo. Embora formas jurídicas elementares, tanto no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria, quanto no Código de Manu, podem ser mencionados como expressão de defesa da dignidade e dos direitos do ser humano. E, a rigor, em todas as civilizações antigas, inclusive na China, principalmente por força do conteúdo filosófico presente nas religiões da história da humanidade, se observa a preocupação com a dignidade humana.

Lima Junior e Fermentão (2012, p. 319) destacam que "a história do ser humano sempre foi marcada por grandes lutas com o intuito de construir um mundo civilizado, com respeito mútuo e igual condições entre os indivíduos".

Seguindo os ensinamentos de Lima Júnior e Fermentão (2012, p. 319-320):

O código de Hamurabi (1690 a. C.) foi o primeiro código a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens. Este código abordava as relações cotidianas de comércio civis e penais, devendo destacar a rigorosidade que era aplicada aos crimes, levando como principal fundamento a premissa do olho por olho dente por dente. Com o avanço da sociedade percebeu-se que tal código tinha como princípio fundamental a vingança e, por isso, não poderia criar uma sociedade justa. Surgiram novos princípios visando garantir o direito à vida, dignidade, honra, família e propriedade.

Martins (2003, p. 20-21) aponta que na Grécia antiga não se trabalhava diretamente com a noção de dignidade da pessoa humana, embora tenha influenciado civilizações ocidentais, os filósofos gregos procuraram construir a figura de um homem "com validade universal e normativa", sendo este pensamento a gênese para a construção da noção de dignidade humana. Nas palavras do autor, "pois é no contexto humano que a idéia de dignidade é desenvolvida".

Neste mesmo diapasão Lima Júnior e Fermentão (2012, p. 320) afirmam:

A Grécia tinha uma visão do ser humano como pertencente a polis e somente quem pertencia a polis era considerado cidadão, enquanto os escravos eram renegados à condição de coisa. O conceito de dignidade humana na concepção grega vinculava-se ao status social que o indivíduo tinha perante a sociedade (posição social).

Dada a importância dos filósofos gregos na criação da noção de dignidade humana, ligada à mitologia, destaca-se que o pensamento cristão fora o que fundamentalmente influenciou na elaboração do significado moderno de dignidade humana. (MARTINS, 2003).

De acordo com Martins (2003, p. 22):

[...] a grande mudança ocorrida com o pensamento cristão reside no fato de que exatamente por terem sido concebidos à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são radicalmente iguais. Neste contexto, Cristo - Deus-Homem - coloca sua missão evangelizadora como a de reabilitação e revalorização do homem, qualquer que seja ele, independentemente de nobreza, posses e qualidades. Este pensamento significa uma grande mudança na reflexão filosófica, visto que representa uma idéia de uma igualdade inerente a todos os homens e não somente aos escolhidos: Deus não faz distinções, todos merecem o mesmo respeito e consideração.

De acordo com Lima Junior e Fermentão (2012, p. 320), "a filosofia cristã foi fundamental para a concepção de dignidade humana, tendo em vista que possui uma visão mais individualista da pessoa, valorizando a sua dignidade pessoal e não apenas como membro da sociedade [...]".

Não obstante, Rabenhorst (2001, p. 25) destaca que:

Inspirando-se na idéia estoica de fraternidade entre os homens, a religião cristã introduziu uma nova visão de dignidade humana. Esta, conforme observou Etcheverry S. J., perdeu aquela dimensão *quantitativa* que possuía no mundo antigo, deixando de ser uma *honraria* ou *distinção* proveniente da própria situação social de cada indivíduo (cidadão livre, filho de uma família ilustre, membro de uma casta privilegiada, etc.), e adquiriu uma dimensão *qualitativa*, no sentido de que nenhum indivíduo possuiria maior ou menor grau de dignidade frente aos demais, mas todos manifestariam uma idêntica estrutura espiritual.

Alves (2001, p.14) discorre sobre a importância dos documentos pontifícios no desenvolvimento do tema dignidade humana:

De qualquer sorte, parece inequívoco que o tema da dignidade da pessoa humana encontra no pensamento da doutrina cristã um marco fundamental, como verdadeiro e decisivo "divisor de águas". A contribuição para o desenvolvimento de um efetivo humanismo, ainda que possa ser encontrado desde os primórdios de sua difusão, no caso da Idade Antiga, veio a se expressar de forma contundente no contexto contemporâneo com a edição de inúmeros documentos pontifícios a partir de Encíclica de Rerum Novarum, de Leão XIII, no ano de 1891.

São Tomás de Aquino, expoente da escolástica, também chamado de Doutro Angélico, foi o primeiro filósofo, tendo em vista que seu pensamento se alinha ao pensamento cristão, a utilizar expressamente o termo "dignidade humana". (MARTINS, 2003).

Sobre o assunto discorrem Lima Júnior e Fermentão (2012, p. 321):

O conceito de dignidade começou com São Tomas de Aquino, por cuja doutrina a dignidade da pessoa humana encontrou fundamento na ideia de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus, mas também na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana. De tal forma que o ser humano é livre por sua natureza, existe em função de sua própria vontade.

Para Martins (2003, p. 24):

Assim, em Tomás de Aquino, a "dignidade humana", que guarda intensa relação com a concepção de pessoa, nada mais é do que uma qualidade inerente a todo ser humano e que o distingue das demais criaturas: a racionalidade. Através da racionalidade, passa a ser livre e responsável por seu destino, significando o que há de mais perfeito em todo o universo e constituindo um valor absoluto, um fim em si mesmo.

Martins (2003, p. 25) explica que "a concepção de dignidade da pessoa humana elaborada por Kant prevalece no pensamento filosófico atual". De acordo com o pensamento de Lima Júnior e Fermentão (2012, p. 321):

[...] Immanuel Kant parte da premissa de que a dignidade humana nada mais é do que a autonomia ética do ser humano, não sendo possível este ser apenas um meio, um objeto e, sim, um ser único, distinto e merecedor de respeito e consideração por parte do Estado. Os ensinamentos de Immanuel Kant foram responsáveis por diferenciar as coisas das pessoas, dizendo que as coisas não possuem um fim em si mesmas, mas que o homem deve ser sempre tratado como fim e não como meio.

Nas palavras de Kant (1997 apud Miranda, 2006, p. 475):

Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como o fim e nunca simplesmente como meio.

No reino dos *fins*, tudo tem um preço e uma *dignidade*. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, por tanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Jean Paul Sartre, um dos mais importantes filósofos do século passado, traz uma nova visão de dignidade da pessoa humana sob uma ótica existencialista, visto que inspirado pelo marxismo. Seu pensamento se distancia tanto de Tomás de Aquino (fala da natureza humana) quanto da de Kant (moral geral como norteador), uma vez que para ele a dignidade não é inata ao ser humano. O homem primordialmente existe antes de ter sua essência. (MARTINS, 2003).

Nas palavras do filósofo Sartre (1973 apud Martins, 2003, p. 30):

Quando dizemos que o homem se escolhe a si, queremos dizer que cada um de nós se escolhe a si próprio; mas com isso queremos também dizer que, ao escolher-se a si próprio, ele escolhe todos os homens. Com efeito, não há um dos nossos atos um sequer que, ao criar o homem que desejamos ser, não crie ao mesmo tempo uma imagem do homem como julgamos que deve ser. Escolher ser isto ou aquilo é afirmar ao mesmo tempo o valor do que escolhemos, porque nunca podemos escolher o mal, o que escolhemos é sempre o bem e nada pode ser bom para nós sem que seja todos. (grifo do autor).

Para o filósofo, "o existencialismo é a única teoria capaz de conferir uma dignidade ao homem, pois não o reduz ao determinismo que faria dele um objeto, tal qual as coisas" (MARTINS, 2003, p. 31-32). Martins (2003, p. 33) ainda destaca a importância do pensamento de Hannah Arendt para a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana na Alemanha, já no século XX, ao estudar os totalitarismos nazistas e stalinistas:

[...] seu pensamento é extremamente representativo no momento histórico em que se precedeu à constitucionalização do "valor-fonte" da dignidade da pessoa humana sob forma de princípio em diversas Constituições mundiais. Além disso, sua obra também serve de parâmetro para compreendermos a importância que a preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana assume em uma sociedade que se propõe democrática como a brasileira.

De acordo com Gomes e Mazzuoli (2010, p. 88), em sua obra:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ademais, parte da premissa óbvia de que o ser humano, só pelo fato de ser "humano", já conta com dignidade, logo, com uma série de direitos e garantias positivados nas leis, constituições e tratados e convenções internacionais mesmo antes de seu nascimento.

Feito este breve histórico da contínua evolução do termo dignidade da pessoa humana ao longo da história da humanidade, passa-se à análise deste como princípio constitucional presente em grande parte das constituições hoje existentes no mundo.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A partir do século XX, após o término da Segunda Guerra Mundial, com a confirmação das atrocidades cometidas contra os judeus, ciganos e outros povos, que romperam com os limites ao respeito à pessoa humana, buscou-se a constitucionalização da dignidade da pessoa humana, por meio da positivação nas constituições Ocidentais e pela Declaração Universal das Nações Unidas de 1948.

Neste sentido, destacam Gomes e Mazzuoli (2010, p. 89), em sua obra:

[...] depois dos horrores do holocausto gerado pelo nazismo (1933-1945) é que a ONU (de forma inequívoca) passou a se preocupar incisivamente da dimensão internacional dos direitos humanos, cuja preocupação central

reside na inclusão de todos na sociedade globalizada. Desde então, o tema "direitos humanos" passou a compor a pauta das discussões internacionais e servir de freio às arbitrariedades estatais.

Segundo Martins (2003, p. 33-34), "a primeira referência constitucional à dignidade da pessoa humana parece ser encontrada na Constituição do México, de 1917, que mencionava a dignidade humana como valor que deveria orientar o sistema educacional do país".

Contudo, a Constituição da Alemanha, de 24 de maio de 1949, foi a primeira que reconheceu a "dignidade da pessoa humana", expressamente em uma formulação principiológica como direito fundamental. O artigo 1º, nº 1, do texto da Constituição alemã de 1949 trouxe a seguinte redação: "A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais". (MARTINS, 2003, p. 33-34).

Hesse (1998, p.109-110) discorre sobre a dignidade da pessoa humana na Constituição Alemã, da seguinte forma:

[...] a Lei Fundamental vale, doravante, para todo o povo alemão, ao qual está posto a tarefa de, como membro com direitos iguais em uma Europa unificada, servir à paz do mundo.

A essa tarefa cabe, sem dúvida, validade imediata; mas ela pode ser seguida por caminhos diferentes e somente conforme as possibilidades políticas. Em comparação com isso, o artigo de entrada da Lei Fundamental normatiza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, da ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo o poder estatal, de respeitá-la, de respeitá-la e protegê-la. Muito distante de uma fórmula abstrata ou mera declaração, à qual falta significado jurídico, cabe a esse princípio o peso completo de uma fundação normativa dessa coletividade histórico-concreta, cuja legitimidade, após um período de inumanidade e sob o signo da ameaça atual latente à "dignidade do homem", está no respeito e na proteção da humanidade. A imagem do homem, da qual a Lei Fundamental parte no artigo 1º, não deve, nisso, nem individual nem coletivamente, ser mal entendida, ou dada outra interpretação. Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da "massa moderna". Ele é entendido, antes, como "pessoa", de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar também do Estado [...].

Na Constituição Portuguesa, de 25 de abril de 1976, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é referenciado na redação do artigo 1º, do seguinte modo: "*Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da*

peessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". (MARTINS, 2003, p. 38).

Segundo Andrade (2004, p. 101), acerca do entendimento do princípio da dignidade humana, descrito no artigo 1º da Lei Fundamental Portuguesa:

[...] deve-se entender o princípio da dignidade da pessoa humana - consagrado no artigo 1º como primeiro princípio fundamental da Constituição - como princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos. E esse princípio da dignidade da pessoa humana há-de ser interpretado como referido a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminação (universal) e a cada homem como ser autónomo (livre).

Assim, verifica-se que na doutrina portuguesa a dignidade da pessoa humana confere sentido aos direitos fundamentais contemplados pela Constituição, bem como fundamenta a própria existência da República Portuguesa (MARTINS, 2003).

Martins (2003) explica que na Constituição espanhola a protecção ao princípio da dignidade da pessoa humana está exposto no artigo 10, nº 1, o qual encontra fundamento e validade na redacção do artigo 1, nº 1 do mesmo diploma legal, que por sua vez enumera os valores nos quais se baliza a estrutura do Estado:

Artigo 1º, nº 1: A Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. (MARTINS, 2003, p. 41).

Artigo 10, nº 1: A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e os direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social. (MARTINS, 2003, p. 41).

De acordo com Perez (1986 apud MARTINS 2003, p. 42), acerca do papel da Constituição espanhola:

[...] o Estado só estará justificado cumprindo um grande fim: o bem dos súditos, daí a posição instrumental que corresponde ao respeito ao livre desenvolvimento e realização dos destinos do homem. Na verdade, haveria um direito fundamental para o homem, base e condição de todos os demais: o direito de ser reconhecido sempre como pessoa humana. Todos e cada um, sem excepção, devem respeitar a dignidade dos demais, considerando o

próximo como outro eu. Ao Estado caberia, entretanto, não só respeitar a dignidade do homem mas também protegê-la e, acima de tudo, promover as condições que façam possível a dignidade, bem como remover os obstáculos que dificultem a plenitude.

Portanto, no caso da Constituição espanhola, encontra legitimidade não por advir do Estado e seguir procedimentos formais de produção da norma, mas sim nos fundamentos supremos, enumerados em sua estrutura, por meio do alcance de sua satisfação. (MARTINS, 2003).

A Constituição francesa se difere das demais expostas anteriormente, por não ter referência expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana em sua redação, e nem mesmo em outros textos constitucionais mais antigos. (MARTINS, 2003).

O princípio da dignidade da pessoa humana somente foi reconhecido e ganhou *status* de princípio constitucional no ano de 1994, quando o Conselho Constitucional, ao analisar a constitucionalidade de lei que disciplinava a doação e utilização de elementos e partes do corpo humano, o reconheceu como tal, valendo-se para tanto, "de uma declaração de princípios inseridas na Constituição do pós-guerra (1946)", anterior à Constituição em vigor à época, que era de 1958.(MARTINS, 2003, p. 43-44).

Segundo Modern (1976 apud Martins, 2003, p. 44):

[...] o princípio foi extraído de uma frase introdutória inserida pelos redatores do Preâmbulo de 1946 e assim redigida: "*Após a vitória conquistada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram subjugar e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama mais uma vez que todo ser humano, sem distinção de raça, de religião nem de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados*".

O Conselho de Estado francês, também por meio de um caso levado a instância superior em sede de recurso, acabou por reconhecer a dignidade da pessoa humana dando o seguinte entendimento ao caso:

O respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar uma atração que atente à dignidade da pessoa humana.(MARTINS, 2003, p. 45).

O fato de o princípio da dignidade humana ter sido uma criação jurisprudencial na França não afeta em nada a forte ligação entre o princípio e os direitos fundamentais, pilares da sua Constituição. (MARTINS, 2003).

Moraes (2003, p. 115), acerca de recente manifestação da comunidade internacional em relação à dignidade da pessoa humana, afirma:

Anota-se que a recém-promulgada Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, assinada em Nice em dezembro de 2000, prevê em seu primeiro artigo: "A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida". Tem a Carta um capítulo dedicado à *Dignidade* (Capítulo I) e encontram-se ali tutelados direito à vida, à integridade do ser humano, à proibição de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes e à proibição à escravidão e ao trabalho forçado.

Diante do exposto, se tem uma visão da importância do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana pelos países, e portanto, por suas Leis Fundamentais, seja de forma expressa na própria Constituição, ou seja por Cortes Superiores de forma jurisprudencial, no caso da França.

Preconizam Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 231), em sua doutrina:

Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documentos jurídicos com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

Assim, passaremos ao estudo da evolução histórica da dignidade da pessoa humana no Brasil, até sua positivação e reconhecimento como fundamento da República, o que ocorreu com o promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2.2 HISTÓRICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO BRASIL: PRECEDENTES HISTÓRICOS E SUA POSITIVAÇÃO COM A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988

Antes de abordar o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição do Brasil de 1988 se faz necessário uma breve abordagem histórica do início do constitucionalismo em nosso país, para que fique bem ilustrada a importância do reconhecimento deste princípio.

O Brasil teve sua independência declarada no ano de 1822, tendo sua primeira experiência como nação soberana à luz do constitucionalismo clássico, sob os preceitos trazidos pelo artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Neste sentido, Sarlet (2009, p. 104) ressalta que:

[...] ainda que a dignidade (como valor) preexista ao Direito, certo é que seu reconhecimento e proteção (mesmo que não por meio de uma positivação expressa) por parte de ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima. Aliás, tal dignidade tem sido reconhecida à dignidade da pessoa humana que se chegou a sustentar, parafrazeando o conhecido artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789), que toda a sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui Constituição.

Na mesma toada, Alves (2001, p. 125-126) ensina acerca do constitucionalismo no Brasil:

A Constituição do Império de 1824, refletia o pensamento político dominante na cultura ocidental daquele período. Com a mudança da forma de governo, em 1889, manteve-se linha clássica liberal individualista na nossa Carta Política, já sob a influência estadunidense quanto à estrutura federativa de Estado e a forma republicana presidencialista, sem no entanto incorporar os novos reclamos relativos à esfera sócio-econômica que já começavam a despertar a atenção na arena política dos países industrializados do hemisfério norte. Essa nova temática do chamado "constitucionalismo social" difundiu-se no discurso político do início do século XX, a partir das pioneiras Constituições do México (1917) e da Alemanha (Weimar - 1919), e somente alcançou o constitucionalismo brasileiro em 1926 (de forma ainda rarefeita), para consagrar definitivamente em 1934 [...].

Portanto, somente ao tempo da Constituição de 1934 que se tem a primeira referência ao princípio da dignidade humana, estando de forma tímida exposto no artigo 115, que tratando da ordem econômica manifesta seu intuito de possibilitar a existência de todos de forma digna.(MARTINS, 2003).

In verbis, diz o referido artigo:

Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a **todos existência digna**. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. (BRASIL, 2014a, **grifo nosso**).

A Constituição de 1937, por se tratar de um documento autoritário, criado em uma época ditatorial, onde o poder estava todo concentrado nas mãos do Presidente da República, não faz nenhuma menção ao tema. (MARTINS, 2003).

Ferreira (2003, p.108) sobre o chamado Estado Novo, instituído pela Constituição de 1937, chama a atenção para a ineficácia da Carta Magna da época:

Desenhou-se complexamente o mecanismo do que se batizou - de Estado Novo. Não puderam os seus artífices, por isso mesmo, pô-lo em funcionamento. Não passou a carta de 1937 de engôdo, destinado, pura e simplesmente, a disfarçar regime ditatorial em tôda a amplitude do conceito. Destituída de sinceridade, aquela carta teve existência apenas no papel. Eis porque o seu organismo político nunca se armou. Tudo quanto nela se planejou foi mera fantasia. Não passou de cometimento demasiadamente longo para que se pudesse haver como simples tentativa; mas caracterizou-se qual documento inapto, tardiamente desfeito, posto que inicialmente malgrado, para que se pudesse haver como Constituição, que assim indevidamente se qualificou.

Nos ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2008, p.169), "[...] ao longo da ditadura Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado, e nesse período, o Presidente da República, usurpou-lhes as funções [...]".

Na Constituição de 1946 retoma-se a ideia de existência digna, desta vez prevendo o alcance deste ideal por meio do trabalho, assim descrito no artigo 145. *In verbis*:

Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite **existência digna**. O trabalho é obrigação social. (BRASIL, 2014b, **grifo nosso**).

Contudo, foi a Constituição de 1967 que pela primeira vez, conforme ensina Martins (2003, p. 48), "[...] mencionou a 'dignidade humana' (art. 157, inciso II) numa formulação principiológica [...]".

Como na Constituição de 1934, a de 1967 estabelece a valorização do trabalho como condição ao alcance da dignidade humana. A Emenda Constitucional

de 1969 somente acrescentou a redação do antigo *caput* do artigo 157 o "e social", transformando-o no artigo 160, da Emenda Constitucional, em nada alterando a estrutura anterior. (MARTINS, 2003). *In verbis*: "Art. 160. A ordem econômica e **social** tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:[...]". (BRASIL, 2014c, **grifo nosso**).

Chama-nos atenção Lima Júnior e Fermentão (2012, p. 323) para o fato de mesmo tendo sido positivado já em 1967 a dignidade da pessoa humana não fora respeitada no Brasil, entre o período de 1964 a 1985:

No Brasil entre 1964 e 1985 o povo viveu o pior período de sua história. A pessoa humana deixou de ser respeitada, vários foram torturados e exilados, mas, diferente da segunda guerra mundial, os responsáveis não foram julgados como em Nuremberg e muitos continuaram com cargos no governo.

A Constituição de 1988 foi a primeira: "[...] a tratar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da República e do Estado Democrático de Direito em que ela se constitui [...]".(MARTINS, 2003, p. 46).

Segundo Alves (2001), a Constituição de 1988 recebeu grande influência das Constituições Portuguesa e Espanhola, promulgadas na década de 70, principalmente no que diz respeito à expressa previsão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e essência de todo ordenamento jurídico pátrio.

Castro (1993 apud Alves 2001, p. 128), em relação à influência das Constituições Portuguesa e Espanhola na elaboração da Constituição de 1988, aponta que:

Tal se deveu não apenas em função dos laços histórico-culturais que associavam a formação política do Brasil à península ibérica, mas sobretudo ao fato de que essas nações por igual emergiram de um longo e agônico período ditatorial - o Salazarismo e o Franquismo - tendo buscado, na seiva da Constituinte, um nutriente de democratização e de pacificação nacional. Além do mais, devido ao seu caráter pós-moderno, como ainda à estrutura extensiva de seus respectivos textos, capaz de agasalhar as multiformes e catárticas aspirações de sociedades recém libertas dos grilhões da ditadura, as Constituições portuguesa e espanhola serviram de atrativo natural ao constituinte brasileiro, na medida em que se ocuparam em dicção minuciosa de toda sorte de temas que cativam a sociedade de massas e os ambientes das megalópoles da atualidade.

Para Martins (2003, p. 50), a Constituição de 1988 "avançou significativamente ruma à normatividade do princípio quando transformou a

dignidade da pessoa humana em valor supremo da ordem jurídica, declarando-o em seu art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República [...]". *In verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2014d, **grifo nosso**)

Júnior e Fermentão (2012, p. 323-324) ensinam que:

Tendo em vista a época de total desrespeito ao ser humano, a Constituição Federal de 1988 se preocupou tanto em proteger a dignidade humana, elevando-a como princípio fundamental da República do Brasil. Assim, todos os artigos constitucionais e tratados internacionais deveriam respeitar tal princípio para ser aceito na legislação brasileira, e da mesma forma as demais leis infraconstitucionais devem sempre respeitar a supremacia do princípio fundamental da dignidade humana.

Consolidando o exposto acima, Sarlet (1998, p.100-101) destaca que:

Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.

Na mesma linha de pensamento, discorre Martins (2003, p. 72):

Passa-se, a partir do texto de 1988, ter a consciência constitucional de que a prioridade do Estado (político, social, econômica e jurídica) deve ser o homem, em todas as suas dimensões, como fonte de sua inspiração e fim último. Mas não o ser humano abstrato do Direito, dos Códigos e das Leis, e sim, o ser humano concreto, da vida real. Destarte, deixa-se de lado uma visão patrimonialista das relações políticas, econômicas e sociais para conceber o Estado, e o sistema jurídico que ele estabelece a partir destas relações, como estrutura voltada ao bem estar e desenvolvimento do ser humano. Assim, a pessoa humana passa a ser concebida como o centro do universo jurídico e prioridade justificante do Direito.

Ensina Sarlet (1998, p. 99) sobre a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, que pode ser encontrado em demais artigos ao longo do texto Constitucional brasileiro de 1988, que:

Igualmente sem precedentes em nossa evolução constitucional foi o reconhecimento, no âmbito do direito positivo, do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que não foi objetivo de previsão no direito anterior. Mesmo fora do âmbito dos princípios fundamentais o valor da dignidade da pessoa humana foi objeto de previsão por parte do Constituinte, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170, *caput*), seja quando, no âmbito da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito a dignidade (art. 227, *caput*).

Harmonicamente com a ideia exposta acima, Alves (2001, p. 131) desenvolve seu pensamento:

A ideia de pessoa humana concebida pela Constituição brasileira de 1988 revela-se de modo mais claro no conjunto de direitos fundamentais por ela consagrado. Entretanto, essa ideia também se expressa noutros dispositivos dispersos por todo o texto constitucional, tendo como vetor de sua unidade e coerência o princípio fundamental que afirma a dignidade da pessoa humana, que está consagrado logo no artigo primeiro da Carta Magna.

Neste ponto, observa-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está difundido, não somente na Carta Magna de 1988, mas, sim, em todo o ordenamento infraconstitucional, tendo papel basilar para a construção e interpretação dos textos legais.

Carvalho (1998 apud Alves 2001, p. 142-143), acentua que pelo princípio da dignidade da pessoa humana esta assegurado constitucionalmente:

[...] um Direito Processual que confira ao acusado o direito de ser julgado de forma legal e justa, um direito a provar, contraprovar, alegar e defender-se de forma ampla, em processo público, com igualdade de tratamento em relação a outra parte da relação processual.

Finalizado o apanhado histórico da constitucionalização do Brasil, bem como da positivação do princípio da dignidade humana e sua importância para o ordenamento jurídico pátrio, passa-se à problemática acerca do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme veremos no tópico seguinte.

2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: DIFICULDADE DE CONCEITUAÇÃO

A definição de dignidade human, é de difícil conceituação mesmo após se conhecer-se a evolução histórica do direito a dignidade. O conceito de dignidade para o ordenamento jurídico, ainda está em construção, visto que baseia-se nos Direitos Humanos, fazendo-se necessário levar em consideração as lutas pelos direitos humanos, o poder que governa a sociedade e a evolução social dos Estados governados, visando à proteção de todos. (LIMA JÚNIOR; FERMENTÃO, 2012).

Lima Junior e Fermentão (2012, p.324-325), sobre a tentativa de conceituação da dignidade humana, afirmam:

Para efeitos de definição como norma jurídica fundamental, é difícil ser obtida e quando obtida será questionável. Esta dificuldade de conceituação se dá pelo fato de se cuidar de aspectos de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que não contribui para uma compreensão satisfatória do âmbito da proteção da dignidade humana na sua condição jurídica normativa. Por intermédio dessas concepções é possível entender ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é, do que expressar o que ela é. A partir desse pensamento tem-se o ideal de vida digna, sendo apontado como necessário para se ter uma vida digna pertencer ao direito da dignidade e tudo que não for fundamental para a vida digna não pertencer ao direito da dignidade. A dignidade humana é inerente a cada pessoa, está ligada de modo íntimo e necessário, inseparável. Estabelecer um conceito de dignidade humana é buscar os meios necessários para tornar o princípio efetivo. Dizer que a dignidade é inerente a cada pessoa não significa que a dignidade é um valor disponível ou de relevante valor. A visão de dignidade protegida pelo princípio fundamental deve ser comum a cada indivíduo devendo todos terem sua dignidade garantida individualmente, mas respeitar a dignidade do outrem da mesma forma que deve ser respeitado a sua. Mas o fato de alguém deixar de respeitar a dignidade de outrem não significa que esta pessoa deixa de ter sua dignidade e, sim, que ele tem que responder pelos atos por ele praticados.

De acordo com Andrade (2008, p.10), em lição acerca da conceituação da dignidade da pessoa humana:

A complexidade inerente ao conceito de dignidade torna dificultosa a determinação do seu conteúdo. O que venha a compor o conceito de dignidade é algo que não pode ser definido abstratamente, mas apenas em concreto, à luz de um determinado ordenamento jurídico e dos influxos históricos e culturais de cada sociedade. Toda essa dificuldade teórica em identificar com precisão o conteúdo da dignidade da pessoa humana decorre da circunstância de que o conceito de dignidade se insere na categoria dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, caracterizados pela vagueza e subjetividade de sentido, a exigir do intérprete a formulação de juízos intelectivos mais ou menos complexos.

Martins (2003, p. 110-111) destaca em sua obra que:

[...] a idéia de princípio aberto, ou seja, a noção de abertura das normas constitucionais se situa num plano vertical, significando o caráter geral e indeterminado de muitas normas constitucionais, o que ressalta sua polissemia ou plurisignificado. A rigor, dos problemas decorrentes de uma possível indeterminação também o princípio da dignidade da pessoa humana não está imune. Ao contrário, em função de seu forte conteúdo valorativo, a sua exata conceituação apresenta-se eivada de dificuldades, o que muitas vezes dá margem a conceituações desvinculadas de seu real significado histórico-cultural.

Dadas as dificuldades de conceituação, Sarlet (2004, p. 60) apresenta seu próprio conceito, com o intuito de dar sentido à dignidade da pessoa humana, sendo para ele:

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

De acordo com Martins (2003, p. 120), o conceito: "[...] que mais nos agrada é o formulado por Ingo Wolfgang Sarlet, o qual sintetiza o rol de proteção estabelecida pela dignidade da pessoa humana [...]".

Para fins do estudo ora proposto, o conceito exposto por Sarlet se amolda a ideia trabalhada. Alcança a ideia de proteção estatal à pessoa, contra qualquer ato ofensivo, degradante e desumano, que possa se pretender, advindo do próprio Estado ou de qualquer pessoa inserida neste ou não, contra um ou contra uma coletividade de pessoas, membros de um Estado Democrático, que se fundamente na dignidade da pessoa humana.

Com a construção histórico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, já tratado de seu importante papel no ordenamento jurídico de grande parte das nações, e seu papel basilar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abrem-se as portas para o estudo dos diplomas infraconstitucionais pátrios, base para o estudo voltado ao tema prisão domiciliar por doença grave.

Assim, no próximo capítulo, estuda-se os diplomas relativos ao direito penal brasileiro, tais como o Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal. É traçada, a evolução histórica dos referidos diplomas, e revelado os princípios norteadores, tendo como principal, o princípio da dignidade da pessoa humana, que estende seus tentáculos por todo o sistema coordenando os demais princípios.

3 LEGISLAÇÃO PENAL E APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR

Inicialmente, ainda para fins de introdução, é necessário abordar alguns outros temas, tais como: Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal. A construção histórica da legislação penal pátria constitui um ponto central, para que assim se possa entender as raízes de sua criação, fundamentos e princípios que as norteiam.

3.1 LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, CONCEITUAÇÃO E PRINCÍPIOS NORTEADORES

Na história da humanidade as pessoas sempre buscaram a vida em grupo, se associar uns aos outros. Para que a convivência em grupo fosse possível, regras de comportamento social tiveram que ser estabelecidas, a fim de limitar as atividades de cada indivíduo. (BRUNO, 2003).

Nucci (2013, p. 77) aponta que o indivíduo inserido no grupo social, "[...] desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição".

Para Nucci (2013, p. 86), acerca da aplicação das "penas" nas sociedades antigas e a atual visão acerca do assunto:

Nos primórdios, a pena era aplicada desordenadamente, sem um propósito definido, de forma desproporcional e com forte conteúdo religioso. Atingiu-se a vingança privada e, na sequência, a vingança pública, chamando o Estado a si a força punitiva. Aplicou-se o talião (olho por olho, dente por dente), o que representou um avanço à época, pois traçou-se o contorno da proporcionalidade entre o crime praticado e a pena merecida. Seguiu-se a fase de humanização do direito penal, após a Revolução Francesa, estabelecendo-se, no mundo todo, a pena privativa de liberdade como a principal sanção aplicada, evitando-se, como meta ideal a ser atingida, as penas consideradas cruéis.

Conforme Bruno (2003, p. 98), sobre o início da história jurídica brasileira:

Colônia de Portugal nos primeiros tempos, é com as leis e costumes da metrópole que o Brasil inicia a sua história jurídica. Com leis e costumes que a sociedade que se transportou já formada para a colônia trazia consigo, juntamente com os outros elementos de uma vida social e politicamente organizada. Com as leis severas de Portugal, extravagantes, sob mais de um aspecto, como podem parecer-nos hoje, mais que exprimiam o velho Direito das nações da Europa naquela época. Nessa legislação é que vem apoiar-se a ordem jurídica, política e econômica dos

centros de colonização que primeiro aqui se formaram como núcleos estáveis de vida civilizada, para dar começo à história da nossa cultura. As práticas punitivas das tribos selvagens que habitavam o país, em nada influíram, nem então, nem depois, sobre nossa legislação penal. Em grau primário de cultura, esses povos, que os conquistadores subjugavam brutalmente, interrompendo o curso natural de seu desenvolvimento autônomo, não poderiam fazer pesar seus costumes sobre as normas jurídicas dos invasores, que correspondiam a um estilo de vida política mais avançado.

Pode ser considerado como fonte primitiva do Direito Penal brasileiro a legislação elaborada pelos poderes públicos regionais da colônia, criados a partir das normas de Ordenações do Reino Português. (BRUNO, 2003).

Nucci (2013, p. 71) conceitua Direito Penal como "[...] o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação".

A ciência penal, explica Capez (2008, p. 01), tem como objetivo maior a justiça igualitária:

[...] adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre norma incriminadora e princípios como o da dignidade humana.

O Decreto-Lei nº 2.848 - Código Penal, de 7 de dezembro de 1940, teve seu projeto definitivo apresentado ao Governo pelo ilustre professor Alcântara Machado, "[...] em 4 de novembro de 1940, sendo sancionado como Código Penal por decreto de 7 de dezembro do mesmo ano, entrando em vigor a 1º de janeiro de 1942". (BRUNO, 2003, p. 106).

Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 100) destacam que, "Dentre as leis que modificaram o Código Penal em vigor, merecem destaque a Lei nº 6.414, de 24 de maio de 1977, e a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que institui uma nova parte geral, com tópicos de nítida influência finalista".

Wezel (apud Brandão, p. 91-92), diferencia a teoria finalista da causalista:

Se um raio eletrocuta um homem que trabalha no campo, esse fato se baseia na lei da causalidade, visto que entre o homem e a nuvem se deu a máxima tensão necessária para a descarga elétrica. Essa tensão também poderia ter sido originada por qualquer outro objeto que estivesse a certa altura da nuvem. Não existe, pois, um acontecer final para determinar a

descarga elétrica. A situação, nas ações humanas, é totalmente diversa; quem deseja matar outrem elege, conscientemente para atingir esse fim, os fatores causais necessários, como a compra da arma, averiguação da oportunidade, disparar ao objetivo. A finalidade, portanto, baseia-se na capacidade de a vontade prever, dentro de certos limites, as consequências de sua intervenção no curso causal e dirigi-lo conforme a consecução desse dito fim. "A espinha dorsal da ação final é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal", sem ela a ação seria rebaixada a um acontecimento causal cego.

Nucci (2013, p. 85) pondera sobre as modificações finalistas implementadas pela Lei 7.209 de 1984, ao atual Código Penal, da seguinte forma:

[...] editou-se a Lei 7.209/84 promovendo extensa reforma na Parte Geral do Código atual, embora sem modificá-la por completo. O Código original de 1940, nascido de concepção causalista, sofreu algumas modificações finalistas por ocasião da mencionada reforma do ano de 1984, permanecendo, pois, híbrido, não se podendo afirmar ser de conotação causalista pura, nem tampouco finalista na essência.

Como destaca Prado, Carvalho e Carvalho (2014, p. 105), "o Direito Penal, como também os demais ramos do ordenamento jurídico, fundamentam-se em determinados princípios como elementos essenciais e diretores, em sua maioria jurisdicizados, seja em nível constitucional, seja não constitucional".

Nucci (2013, p. 87-88) aponta, no âmbito dos princípios regentes ou constitucionais do Direito Penal, a importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

O conjunto dos princípios formam um sistema próprio, com lógica e auto regulação. Por isso, trona-se imperioso destacar dois aspectos: a) há integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais; b) coordenam o sistema de princípios os mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais: dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

Estabelece o art. 1º, III, da Constituição Federal: "A República Federativa do Brasil, formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana". No art. 5º, LIV, da Constituição Federal, encontram-se: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". [...].

O Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade da pessoa humana, justamente pelo fato de assegurar que o *braço forte* do Estado continue a ser democrático de direito.

Da mesma forma, Capez (2008, p10), entende que, para o Estado ser democrático de Direito deve estar sempre associado ao respeito ao princípio da

dignidade da pessoa humana, assim, o direito penal, para que se diga democrático, deve se submeter a esta regra também:

1. O Direito Penal Brasileiro somente pode ser concebido à luz do perfil constitucional do Estado Democrático de Direito, devendo, portanto, ser direito penal democrático. 2. Do Estado Democrático de Direito parte um gigantesco tentáculo, a regular todo o sistema penal, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que toda incriminação contrária ao mesmo é substancialmente inconstitucional. 3. Da dignidade humana derivam princípios constitucionais do Direito Penal, cuja função é estabelecer limites à liberdade de seleção típica do legislador, buscando, com isso, uma definição material do crime.

Importante destacar, dentre os princípios que derivam da dignidade humana, princípios como o da legalidade, anterioridade, retroatividade da lei mais benéfica, humanidade, responsabilidade pessoal, individualização da pena, intervenção mínima, taxatividade, vedação da dupla punição pelo mesmo fato e culpabilidade. (NUCCI, 2013).

Portando, o legislador, com observância aos princípios constitucionais e princípios próprios do Direito Penal, cria tipos penais incriminadores para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes e preciosos, indicando as condutas proibidas e a referente cominação legal em caso de violação, a fim de assegurar a vida em sociedade.

Nucci (2013, p.85) afirma que, "cometida a infração penal, nasce para o Estado o direito de punir (pretensão punitiva), consubstanciada na legislação material, com alicerce no direito fundamental de que *não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine*".

A Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LIII e LIV, expõe as seguintes regras constitucionais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;[...]. (BRASIL, 2015d, grifo nosso).

O Código de Processo Penal brasileiro (CPP) foi instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942, sendo este o diploma legal vigente até os dias atuais.

Nucci (2013, p. 85) em sua doutrina define Direito Processual Penal como "[...] o corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular o modo, os meios e os encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei no caso concreto".

Bonfim (2009, p. 06) acrescenta que "*[...] os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e consequente punição dos culpados*".

Acerca do Processo Penal, Nucci (2013, p. 198-199) esclarece que:

Viabiliza-se a ação penal através do processo, que segue um procedimento. Processo é o instrumento de realização do direito de pedir ao Poder Judiciário a aplicação do direito material ao caso concreto, formatando-se pelos aspectos externo e interno. Externamente, o processo é uma sucessão ordenada de atos dirigidos à sentença. Internamente, cuida-se de uma relação estabelecida entre as partes contrapostas - acusação e réu - e o Estado-juiz. Procedimento é a forma e o ritmo dado à sucessão dos atos que buscam a sentença.

O Processo Penal, bem como todos os ramos do Direito, é pautado no respeito às garantias humanas fundamentais, tendo como princípio norteador dessas garantias individuais, o princípio da dignidade da pessoa humana, trazida ao ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988, no artigo 1º inciso III.

Oliveira (2004 apud Nucci 2013, p. 86) ensina que:

[...] depois de longa e sofrida vigência de uma codificação caduca e seus pontos estruturais - o CPP de 1941 - a Constituição de 1988 não poderia ser mais bem vinda, e, por todas as suas virtudes, na instituição de garantias individuais e no estabelecimento de uma ordem jurídica fundada na afirmação e proteção dos direitos fundamentais, há de se manter bem viva.

Segundo Nucci (2013, p. 75), "para assegurar o exercício de direitos tão importantes como os inerentes à natureza humana é preciso contrabalancear *autoridade e liberdade*". O autor (2013, p. 90) destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, e seu papel basilar, no âmbito processual penal:

O Processo Penal constitui o amálgama do Direito Penal, pois permite a aplicação justa das normas sancionadoras. A regulação dos conflitos sociais

por mais graves e incômodos, depende do respeito aos vários direitos e garantias essenciais à formação do cenário ideal para a punição equilibrada e consentânea com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, valorizando-se, acima de tudo, a dignidade humana.

Távora e Alencar (2014, p. 60) sobre os princípios processuais penais, destacam:

O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra a arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, o processo é uma das previsões constitucionais de garantia do atendimento ao texto da Constituição do Brasil.

Nesse aspecto, os princípios que irrigam a nossa disciplina são fundamentais, muitos deles encontrando respaldo expresso na própria Constituição da República. Os princípios não estão em um rol taxativo. Em verdade, diante da atividade do jurista para a construção da norma jurídica, serão possíveis aplicações que evidenciam tanto princípios constitucionais expressos como princípios constitucionais decorrentes do sistema constitucional.

Os princípios, que regem o processo penal, segundo manual de processo penal de Nucci (2013), podem ser divididos em princípios constitucionais explícitos e implícitos. Os explícitos se desdobram em princípios concernentes ao indivíduo, como o princípio do contraditório, e concernentes ao Estado, como o princípio da vedação das provas ilícitas. Já os implícitos, se subdividem em concernentes à relação processual, como duplo grau de jurisdição, e concernentes à atuação do Estado, como o princípio da oficialidade.

Além de princípios constitucionais, temos os princípios meramente processuais penais, que se desmembram em concernentes à relação processual, como o princípio da busca da verdade real, e ainda em concernentes à atuação do Estado, como o princípio da colegialidade.

Na mesma diapasão Távora e Alencar (2014) assinalam que o processo penal é regido tanto por princípios constitucionais como por princípios próprios inerentes ao processo, sendo estes verdadeiros pilares do direito processual penal.

Para Nucci (2013, p. 88), o Processo Penal ergue-se "[...] em torno de princípios que, por sua vez, suplantam a própria literalidade da lei". Com isso, no decorrer do desenvolvimento de todo o Processo Penal deve ser sempre observado pelo operador do direito cada um dos Princípios que regem o Processo, sob pena de se frustrar o resultado perseguido, neste caso a punição justa do acusado.

A Constituição pátria de 1988 prevê como pena mais gravosa que pode ser aplicada a uma pessoa, em caso de sanção penal, a pena de "prisão", trazida ao ordenamento jurídico pelo disposto no artigo 5º, inciso XLVI, sendo esta modalidade de sanção que importa para as finalidades do presente estudo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade; (BRASIL, 2015d, **grifo nosso**).

O Código Penal, em seu artigo 32, norma infraconstitucional, traz as espécies de penas aplicadas aos considerados culpados, após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Vê-se o texto legal:

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - de multa.(BRASIL, 2015e, **grifo nosso**).

As penas privativas de liberdade comportam as seguintes espécies: reclusão, detenção e prisão simples, que se diferenciam entre si pelo regime penitenciário que se aplica a cada espécie. (CAPEZ, 2008).

Gonçalves (1999, p. 104), em sua obra, apresenta o seguinte ensinamento sobre penas privativas de liberdade:

As penas privativas de liberdade são as seguintes:

a) *Reclusão*: cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto.

b) *Detenção*: cumprida em regime semiaberto ou aberto, salvo a hipótese de transferência excepcional para o regime fechado.

c) *Prisão simples*: prevista apenas para as contravenções penais e pode ser cumprida nos regimes semiaberto ou aberto.

Segundo Capez (2008, p. 360), são três os regimes penitenciários:

a) Fechado: cumpre a pena em estabelecimento penal de segurança máxima ou média.

b) Semiaberto: cumpre a pena em colônia penal agrícola, industrial ou em estabelecimento similar.

c) Aberto: trabalha ou frequenta curso em liberdade, durante o dia, e recolhe-se em Casa Albergue ou estabelecimento similar à noite e nos dias de folga. (**grifo do autor**).

As três espécies de penas privativas de liberdade (reclusão, detenção e prisão simples) importam efetivamente na "prisão" do condenado, que tem cerceado seu direito de ir e vir, em grau que respeite a ofensividade do crime cometido por ele.

Távora e Alencar (2014, p. 701-702) trazem em sua doutrina a seguinte explanação acerca do termo "prisão":

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada **prisão pena**, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

No transcorrer da persecução penal, contudo, é possível que se faça necessário o encarceramento do indiciado ou do réu, mesmo antes do marco final do processo. Isto se deve a uma necessidade premente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, trazidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado. Surge assim a possibilidade de **prisão sem pena**, também conhecida por prisão cautelar, provisória ou processual, que milita no âmbito da excepcionalidade, afinal, a regra é que a prisão ocorra com o advento da sentença definitiva, em razão do preceito esculpido no art. 5º, inciso LVII da CF, pois "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Nesse panorama importa diferenciar a **prisão carcer ad poenam da prisão carcer ad custodiam**. Ambas expressões remontam à época dos tribunais espanhóis da Inquisição, conferiam à prisão o qualificativo de castigo, inspiradas no direito canônico. José Frederico Marques nos informa essa origem histórica, para explicar a distinção clássica entre:

1) prisão carcer ad poenam: que é a prisão penal propriamente dita (prisão-penal), consistente na pena ou sanção específica decorrente da violação ou ameaça de um bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, é o conseqüente sancionador ligado ao antecedente da norma jurídica penal;

2) prisão ad custodiam: é a prisão cautelar, processual ou pré-cautelar (flagrante), que decorre de decisão fundamentada do juiz (prisão preventiva, prisão provisória) ou de permissivo constitucional (prisão em flagrante).
(grifo do autor).

Nucci (2013, p. 587) acrescenta:

Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessária, até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, ao final do processo de conhecimento, inicia-se a fase de execução da pena, regida atualmente pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal (LEP), "[...] tem início após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impondo pena

privativa de liberdade, se o réu estiver preso ou vier a ser preso, expedindo o juiz da condenação a guia de recolhimento (art. 105 LEP)". (NUCCI, 2013, p. 1052).

Nucci (2013, p. 1020), tece o seguinte comentário acerca da autonomia do Direito de Execução Penal:

Essa é a denominação adotada, na Exposição de Motivos da Lei 7.210/84 (itens 9 e 12), para o ramo do direito que cuida da execução da pena aplicada, envolvendo todos os aspectos pertinentes a tornar efetiva a sanção punitiva estatal.

Trata-se de ciência autônoma, com princípios próprios, embora sem, jamais, desvincular-se do Direito Penal e do Processual Penal, por razões inerentes à sua própria existência. A insuficiência da denominação Direito Penitenciário torna-se nítido, na medida em que a Lei de Execução Penal cuida de temas muito mais abrangentes do que a simples execução de penas privativas de liberdade e presídios. Logo, ao regular as penas alternativas e outros aspectos da execução penal, diversos da pena privativa de liberdade, tais como o indulto, a anistia, a liberdade condicional, entre outros, enfraquece-se o seu caráter de direito penitenciário, e fortalecendo-se, em substituição, a sua vocação para tornar-se um Direito da Execução Penal.

Roig (2005, p. 103), acerca da construção histórica da atual Lei de Execução Penal, traz a seguinte perspectiva:

Desde a edição dos primeiros regulamentos penitenciários, em meados do século XIX, o Brasil passou a desfrutar de grande profusão de normas regulamentares em âmbito penitenciário. Em lugar de um instrumento normativo de diretrizes gerais, o que se verificava era a adoção de diferentes comandos para cada uma das unidades prisionais dos países, muitos deles absolutamente colidentes entre si. A necessidade de unificação do tratamento legal dispensado à questão carcerária, juntamente com a crescente exortação da autonomia científica de um "Direito Penitenciário", suscitada desde o X Congresso Penitenciário Internacional, ocorrido em Praga no ano de 1930, deram azo a diferentes projetos e anteprojetos de Código Penitenciário para o Brasil, ao longo do século XX.

O primeiro projeto de Código Penitenciário, que conferiu ao Brasil a condição de pioneiro na defesa da tripartição dos Códigos em sede penal, foi concebido em 1933 por Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho. Já em 1957, Oscar Stevenson elaborou um novo anteprojeto de Código, seguido pelo anteprojeto de Roberto Lyra, em 1963. Por fim, em 1970, Benjamim Moraes Filho elaborou o último dos anteprojetos de Código Penitenciário.

As diferentes propostas refletem, de forma cristalina, as distintas orientações criminológicas de seus autores e de seu tempo e, muito embora não tenham sido postas em prática, logrando transformar-se em diplomas legais concretos, tiveram o condão de traçar muitos dos contornos da atual legislação penal executiva brasileira.

Mirabete (2002, p. 22) cita a seguinte explanação sobre o tema:

Enfim, em 1981, comissão constituída pelo Ministro da Justiça e composta pelos Professores Francisco de Assis de Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Junior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sérgio Marcos Moraes Pitombo, Benjamim Moraes Filho e Negi Calixto apresentou a nova Lei de Execução Penal. Foi ele publicado pela Portaria nº 429, de 27-7-1981, para receber sugestões e entregue, com estas, à comissão revisora constituída por Francisco de Assis Toledo, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci, que contaram com a colaboração dos professores Everaldo da Cunha Luna e Sergio Marcos de Moraes Pitombo. O trabalho da comissão revisora foi apresentado em 1982 ao Ministro da Justiça. Em 29-6-1983, pela mensagem nº 242, o Presidente da República João Figueiredo encaminhou o projeto ao Congresso Nacional. Sem qualquer alteração de vulto, foi aprovada a Lei de Execução Penal, que levou o nº 7.210, promulgada em 11-7-1984 e publicada no dia 13 seguinte, para entrar em vigor concomitantemente com a lei de reforma da Parte Geral do Código Penal, o que ocorreu em 13-1-1985.

Nucci (2013, p. 1018) discorre acerca da Execução Penal, instituída pela Lei nº 7.210/84, trazendo a seguinte conceituação para o tema:

Trata-se da fase do processo penal, em que se faz valer o comando contido na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a pena privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária.[...]. Com o trânsito em julgado da decisão, que lhe impôs pena, seja porque recurso não houve, seja porque foi negado provimento ao apelo, a sentença torna-se título executivo judicial, passando do processo de conhecimento ao processo de execução.

Para Roig (2005, p. 138-139), "a Lei de Execução Penal foi concebida como instrumento normativo capaz de conferir humanidade ao tortuoso processo de injunção da pena privativa de liberdade ao indivíduo".

Nucci (2013, p. 1020-1021), sobre a humanização da pena, afirma:

O princípio da humanidade é adotado, constitucionalmente, envolvendo não apenas o Direito Penal, como também o Direito da Execução Penal. Dispõe o art. 5.º, XLVII, que "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis". Além disso, estabelece a Constituição da República outras regras regentes da execução penal: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado" (art. 5.º, XLVIII), "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (5.º, XLIX), e "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação" (5.º, L).

A legislação ordinária segue os passos dados pelo texto constitucional. Confirma-se: art. 38 do Código Penal: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades respeito à sua integridade física e moral"; art. 3º da Lei de Execução Penal: "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei"; art. 40 da mesma Lei: "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios".

De acordo com Castilho (1988, p. 26), acerca da execução penal no Brasil e o controle constitucional:

No Brasil a finalidade da execução penal não constitui preocupação de nível constitucional. Especificamente o único limite constitucional está na imposição a todas as autoridades de respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 154, §14). É o princípio da dignidade humana.

A Lei de Execução Penal (LEP) traz em seu artigo 1º a seguinte redação:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (BRASIL, 2015f).

Para Mirabete (2002, p. 26):

Contém o art. 1º da Lei de Execução Penal duas ordens de finalidades. A primeira delas a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos. Ao determinar que a execução penal "tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal", o dispositivo registra formalmente o objetivo da realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões. A segunda é a de "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado", instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social.

Durante a fase de execução da pena, que é regido pela Lei de Execução Penal e pelo Código de Processo Penal, por força do artigo 2º, da LEP, o condenado conserva todos os princípios e direitos garantidos na fase de conhecimento do processo penal. Assim, assegura-se a aplicação do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito à prova, do direito de não autoincriminar, dentre outros presentes, no desenvolvimento regular do devido processo legal. (NUCCI, 2013).

Diante do exposto, fica demonstrado de que forma as pretensões punitivas impostas pelo Estado são aplicadas aos transgressores da legislação penal, tendo como instrumentos de sua aplicação os ditames trazidos pela Constituição pátria de 1988 e os diplomas infraconstitucionais legais específicos de Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal.

3.2 DA PRISÃO DOMICILIAR NO BRASIL: HISTÓRICO E DISTINÇÃO ENTRE PRISÃO DOMICILIAR E PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR

A prisão domiciliar foi introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 5.256/67, para autorizar presos provisórios com direito a prisão especial a se recolherem em suas residências, no caso de não haver estabelecimento adequado a seu recolhimento na localidade onde houvesse de ser cumprida a medida imposta pelo Estado. (MIRABETE, 2002). Prescreve o artigo 1º da lei supracitada:

Art. 1º 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.(BRASIL, 2014g).

Em 1984, a Lei nº 7.209/1984, alterou o Decreto-Lei nº 2.848/40 - Código Penal, trazendo consigo novas regras para o cumprimento do regime penitenciário aberto, dando nova redação ao artigo 33, §2º, alínea "c", do diploma legal. *In verbis*:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...].

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (BRASIL, 2015e, grifo nosso).

O regime aberto, consiste em uma forma de cumprimento de pena privativa de liberdade, onde o condenado tem o direito de trabalhar ou frequentar cursos em liberdade, durante o dia, recolhendo-se à noite, finais de semana e feriados em Casa de Albergado ou estabelecimento similar, condicionado ainda à observância das condições obrigatórias descritas na Lei de Execução Penal em seu artigo 115. (CAPEZ, 2008).

O condenado, dependendo da hipótese, pode iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto. No caso da obrigatoriedade do condenado ter que iniciar o cumprimento da pena em regime penitenciário mais gravoso (semiaberto ou fechado), por meio da progressão de regime (artigo 112 da Lei de Execução Penal) e cumpridos os requisitos impostos pela Lei de Execução Penal, artigos 113 e 114, poderá, vir a se beneficiar do regime aberto. (CAPEZ, 2008).

De acordo com Silva (2009, p. 64), em relação ao regime penitenciário aberto:

Em suma as regras do regime aberto são: a) o regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado; b) o condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. O trabalho no regime aberto não dá direito à remição; c) o condenado será transferido do regime aberto (para regime mais rigoroso), se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada. A condenação por crime anteriormente praticado, desde que a nova soma torne incompatível o regime aberto, também conduz à regressão (para regime mais severo).

Segundo Mirabete (2002, p. 429-430), que discorre sobre a chamada "prisão albergue domiciliar", aplicada na falta de estabelecimento prisional adequado (casa do albergado ou similar), aos condenados aptos a cumprirem pena em regime aberto:

[...] diante da inexistência de locais adequados para o cumprimento da prisão albergue, os aplicadores da lei penal depararam-se com penas alternativas: admitir o alojamento noturno em salas superlotadas das cadeias públicas; não conceder o regime, embora o sentenciado estivesse em condições de adequar-se a ele; ou conceder a prisão domiciliar, com recolhimento a sua própria residência. Não havendo o Poder Público diligenciado para a construção de estabelecimentos destinados ao regime aberto em todas as comarcas, juízos e tribunais passaram a conceder a chamada "prisão albergue domiciliar", transformando em verdadeiro simulacro da execução da pena pela inexistência de qualquer controle ou fiscalização na obediência das condições impostas. A prisão albergue domiciliar passou a ser forma velada de impunidade, de que os juízes lançavam mão em último recurso, na impossibilidade de o benefício ser desfrutado em local adequado.

A prisão albergue domiciliar não atendia as finalidades da pena e os anseios sociais de punir e ressocializar o condenado, de modo que a prisão em

regime aberto havia caído em total descrédito, tendo se transformado na certeza de impunidade.

Com a finalidade de corrigir esse problema na legislação penal, e evitar a concessão indiscriminada de prisão domiciliar, a Lei nº 7.210/84 - Lei de Execução Penal - LEP, distinguiu em duas as modalidades de cumprimento do regime penitenciário aberto. Sendo uma a prisão albergue, regulamentada pelo artigo 93, sendo a forma ordinária de cumprimento do regime aberto. E outra, a prisão domiciliar, regulamentada pelo artigo 117, sendo esta uma forma excepcional, utilizada somente nas hipóteses descritas nos incisos de I a IV, do referido artigo.

O artigo 93, da Lei de Execução Penal, dispõe acerca da Casa do Albergado, e, segundo o artigo, destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana: "Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana".(BRASIL, 2014f)

Segundo Capez (2008, p. 391), "Casa do Albergado: destina-se ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (LEP, art. 93)".

O artigo 117 da Lei de Execução Penal estabelece que o condenado, beneficiário do regime aberto, seja recolhido em residência particular, ao invés da casa do albergado, nos casos expostos em seus incisos:

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. (BRASIL, 2014f).

De acordo com Capez (2008, p. 391):

[...] a Lei de Execução Penal, em seu art. 117, criou uma nova modalidade de prisão domiciliar, qual seja, a relativa ao cumprimento de pena imposta por decisão transitada em julgado. Com efeito, estabeleceu as hipóteses em que o condenado em regime aberto pode recolher-se em sua própria residência, em vez da Casa do Albergado: [...].

Silva e Boschi (1986, p.111) apontam:

O legislador estabeleceu, assim, em relação a determinadas pessoas, tratamento diferenciado, face condições pessoais, de idade, saúde e

gravidez, permitindo, pela maior assistência que necessitam, que cumpram suas penas nas próprias residências.

Como pode ser observado, a Lei de Execução Penal claramente distingue a prisão domiciliar, onde o condenado deve se enquadrar, e alguma das hipóteses taxativas previstas no artigo 117, além de estar gozando do regime aberto, e a prisão albergue, destinada aos condenados em regime aberto que não se encontram em nenhuma situação especial prevista no artigo supracitado. (JÚNIOR, 1998).

Contudo, apesar da Lei de Execução Penal ter criado uma distinção entre as formas de cumprimento da pena em regime aberto, sendo uma forma ordinária e outra de caráter excepcional, não foi suficiente para acabar com a chamada "prisão albergue domiciliar". Os Estados não cumpriram com o seu papel de instalar as casas de albergados, inexistindo até hoje, em várias localidades, este tipo de estabelecimento prisional. (NUCCI, 2013).

Da publicação da Lei 7.210/84, ficou estabelecido o prazo de 6 (seis) meses, para que o Estado providenciasse bens imóveis para a instalação da casa de albergado, contudo, passados quase três décadas, ainda não se vê o efetivo cumprimento do exposto pelo diploma legal.(CAPEZ, 2006).

Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não auto-aplicáveis.

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.(BRASIL, 2014f, grifo nosso).

Silva e Boschi (1986, p. 89-90) apontam que a própria Lei já previa dificuldades para o seu fiel cumprimento:

O legislador federal admite, no artigo 82 §2º da LEP, a possibilidade de que o mesmo conjunto arquitetônico abrigue estabelecimentos de destinação diversa, "desde que devidamente isolados". Isto sem dúvida é o reconhecimento das dificuldades que os Estados terão para o atenderem mais esta exigência da Lei.

Assim, explica Nucci (2013 p. 1060), "[...] passou-se a deferir a todo e qualquer condenado, sujeito ao regime aberto, o cumprimento da pena em sua

própria residência (é a denominada *prisão albergue domiciliar - PAD*), o que não condiz com o objetivo da Lei de Execução Penal [...].

O objetivo da Lei de Execução Penal ao distinguir prisão domiciliar e prisão albergue, para o regime aberto, era garantir que o condenado cumprisse efetivamente a pena imposta pelo Estado-Juiz, com maior controle e fiscalização. Pela falta de aparelhamento do Poder Público, em muitos casos, esta distinção não se revela na prática, uma vez que os tribunais são obrigados a utilizar-se da antiga "prisão albergue domiciliar", para vir a garantir os direitos do condenado. Como já exposto, essa forma de cumprimento do regime aberto em residência particular, de acordo com a Lei de Execução Penal, seria reservado somente àqueles condenados que se enquadram nas hipóteses previstas nos incisos de I a IV do artigo 117. (MIRABETE, 2002).

Enfim, as únicas hipóteses de cumprimento de pena, em que os legisladores da época autorizaram que o condenado pudesse cumpri-la em residência particular, estão previstas no artigo 117, da Lei de Execução Penal, como exceção a regra. A prisão albergue domiciliar - (PAD), é apenas uma forma de se "tapar o sol com a peneira", como dito popularmente. Não encontra respaldo nos diplomas legais e, não seria uma medida aplicável, caso houvesse meios do condenado cumprir a pena na forma descrita pela legislação.

3.3 DA PRISÃO DOMICILIAR PREVISTA PELO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL: HIPÓTESES DE CONCESSÃO

Como já visto no capítulo anterior, o artigo 117, da Lei de Execução Penal traz, em seus incisos de I a IV, as possibilidades em que o julgador pode autorizar que o condenado passe a cumprir sua pena em prisão domiciliar:

O *caput* do artigo 117, da Lei de Execução Penal, condiciona o recolhimento domiciliar ao condenado que, além de se enquadrar em alguma das circunstâncias previstas - (I - ter mais de 70 anos; II - acometido por doença grave; III - condenada ter filho menor ao deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante), estiver sob o benefício do regime aberto. Portanto, impossibilitando que os demais condenados que cumprem pena em regimes diversos (semiaberto e fechado) possam se beneficiar desta excepcionalidade no cumprimento da pena em regime aberto.

Conforme Mirabete (2002, p. 442):

Deve-se resaltar que a prisão domiciliar é uma espécie reservada aos condenados que cumprem pena em regime aberto, sendo absolutamente incompatível com outros (semi-aberto e fechado). Assim, por exemplo, não basta estar acometido por doença grave.

As hipóteses de aplicação da prisão domiciliar, como já colocado, estão previstas nos incisos de I a IV do artigo 117 da Lei de Execução Penal, e são taxativos, não podendo o julgador conceder este benefício a condenados que não cumprem as exigências previstas.

Mirabete (2002, p. 442) justifica as hipóteses de prisão domiciliar previstas no artigo 117 da Lei de Execução Penal, expondo o seguinte ponto de vista:

A primeira hipótese em que se admite a prisão domiciliar refere-se ao condenado maior de 70 anos. Como em outras situações (arts. 65, I, 77, §2º, 115 do CP), concede a lei melhores condições penais ao condenado maior de 70 anos, levando em conta sua decadência ou degenerescência provocada pela senilidade, sua menor periculosidade e as maiores dificuldades que tem em suportar o rigor da pena. A idade que se refere a lei é a do momento da execução, nada impedindo que, iniciado o cumprimento da pena em prisão albergue passe o condenado que completar 70 anos à prisão domiciliar. Também tem direito à prisão domiciliar o condenado acometido por doença grave, ou seja, de moléstia de difícil cura, que exige longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente. Entre elas pode-se destacar a AIDS; segundo estatística de 1989, em cada nove presidiários um está contaminado pelo vírus da moléstia. É evidente, porém, que não tem direito a prisão domiciliar o condenado apenas por ser portador do vírus ou mesmo por já ter contraído a moléstia. É indispensável que, além de se ter deferido o regime aberto, não possa ser ele devidamente assistido pelo serviço médico do Estado na casa do albergado e se encontre em *fase terminal* da doença. Está ainda sujeito somente à prisão domiciliar a condenada com filho menor ou deficiente físico. O benefício é concedido mais em favor da criança ou do deficiente, que necessita do amparo maternal. Por fim, concede-se prisão domiciliar à condenada gestante, procurando-se proporcionar a esta melhores condições durante o período de gestação.

Capez (2008, p. 391) acrescenta, em relação aos incisos I e III do artigo

117:

[...] que na primeira hipótese a idade a que se refere a lei é a do momento da execução. No tocante à última hipótese, prisão-albergue domiciliar também poderá ser estendida ao sentenciado do sexo masculino, por aplicação analógica.

O artigo 117 da Lei da Execução Penal condiciona a concessão da prisão domiciliar ao cumprimento de certos requisitos, que podem ser objetivos, como ter 70 anos de idade no momento da execução da pena ou alcançar esta idade durante seu cumprimento. Ou subjetivos, como é o caso do acometimento por "doença grave".

Portanto, para o condenado que invoca o inciso II do artigo 117 da Lei de Execução Penal, para que sua pena passe a ser cumprida em residência particular, não basta que esteja acometido por alguma moléstia, esta, deve ser grave.

Como já bem colocado pela doutrina de Mirabete (2002), para que se conceda a prisão domiciliar por doença grave "é indispensável que, além de se ter deferido o regime aberto, não possa ser ele devidamente assistido pelo serviço médico do Estado na casa do albergado e se encontre em *fase terminal* da doença".

A jurisprudência vem entendendo, em reiterados julgados, que para concessão da prisão domiciliar, o condenado deve comprovar, documentalmente, por meio de laudo pericial médico, inclusive com indicação da CID - (Classificação Internacional da Doença), que está acometido por uma doença grave e, ainda, que o tratamento não possa ser ministrado no local onde se encontra recolhido ou que o tratamento seja insuficiente.

Colhe-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO APROPRIADO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO ALBERGUE DOMICILIAR. PACIENTE QUE ALEGA ESTAR ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A ELUCIDAÇÃO DO EFETIVO ESTADO DO APENADO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A ESTREITA VIA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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. **2. O não preenchimento pelo paciente dos requisitos elencados no artigo 117, da Lei de Execução Penal, em especial a ausência de laudo pericial médico a comprovar o acometimento de doença grave, bem como da impossibilidade de ser o tratamento ministrado no estabelecimento prisional em que se encontra, impedem o reconhecimento de qualquer ilegalidade.** 3. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para a análise das alegações que exijam o revolvimento de matéria fático probatória. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 229.076/GO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014). (BRASIL, 2015h, **grifo nosso**).

Diferentemente da doutrina, a jurisprudência não exige que a doença esteja em fase terminal, tão somente exige-se que a doença seja comprovadamente grave e que o tratamento não possa se dar no ambiente da casa do albergado ou que seja insuficiente às necessidades do paciente.

Mirabete (2002, p. 443) explica ainda que a prisão domiciliar vincula sua concessão à aceitação do condenado em cumprir com as obrigações impostas pelo regime aberto:

As restrições, obrigações e horários deverão ser observados pelo condenado, sob pena de revogação do regime. Está ele também obrigado ao trabalho, a menos que suas condições de saúde ou encargos domésticos não permitam, caso em que poderá ser dispensado da obrigação pelo juiz da execução.

Mesmo proporcionando ao condenado o recolhimento à residência particular, nos casos especificados na lei, a prisão domiciliar é uma espécie de prisão, portanto, não dispensa o beneficiado de cumprir com as normas de conduta do regime aberto.

Assim, condenados que se enquadrem dentre as hipóteses trazidas pelo artigo 117, da Lei de Execução Penal, em seus incisos de I a IV, que estejam em regime aberto e, que cumpram as normas impostas pelo juiz da Execução, podem vir a cumprir sua pena em regime domiciliar, de forma excepcional ao referido regime de cumprimento da pena (regime aberto).

Neste capítulo vimos a construção histórica dos diplomas que regem o direito penal brasileiro. Verificou-se os princípios que os norteiam, com ênfase ao princípio da dignidade da pessoa humana como o principal deles e o modo de aplicação das leis ao caso concreto. Estudamos ainda a prisão domiciliar trazida ao ordenamento jurídico pelo artigo 117 da Lei de Execução Penal e suas hipóteses de concessão, dando destaque ao inciso II do artigo, que trata da prisão domiciliar por doença grave.

Isto feito, se passará no próximo capítulo à análise dos resultados da pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ainda será tratado da flexibilização da norma penal que versa sobre a prisão domiciliar por doença grave.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA E A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 117 DA LEP

Neste capítulo serão analisadas a jurisprudência sobre a temática, bem como a flexibilização ocorrida nos Tribunais Superiores. A pesquisa estrutura-se sobre os pedidos de prisão domiciliar por doença grave feitos nos anos de 2012 a 2014, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Já a flexibilização do artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal, com relação a apenados que cumprem pena em regime diverso do aberto, terá base no entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

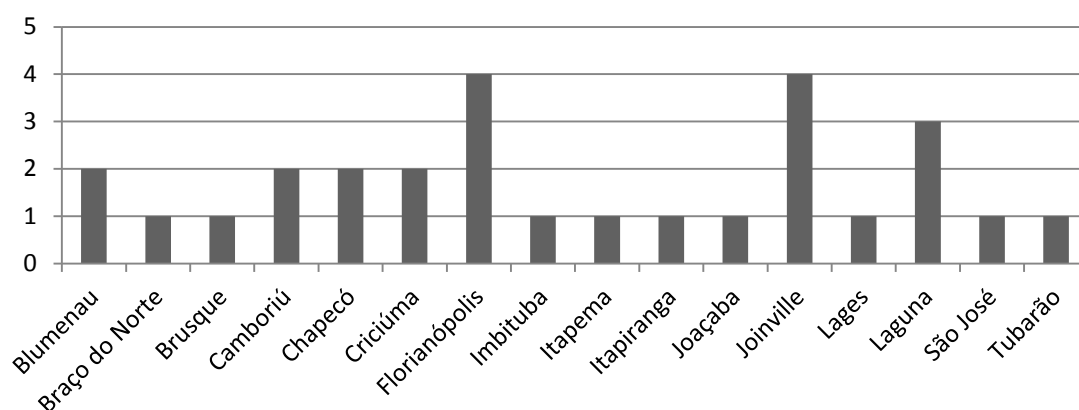
4.1 METODOLOGIA DA PESQUISA

Colheu-se os dados da pesquisa no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), na data de 19 de março de 2014 a 25 de março de 2015. O intervalo temporal das decisões analisadas é de 3 (três) anos, sendo válidas para o presente trabalho acórdãos exarados nas datas de 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014.

Para a pesquisa utilizou-se as palavras-chave "prisão domiciliar" e "doença grave", conjuntamente. O lapso temporal programado para a obtenção do resultado foi 1º de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014. Ainda, como filtro, foi selecionado o campo "Direito criminal", para que decisões de outras naturezas não fossem listadas como resultado.

Do resultado obtido foram utilizados acórdãos que versavam sobre pedidos relacionados a pessoas já condenadas pela Justiça, que cumprem pena em regime semiaberto, fechado ou que já se encontravam em regime domiciliar, e excluídas decisões que não se adequaram a estes parâmetros.

Figura 1 - Quantidade de Acórdãos por Comarca



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do TJSC de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014.

No total, colheu-se 28 (vinte e oito) acórdãos de processos com origem em 16 (dezesesseis) comarcas diferentes, com destaque para a Capital do estado e Joinville, com 4 (quatro) acórdãos cada, e Laguna com 3 (três) acórdãos. As demais comarcas tiveram entre 1 (um) e 2 (dois) acórdãos, conforme pode ser verificado na figura 1.

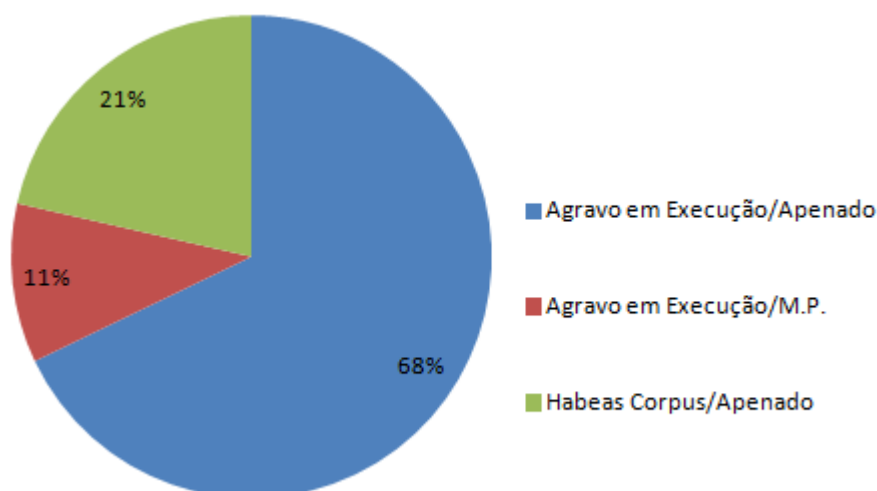
4.2 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Com base na metodologia utilizada e na busca feita, pôde-se agrupar os dados e concretizar os gráficos a seguir.

4.2.1 Dos recursos impetrados e suas decisões

Como demonstra a figura 2 abaixo, do total de 28 (vinte e oito) recursos colhidos, 68% foram Agravos em Execução impetrados pelos condenados e 21% interpuseram "*Habeas Corpus*". Ambos os recursos visavam à concessão ou manutenção da prisão domiciliar. Os outros 11% dos recursos foram Agravos em Execução, interpostos pelo Ministério Público Estadual, contra decisões de primeiro grau que haviam concedido a benesse da prisão domiciliar.

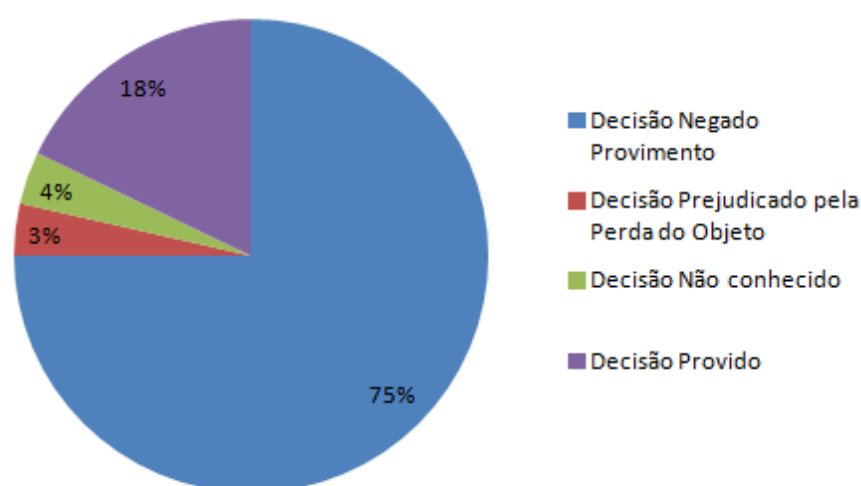
Figura 2- Percentual de recursos interpostos pelos condenados e pelo Ministério Público Estadual (M.P.):



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do TJSC de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014

Dos recursos interpostos (figura 3), tanto pelos condenados como pelo Ministério Público Estadual, 75% não foram providos, 18% foram providos, 4% foram prejudicados pela perda superveniente do objeto e 3% não foram conhecidos.

Figura 3 - Percentual por decisões dos recursos interpostos



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do TJSC de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014

Dos 75% dos recursos não providos, a grande maioria é de recursos interpostos pelos condenados. No período proposto para estudo foram impetrados

mais recursos por parte dos apenados do que pelo Ministério Público Estadual, como já visto na figura 2. Destaca-se que somente 01 (um) recurso interposto pelo Ministério Público Estadual teve seu provimento negado, o que acarretou na manutenção da prisão domiciliar do condenado, já concedida pelo juiz de primeira instância. Todos os outros recursos negados foram interpostos pelos apenados.

Dos 18% dos recursos providos, destacam-se 03 (três) Acórdãos, referentes a recursos interpostos por condenados, sendo 01 (um) deles proveniente de processo com origem em Criciúma. Em todos os recursos ficou demonstrada a inequívoca necessidade da aplicação da prisão domiciliar, seja pelo grave estado de saúde do paciente, seja pela falta de condições, tanto físicas como humanas, para a manutenção do enfermo no ergástulo.

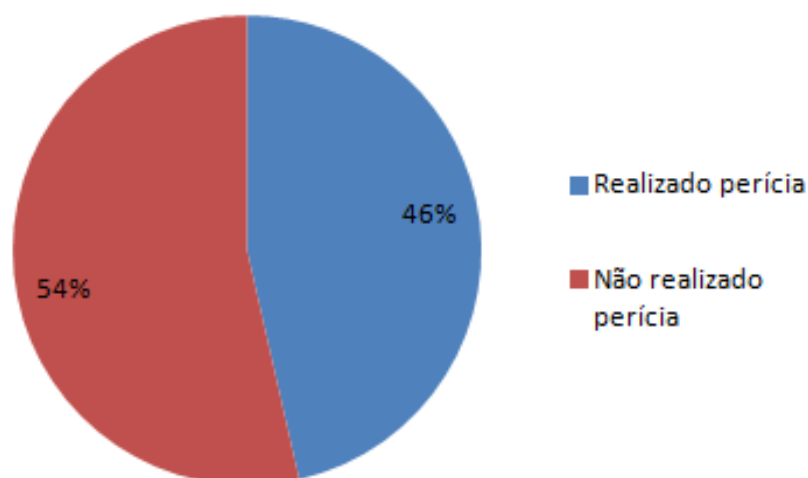
Ainda, 3% dos recursos foram prejudicados pela perda superveniente do objeto. Este percentual se refere a um único recurso, proveniente de Joinville, que após a interposição, foi reconhecida pelo juiz *a quo* a inviabilidade da permanência do apenado na penitenciária. Foi determinado pelo Magistrado que o condenado se recolhesse a sua residência, em prisão domiciliar, para que fosse resguardada sua integridade física e moral. Com a nova decisão proferida pela autoridade de primeiro grau, o recurso perdeu seu objeto, sendo que este tinha a finalidade da concessão da prisão domiciliar.

Já 4% recursos que não foram conhecidos se referem a um processo proveniente da cidade de Florianópolis. Não analisou-se o mérito do recurso, pelo fato que, na primeira instância, não houve perícia judicial instruindo o processo. Quando interposto o recurso, verificou-se que o juiz *a quo* determinou que a perícia fosse realizada. Assim, sob pena de supressão de instância, o recurso não foi conhecido.

4.2.2 Da perícia judicial

O número de recursos instruídos por perícia judicial é ligeiramente menor dos que aqueles que não contam com a perícia. Do total de decisões, 46% têm perícia judicial realizada e 54% não têm, como se verifica no gráfico abaixo.

Figura 4 - Percentual de recursos embasados por perícia judicial



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do TJSC de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014

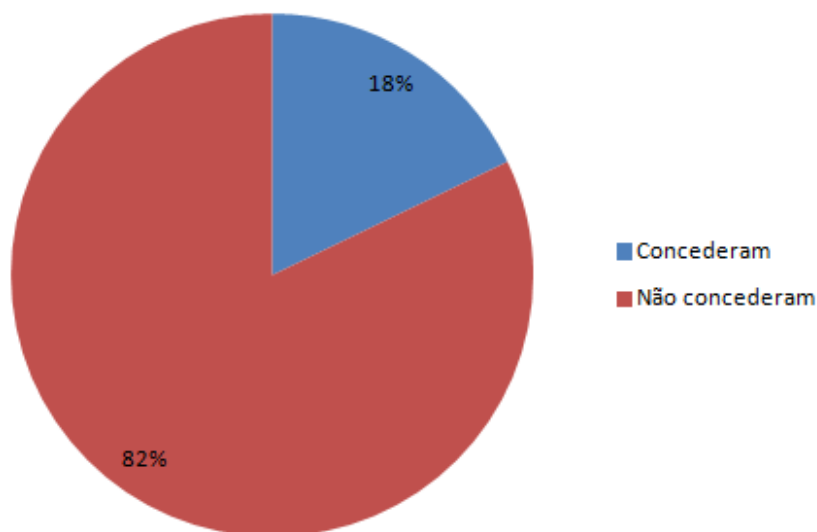
A perícia judicial médica é utilizada para a constatação e graduação da doença grave que o condenado alega ter. Os documentos acostados aos autos muitas vezes não conseguem convencer o juiz do real estado de saúde do condenado, fazendo-se necessária avaliação por parte do *expert*. O teor do laudo é documento chave na concessão, ou não, da prisão domiciliar por doença grave, como exposto no capítulo anterior.

Cumprir frisar que a perícia tanto pode servir como instrumento de apoio à alegação feita pelo condenado, assim confirmando o estado de saúde grave e indicando seu recolhimento em residência particular, como pode ir contra as alegações ofertadas, indicando a possibilidade do tratamento do apenado dentro do ergástulo.

4.2.3 Do percentual de pessoas em prisão domiciliar relativo à pesquisa

Colheu-se, no total, 28 (vinte e oito) decisões relativas ao período proposto para a pesquisa, como se verifica na figura 1. Deste total, foi apurado que 18% foram favoráveis à concessão da prisão domiciliar ou a sua manutenção, 82% dos condenados não obtiveram sucesso na busca pela permissão do cumprimento da pena em regime domiciliar, sendo mantidos no ergástulo (figura 5).

Figura 5 - Percentual de condenados em prisão domiciliar



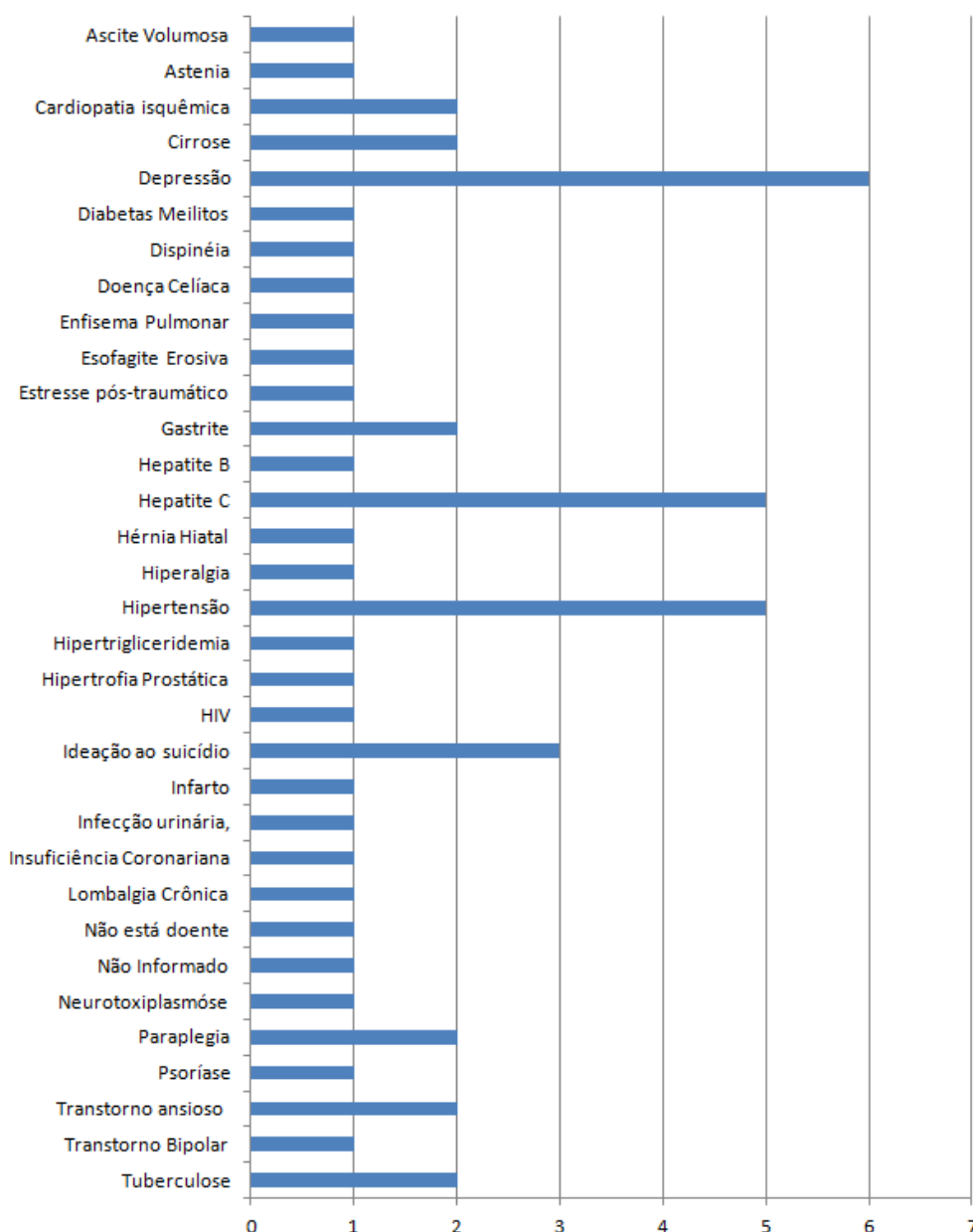
Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do TJSC de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014

Os 18% relativos a condenados que se encontram em prisão domiciliar referem-se a 5 (cinco) recursos com origem em Criciúma, Imbituba, Itapema, Joinville e Laguna. Destaca-se o caso com origem em Joinville, onde a constatação da necessidade da aplicação da medida foi feita por inspeção realizada pelo próprio juiz, ficando a perícia para momento posterior ao recolhimento domiciliar do apenado. Em todos os outros casos há perícia favorável instruindo o recurso.

4.2.4 Dos tipos de doenças alegadas

Várias são as doenças citadas pelos condenados na busca da benesse da prisão domiciliar. Compilados os dados, foram encontradas 31 (trinta e um) tipos de doenças diferentes. Além destas, 1 (um) caso onde o tipo da doença não foi informada e 1 (um) caso em que o condenado não era enfermo, como se verifica na figura 6, abaixo.

Figura 6 - Doenças por número de vezes que foram alegadas



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do TJSC de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014

Há casos em que o condenado alega somente estar acometido por um tipo de doença. Por outro lado, há condenados que alegam estar com mais de um tipo de enfermidade. Na pesquisa foram encontrados vários tipos de doenças alegadas, sendo elas associadas a outras, ou não. Foi considerado para efeito da confecção da figura 6 todas as vezes que a doença foi citada.

Do total de enfermidades apuradas destaca-se a depressão, citada 6 (seis) vezes, a hipertensão e a hepatite C, citadas 5 (cinco) vezes cada uma, e

ideação ao suicídio, citada 3 (três) vezes. As demais tiveram ocorrência de 1 (uma) ou 2 (duas) vezes, conforme figura 6.

Da figura 6 destaca-se, ainda, 1 (um) caso onde o condenado não estava enfermo, encontrava-se saudável. No recurso, com origem em Chapecó, foi alegado que o *cônjuge* do condenado portava doença grave, razão pela qual pleiteava a prisão domiciliar.

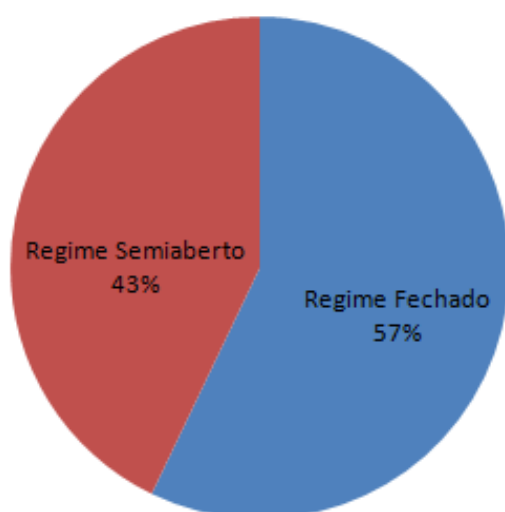
A hipótese alegada não figura no rol exposto pelo artigo 117, da Lei de Execução Penal, tampouco guarda relação com o inciso II, deste artigo. Sendo assim, não há razão que assista o condenado para a obtenção da prisão domiciliar.

Ademais, verifica-se 1 (um) caso em que a doença não pode ser apurada. O recurso, com origem em Braço do Norte, não teve especificado o tipo de enfermidade que o condenado portava. O processo na primeira instância (pesquisa feita no site do TJSC) também não traz esta informação. Assim, a falta de informação, para efeito de análise dos dados, foi contada como não informado.

4.2.5 Regimes de cumprimento da pena

Como já colocado, realizou-se a pesquisa proposta utilizando como dados válidos aqueles em que os condenados se encontravam em cumprimento de pena definitiva em regime semiaberto ou fechado.

Figura 7 - Percentual de condenados no regime semiaberto e fechado



Fonte: elaborado pelo autor com base nos dados do TJSC de 01 de janeiro de 2012 a 31 de dezembro de 2014

Dos dados coletados verificou-se que 57% dos pedidos de prisão domiciliar por doença grave eram relativos a condenados que cumprem pena em regime fechado e 43% cumprem em regime semiaberto (figura 7).

De acordo com o entendimento jurisprudencial, estando o condenado em regime semiaberto ou fechado, não influencia no sucesso ou não do pedido de prisão domiciliar por doença grave. Na gênese, esse tipo de prisão poderia ser adotada somente em casos de cumprimento de pena em regime aberto. Posteriormente, passou-se a concedê-la a apenados que cumpriam pena em regimes diversos do aberto, o que será abordado no próximo tópico.

4.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 117, INCISO II, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nos capítulos anteriores tratou-se da construção histórica dos princípios e das legislações que balizam o tema prisão domiciliar em nosso país. No início deste capítulo, foi feita a análise dos resultados obtidos por meio da pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Passa-se, agora a discorrer acerca da flexibilização do artigo que trata da prisão domiciliar na Lei de Execução Penal.

Apesar dos legisladores terem criado as normas, os julgadores podem interpretá-las de maneira a modificar seu entendimento. Assim acontece com o artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal, que quando da sua criação, visava a concessão da benesse somente aqueles em regime aberto.

Apesar disso, os magistrados, atentando-se à precariedade do sistema prisional e amparando-se em princípios constitucionais e infraconstitucionais, estenderam a concessão da prisão domiciliar por doença grave a apenados que cumprem pena em regimes mais gravosos (semiaberto e fechado).

De acordo com o *caput* do artigo 117, para que o condenado tenha sucesso em seu requerimento junto ao juízo da execução penal, faz-se necessário que esteja cumprindo a pena em regime prisional aberto: "Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: [...]".(BRASIL, 2014f).

Contudo, a jurisprudência tem possibilitado, em casos excepcionalíssimos, que condenados que cumprem pena em regime semiaberto e

fechado passem a cumpri-la em prisão domiciliar, caso comprovado por perícia judicial a existência da moléstia grave, inclusive com indicação da CID - (Classificação Internacional da Doença) e, que o estabelecimento prisional não possa prestar o atendimento médico indicado.

A exigência de comprovação da existência da moléstia, e inexistência ou ineficácia do tratamento entregue ao condenado, segue a mesma regra dos Decretos Presidenciais que dão direito ao indulto e comutação de penas. O último, Decreto nº 8.380 de 2014, traz em seu artigo 1º, inciso XI, alínea "c", a seguinte redação:

Art. 1º-Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras:

[...];

XI - condenadas:

[...];

c) acometidas de doença grave e permanente que apresentem grave limitação de atividade e restrição de participação ou exijam cuidados contínuos que não possam ser prestados no estabelecimento penal, desde que comprovada a hipótese por laudo médico oficial ou, na falta deste, por médico designado pelo juízo da execução, constando o histórico da doença, caso não haja oposição da pessoa condenada;

[...]. (BRASIL, 2015i, grifo nosso).

A legislação penal não faz menção à forma de aplicação da prisão domiciliar por doença grave. Neste campo existe somente entendimento jurisprudencial, que da mesma forma do artigo supracitado, obriga a comprovação da doença grave por meio de laudo médico oficial e, na falta deste, por médico designado pelo juiz. O parecer do médico particular do condenado não é documento com força probatória suficiente ao convencimento do magistrado, devendo a gravidade da doença e insuficiência ou falta de tratamento adequado no estabelecimento prisional em que se cumpre a pena ser confirmado por perícia.

De acordo com o artigo 8º, do Código de Ética Profissional e Disciplinar do Conselho Nacional de Peritos Judicial da República Federativa do Brasil, em relação ao perito judicial:

Artigo 8º. O Perito Judicial deve ter plena consciência de que é o auxiliar da Justiça, pessoa civil, nomeado pelo Juiz ou pelo Tribunal, devidamente compromissado, desenvolvendo, assim, um trabalho de extrema responsabilidade e relevância perante o Poder Judiciário, especialmente porque irá opinar e assisti-los na realização de prova pericial, consistente em exame, vistoria e avaliação.(CONJEJ, 2015m).

Neste sentido, existem Acórdãos exarados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), bem como pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recentes decisões. Respectivamente temos:

E M E N T A: “HABEAS CORPUS” – RECURSO ORDINÁRIO – PACIENTE RECOLHIDA AO SISTEMA PENITENCIÁRIO LOCAL – PRECÁRIO ESTADO DE SAÚDE DA SENTENCIADA, idosa, QUE sofre de grave patologia cardíaca, com distúrbios neuro-circulatórios – risco de morte iminente – COMPROVAÇÃO IDÔNEA, MEDIANTE LAUDOS OFICIAIS ELABORADOS POR PERITOS MÉDICOS, DA EXISTÊNCIA DE PATOLOGIA GRAVE E DA INADEQUAÇÃO DA ASSISTÊNCIA E DO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALARES NO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO A QUE RECOLHIDA A SENTENCIADA-PACIENTE – EFETIVA CONSTATAÇÃO DA INCAPACIDADE DO PODER PÚBLICO DE DISPENSAR À SENTENCIADA ADEQUADO TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR EM AMBIENTE PENITENCIÁRIO – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE PERMITE A INCLUSÃO DA CONDENADA EM REGIME DE PRISÃO DOMICILIAR – OBSERVÂNCIA DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.
- A preservação da integridade física e moral dos presos cautelares e dos condenados em geral traduz indeclinável dever que a Lei Fundamental da República impõe ao Poder Público em cláusula que constitui projeção concretizadora do princípio da essencial dignidade da pessoa humana, que representa um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III, c/c o art. 5º, XLIX). - O réu preso – precisamente porque submetido à custódia do Estado – tem direito a que se lhe dispense efetivo e inadiável tratamento médico-hospitalar (LEP, arts. 10, 11, inciso II, 14, 40, 41, inciso VII, e 43). - O reconhecimento desse direito apoia-se no postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. [...].(RHC 94358, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/04/2008, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014).(BRASIL, 2015j, grifo nosso).

Ainda:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. DOENÇA GRAVE. PRISÃO DOMICILIAR (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PRISÃO DOMICILIAR. PORTADOR DE EPILEPSIA. TRATAMENTO DE SAÚDE DENTRO DAS NECESSIDADES DO APENADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ILEGALIDADE. [...]. **2. A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena. [...]. (HC 292.627/GO, Rel. Ministra MARIA**

THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014) (BRASIL, 2015k, **grifo nosso**).

Seguindo o entendimento já consolidado dos Tribunais Superiores, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) vem exarando decisões neste mesmo sentido:

RECURSO DE AGRAVO. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. EXCEPCIONALIDADE. SUPOSTA INCIDÊNCIA DO ART. 117, II, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PERÍCIA MÉDICA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE QUE A GRAVIDADE DA MOLÉSTIA EXIGE TRATAMENTO ESPECIAL QUE NÃO PODE SER PRESTADO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

"A jurisprudência tem admitido a concessão da prisão domiciliar aos condenados que se encontram em regime semiaberto e fechado, em situações excepcionalíssimas, como no caso de portadores de doença grave, desde que comprovada a impossibilidade da assistência médica no estabelecimento prisional em que cumprem sua pena" (STJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 26/6/2012). (BRASIL, 2015l, **grifo nosso**).

A Justiça do Estado de Santa Catarina vem decidindo em coerência com os Tribunais Superiores, concedendo a benesse da prisão domiciliar por doença grave a reeducandos que estejam cumprindo pena em regime semiaberto e fechado, os quais fique comprovada a gravidade da doença, inclusive com indicação da CID - (Classificação Internacional da Doença) e, a falta ou insuficiência do tratamento oferecido pelo estabelecimento prisional onde se cumpre a pena, por meio de perícia judicial ou por profissional indicado pelo magistrado.

As decisões colacionadas, em especial o acórdão exarado pelo STF, que teve como relator o Senhor Ministro Celso de Mello, demonstram com clareza os fundamentos em que se alicerça a flexibilização da prisão domiciliar por doença grave.

Neste ponto, novamente nos deparamos com o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento precípua, modificador do entendimento dos Tribunais. Sob a égide deste princípio, ascende o dever do Estado na prestação de assistência a todos aqueles que se encontram sob sua custódia. Tratando-se de enfermo que cumpra pena em estabelecimento prisional, deve ser assegurada a assistência à sua saúde, conforme previsto pela Lei de Execução Penal, em seus artigos 11, inciso II, 14, 40, 41, inciso VII e 43.

Essa assistência existe e, na maioria dos casos, os reclusos são tratados dentro do próprio estabelecimento prisional ou, em casos mais complexos, são deslocados para algum local que possa atender sua necessidade. Porém, existem casos em que, pela complexidade e dificuldade no tratamento, o Estado não consegue atender a necessidade do condenado, assim nascendo a possibilidade de transferência para a prisão domiciliar, onde, a princípio, terá mais chances de recuperação.

Como pôde ser apurado pela análise dos resultados obtidos por meio da pesquisa exposta no item anterior (figura 5), são poucos os condenados que conseguem obter concessão da prisão domiciliar por doença grave, quando condenados definitivamente em regimes fechado ou semiaberto.

Assim, fica evidenciada a excepcionalidade da flexibilização da prisão domiciliar por motivo de doença grave, concedida a condenados que cumprem pena em regime semiaberto e fechado. A medida deve ser utilizada em casos de notória afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, como meio de resguardar o bem mais precioso tutelado pelo Estado, ou seja, a vida.

5 CONCLUSÃO

O estudo em tela teve o objetivo de estudar a questão da prisão domiciliar por doença grave, prevista pelo artigo 117, inciso II, da Lei 7.210/84, a condenados que cumprem pena em regime semiaberto e fechado. O trabalho foi elaborado com base em pesquisa bibliográfica e em dados colhidos no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no período compreendido entre 2012 a 2014. Para que o assunto fosse entendido com clareza, fez-se necessário abordar primeiramente outros temas relacionados com a matéria, como a dignidade da pessoa humana e os diplomas de direito penal.

No primeiro capítulo, foi abordada a construção histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, prosseguiu-se com a adoção do princípio, primeiramente, nas constituições do México, Alemanha, Portugal, Espanha e França. Ao final do capítulo foi feito um estudo sobre o princípio, relacionando-o ao histórico do constitucionalismo brasileiro, que teve início logo após a independência que ocorreu no ano de 1822 até a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No segundo capítulo foram examinados os códigos de Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal, demonstrando suas origens e explicando a aplicação de cada diploma nas diferentes fases que constituem o direito penal. Destacou-se a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da constituição pátria de 1988, na elaboração, interpretação e aplicação das normas penais.

Em um terceiro capítulo foram analisados os resultados obtidos na pesquisa e avaliada a flexibilização do artigo 117, inciso II, da Lei de Execução Penal. Ao total foram colhidos 28 acórdãos no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Este total foi dividido em cinco quesitos de relevância para o tema, sendo eles: 1) dos recursos impetrados e suas decisões; 2) da perícia judicial; 3) do percentual de pessoas em prisão domiciliar relativo à pesquisa; 4) dos tipos de doenças alegadas; 5) regimes de cumprimento da pena.

No primeiro quesito, dos recursos impetrados e suas decisões, o resultado encontrado foi que 68% dos recursos impetrados pelos condenados foram Agravos em Execução e 21% interpuseram "*Habeas Corpus*". Ambos os recursos visavam à concessão ou manutenção da prisão domiciliar. Os outros 11% dos

recursos foram Agravos em Execução, interpostos pelo Ministério Público Estadual, contra decisões de primeiro grau que haviam concedido a benesse da prisão domiciliar. Ainda dos recursos impetrados tanto pelos condenados como pelo Ministério Público Estadual 75% não foram providos, 18% foram providos, 3% foram prejudicados pela perda superveniente do objeto e 4% não foram conhecidos.

No segundo quesito, o número de recursos instruídos por perícia judicial é ligeiramente menor dos que aqueles que não contam com a perícia. Do total de decisões, 46% têm perícia judicial realizada e 54% não têm.

No terceiro quesito foi apurado que 18% das decisões foram favoráveis à concessão da prisão domiciliar ou a sua manutenção. Já 82% dos condenados não obtiveram sucesso na busca pela permissão do cumprimento da pena em regime domiciliar, sendo mantidos no ergástulo.

Já no quarto quesito foram encontradas 31 (trinta e um) tipos de doenças diferentes, Além destas, 1 (um) caso onde o tipo de doença não foi informada e 1 (um) caso em que o condenado não era enfermo.

E no quinto quesito foi verificado que 57% dos pedidos de prisão domiciliar por doença grave eram relativos a condenados que cumprem pena em regime fechado e 43% cumprem em regime semiaberto.

Ainda no terceiro capítulo foi estudada a flexibilização da prisão domiciliar por doença grave prevista na Lei de Execução Penal. Por meio de comparação entre acórdãos exarados pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça de Santa Catarina, buscou-se demonstrar os fundamentos que balizaram as decisões. Observou-se que, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, se fez possível a interpretação mais abrangente do artigo 117, inciso II, para assim beneficiar condenados em regime diverso do aberto.

Ao final concluiu-se que a Justiça do Estado de Santa Catarina vem decidindo em coerência com os Tribunais Superiores. Assim, somente concedendo a benesse da prisão domiciliar por doença grave a reeducandos que estejam cumprindo pena em regime semiaberto e fechado, sobre os quais fique comprovada a gravidade da doença, inclusive com indicação da CID - (Classificação Internacional da Doença) e a falta ou insuficiência do tratamento oferecido pelo estabelecimento prisional onde se cumpre a pena, por meio de perícia judicial ou por profissional indicado pelo magistrado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 188 p.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial**. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/o_principi_o_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf> Acesso em 02 abr. 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3. ed Coimbra: Almedina, 2004. 424 p.

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/4171/a-protecao-da-dignidade-da-pessoa-humana-como-fundamentacao-constitucional-do-sistema-penal/1> >. Acesso em: 04 jun. 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 839 p.

BRANDÃO, Claudio. Teorias da Conduta no Direito Penal. **Revista Informação Legislativa**. Brasília, a.37, n. 148, p. 89-95, out/dez 2000. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/631/r148-05.pdf?sequence=4>> Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unido do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014a.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unido do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014b.

_____. Emenda Constitucional (1969). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014c.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2015d.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848 de 03 de julho de 1940.** Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2015e.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 20 de fev. 2015f.

_____. **Lei nº 5.256 de 6 de abril de 1967.** Dispõe sobre a prisão especial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5256.htm> Acesso em: 26 de fev. 2015g.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus nº 229076. Relator: RIBEIRO. Moura. Publicado no DJ de 22/05/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103085332&dt_publicacao=22/05/2014>. Acesso em: 06 mar. 2015h.

_____. **Decreto nº 8.380 de 24 de dezembro de 2014.** Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8380.htm>. Acesso em: 14 de abr. 2015i.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Agravo Regimental nº EP 1. Relator: MELLO. Celso de. Publicado no DJ de 19/03/2014. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000229053&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 30 mar. 2015j.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão em Habeas Corpus nº 292627. Relatora: MOURA. Maria Thereza de Assis. Publicado no DJ de 03/02/2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400854504&dt_publicacao=03/12/2014>. Acesso em: 27 mar. 2015k.

BRUNO, Anibal. **Direito penal.** 5.ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 2 v. 256p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. v.1, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 613 p.

_____. **Curso de Processo Penal.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 735 p.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Controle da legalidade na execução penal (reflexões em torno da jurisdicionalização.** Porto Alegre: SAFE, 1988. 134 p.

CONSELHO NACIONAL DOS PERITOS JUDICIAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Código de Ética Profissional e Disciplinar do Conselho Nacional**

de Peritos Judicial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <
<http://www.conpej.org.br/codetica.pdf> > Acesso em: 12 mai 2015m.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues; JÚNIOR, Paulo Gomes de Lima. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado.** [S. l.], v. 12, n. 1, p. 313-340, jan./jun. 2012. Disponível em:<
<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2400/1651> >. Acesso em 02 abr. 2014.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do direito constitucional brasileiro.** Edição fac-similar Brasília, DF: Senado Federal, 2003. 384 p.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional:** do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 206 p.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal:** parte geral. v.7. São Paulo: Saraiva, 1999. 197 p.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. 576 p.

JÚNIOR, Fernando Cunha. Prisão-albergue domiciliar. Discrepância da realidade social. Dissonância jurisprudencial In: **Revista de informação legislativa.** Brasília - DF. Ano 35, n. 137, jun/mar 1998. Disponível em: <
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/342/r137-15.pdf?sequence=4>> Acesso em: 03 mar. 2015.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana:** princípio constitucional fundamental. Curitiba, PR: Juruá, 2003. 141 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2002. 816 p.

MIRANDA, Jorge. **Escritos vários sobre direitos fundamentais.** Portugal: Princípiã, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Constituição Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1182 p.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 10. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 1116 p.

_____. **Manual de processo penal e execução penal.** 2. ed. rev., atual e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 1021 p.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro.** 13.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 1630 p.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática.** Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2001. 136 p.

RENON, Maria Cristina. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sua Relação com a Convivência Familiar e o Direito ao Afeto.** 2009, 232 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33946-44710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 2005, 360 p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Recurso de Agravo nº . 2014.080869-8. Relator: FILHO, Moacyr de Moraes Lima. Publicado no DJ de 16/12/2014. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoQuestConvPDFframeset.jsp?cdProcesso=01000T90E0000&nuSeqProcessoMv=25&tipoDocumento=D&nuDocumento=7583156>> Acesso em: 27 mar. 2015l.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e "Novos" Direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Leticia de Campos. (org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais:** volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 399 p.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998. 386 p.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 158 p.

SILVA, Alexandre Calixto da. **Sistemas e Regimes Penitenciários no Direito Penal Brasileiro: Uma Síntese Histórico/Jurídica.** Alexandre Calixto da Silva. – Maringá: UEM, 2009. Disponível em: <[http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/DISSERTACAO%20ALEXANDRE%20CALIXTO\[1\].pdf](http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/DISSERTACAO%20ALEXANDRE%20CALIXTO[1].pdf)> Acesso em: 13 jul. 2015.

SILVA, Odir Odilon Pinto da; BOSCHI, José Antônio Paganella. **Comentários à lei de execução penal.** Rio de Janeiro: AIDE, 1986. 298p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual Salvador, BA: JusPodivm, 2014. 1504 p.

APÊNDICE

APÊNDICE A: DECISÕES COLHIDAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA NO PERÍODO DE 2012 A 2014.

Cidade	Origem	Recurso/Impetrante	Doença	Perícia	Regime	Decisão	Prisão Domiciliar
Blumenau	2014.051148-9	Agravo em Execução/ Apenado	Psoríase	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não
Blumenau	2014.018572-7	Agravo em Execução/ Apenado	Insuficiência Coronariana Hipertensão Hipertrofia Prostática	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não
Braço do Norte	2014.018221-9	Agravo em Execução/ Apenado	Não Informado	Não	Fechado	Negado Provimento	Não
Brusque	2014.001719-4	Agravo em Execução/ Apenado	Ideação ao suicídio	Não	Semiaberto	Negado Provimento	Não
Capital	2012.053616-2	Agravo em Execução/ Apenado	Tuberculose Infecção urinária, Hiperalgisia	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não
Capital	2014.066583-0	Agravo em Execução/ Apenado	Cirrose Hepática Hepatite C Hipertensão Portal	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não
Capital	2014.068046-1	Habeas Corpus/ Apenado	Hepatite C	Não	Semiaberto	Não Conhecido	Não
Capital	2014.080869-8	Agravo em Execução/Apenado	Paraplegia	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não

Cidade	Origem	Recurso / Impetrante	Doença	Perícia	Regime	Decisão	Prisão Domiciliar
Camboriú	2013.058079-7	Agravo em Execução/ Apenado	Estresse pós-traumático Cardiopatia isquêmica Hipertrigliceridemia	Não	Fechado	Negado Provimento	Não
Camboriú	2011.098572-6	Habeas Corpus/ Apenado	Hepatite C	Não	Semiaberto	Negado Provimento	Não
Chapecó	2012.083492-7	Agravo em Execução/ Apenado	Transtorno ansioso Depressão Gastrite crônica	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não
Chapecó	2014.067718-9	Agravo em Execução Apenado	Não está doente	Não	Semiaberto	Negado Provimento	Não
Criciúma	2013.090677-1	Habeas Corpus/ Apenado	Hepatite C	Sim	Semiaberto	Provido	Sim
Criciúma	2014.031609-2	Agravo em Execução/ Apenado	Paraplegia	Sim	Semiaberto	Negado Provimento	Não
Imbituba	2014.072709-9	Habeas Corpus/ Apenado	Cardiopatia isquêmica grave	Sim	Semiaberto	Provido	Sim
Itapema	2012.071261-4	Habeas Corpus/ Apenado	HIV Hepatite C Neurotoxiplasmose	Não	Semiaberto	Provido	Sim

Cidade	Origem	Recurso / Impetrante	Doença	Perícia	Regime	Decisão	Prisão Domiciliar
Itapiranga	2014.040857-7	Agravo em Execução/Apenado	Lombalgia Crônica Hipertensão Esofagite Erosiva Hérnia Hiatal Gastrite	Não	Fechado	Negado Provimento	Não
Joaçaba	2014.024427-2	Agravo em Execução/Apenado	Depressão Transtorno Bipolar	Não	Semiaberto	Negado Provimento	Não
Joinville	2013.043443-8	Agravo em Execução/M.P.	Hipertensão Arterial Depressão	Não	Semiaberto	Provido	Não
Joinville	2014.052301-3	Agravo em Execução/Apenado	Hepatite B Cirrose Ascite Volumosa Dispneia Astenia	Não	Fechado	Prejudicado pela Perda do Objeto	Sim
Joinville	2013.000381-7	Agravo em Execução/Apenado	Infarto	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não
Joinville	2012.071897-7	Agravo em Execução/M.P.	Enfisema Pulmonar Transtorno ansioso	Sim	Fechado	Provido	Não

Cidade	Origem	Recurso / Impetrante	Doença	Perícia	Regime	Decisão	Prisão Domiciliar
Lages	2014.002914-4	Agravo em Execução/Apenado	Tuberculose	Sim	Fechado	Negado Provimento	Não
Laguna	2012.005988-0	Habeas Corpus/ Apenado	Depressão Recorrente Grave Risco de Suicídio	Não	Semiaberto	Negado Provimento	Não
Laguna	2012.032394-3	Agravo em Execução/M.P.	Depressão Recorrente Hipertensão Risco de Suicídio	Sim	Semiaberto	Negado Provimento	Sim
Laguna	2011.095613-4	Agravo em Execução/Apenado	Diabetes Mellitos	Não	Fechado	Negado Provimento	Não
São José	2014.032520-4	Agravo em Execução/Apenado	Doença Celíaca	Não	Fechado	Negado Provimento	Não
Tubarão	2013.051778-7	Agravo em Execução/Apenado	Depressão Profunda	Não	Fechado	Negado Provimento	Não

