

A PRISÃO DOMICILIAR NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Letícia Raquel Soares* - lersoares@hotmail.com

Suelen Jacqueline de Carvalho** - suelen.carvalho80@yahoo.com.br

Eduardo Antonio Pires Munhoz*** - profedumunhoz@gmail.com

Juliana Vieira Saraiva de Medeiros**** - prof_ju_saraiva@hotmail.com

Resumo: O presente artigo traz dados sobre o encarceramento em massa no sistema prisional brasileiro e a resistência por parte dos Magistrados para a aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Sendo a prisão domiciliar uma espécie de medida cautelar, substitutiva da prisão preventiva, tem como objetivo o não encarceramento sob o fundamento da menor lesividade ao indivíduo. O artigo trata também da decretação de prisão domiciliar pelo *Habeas Corpus* coletivo nº 143641/SP, que determinou que mulheres presas e com filhos menores de 12 anos tenham o direito de responder ao processo em prisão domiciliar. Admite-se, desta forma, a falha no sistema prisional brasileiro e garante-se a dignidade e a proteção das mulheres e crianças, procurando ainda diminuir o índice da população carcerária a fim de combater a cultura do encarceramento de massa.

Palavras-Chaves: Prisão. Prisão domiciliar. Medida cautelar.

Abstract: This article presents data on the mass incarceration in the Brazilian prison system and the resistance by the Magistrates to the application of a precautionary measure different from the prison. Being the house arrest a kind of precautionary measure, in substitution of preventive custody, it has the objective of not incarceration based on the least lesivity to the individual. The article also deals with the decree of house arrest by a collective *Habeas Corpus* nº 143641/SP, which determined that women prisoners with children under 12 years of age have the right to respond to the process under house arrest.

In this way, the failure of the Brazilian prison system is observed, and the dignity and protection of women and children are guaranteed, as well as the index of the prison population is also reduced to combat the culture of mass incarceration.

Keywords: Prison. House arrest. Precautionary measure.

1. Introdução

O presente artigo busca explicar a prisão domiciliar tratada no Código de Processo Penal, o qual tem como objetivo não intervir na liberdade do indivíduo, desencarcerando pessoas acometidas por doenças graves, mulheres gestantes e com filhos menores de 12 anos, bem como idosos acima de 80 anos e aqueles que são imprescindíveis aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência.

Por outro lado, a cultura do encarceramento em massa e do populismo penal é resistente na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva. De acordo com pesquisa do Conselho Nacional de Justiça divulgada em agosto de 2018, o Brasil conta com 40,14% (241.090) de presos provisórios, ou seja, aqueles sem condenações.

A resistência por parte dos Magistrados na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão é evidente, pois mesmo após sete anos do advento da Lei 12.403/2011, os índices não diminuíram, e tampouco surtiram efeitos, demonstrando que a cultura do encarceramento no ornamento jurídico brasileiro continua a persistir.

A prisão domiciliar, prevista no Código de Processo Penal, é uma medida de natureza pessoal, que visa o *ius libertatis* do indivíduo, e tem como objetivo que o acusado cumpra as restrições a ele impostas no processo, como é o caso de comparecimento periódico em juízo, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira e a monitoração por meio eletrônico. Neste contexto, a prisão preventiva será em *ultima ratio*, ou seja, quando não houver possibilidade de substituir tal medida.

O principal objetivo deste trabalho é versar sobre a importância de aplicar a medida cautelar diversa da prisão, detalhando os requisitos para a sua concessão como medida viável para mulheres que são mães acima de tudo, e demonstrar dados concernentes ao *HC* coletivo nº 143641/SP que passou a conceder a prisão domiciliar às mulheres com filhos menores.

2. O encarceramento em massa

No ano de 2014, o Brasil contava com 222 mil pessoas presas que não haviam sido condenadas, os denominados presos provisórios, sendo estes quatro em cada dez presos, conforme informações contidas no Conselho Nacional de Justiça. Ao que tange as Unidades que recolhiam esses tipos de presos, as ocupações apresentavam uma taxa de 192%, sendo superior ao que incide na média nacional que era de 161%, segundo o Departamento Penitenciário. Esses dados demonstram a resistência por parte dos operadores do direito bem como dos juízes e promotores, que ainda persistem em aplicar a pena privativa de liberdade.

O encarceramento em massa é o acesso para a reincidência habitual e, no Brasil, calhou o hábito dos noticiários televisivos na vinculação de notícias de pessoas que são detidas diariamente e levadas a lugares insalubres, sem nenhuma condição humana. A prisão sempre foi vista como necessária a fim de eliminar crimes e erradicar a marginalidade que assola o nosso país.

A superlotação não assegura ao preso o respeito à sua integridade física e moral, fora os inúmeros riscos à saúde que se acarretam pela aglomeração de pessoas em um pequeno espaço; mostra também o descaso com que o Poder Público trata quem está cumprindo pena privativa de liberdade, seja ela provisória ou definitiva.

A sociedade brasileira é adepta ao recolhimento em massa, pois muitas vezes se acredita que o banimento dos direitos humanos aos presos, mesmo que provisórios, é a forma mais correta de se fazer valer a justiça. A mídia somente transmite o “necessário” para aumentar a audiência midiática ante a esta situação; o tema foi abordado

detalhadamente e com um toque de humor na obra *Como mentir com estatísticas*, de Darrell Huff:

A linguagem secreta da estatística, tão atraente em uma cultura voltada para os fatos, é empregada para apelar, inflar, confundir e levar a simplificações exageradas. Métodos e termos estatísticos são necessários para relatar dados de tendências sociais e econômicas, condições de negócios, pesquisas de opinião e censos. No entanto, sem redatores que usem as palavras com honestidade e conhecimento, e sem leitores que saibam o que elas significam, o resultado só pode ser um absurdo semântico... Uma estatística bem-arrumada é melhor do que a “grande mentira” de Hitler: ela engana, mas a culpa não pode ser atribuída a você (HUFF, 2016).

Resta evidente que o judiciário muitas vezes, hodiernamente, caminha ao senso de justiça comum e, por menores que os crimes sejam, continua jurisdicionando pelo clamor da sociedade, deixando de lado o direito com a justiça.

No entanto, não é nem um pouco eficaz, pois prender um indivíduo não fará com que se diminuam as possibilidades de novos crimes, mas acarreta um desenfreado aumento dos índices de crimes cometidos com violência. Segundo os dados contidos no INFOPEN em 2014, eram ao menos 45% das pessoas presas as que cometeram crimes sem violência, presas juntamente com aqueles que são considerados perigosos, em decorrência dos crimes brutais que praticam.

Os Tribunais brasileiros tendem a não aplicar as medidas cautelares diversas da prisão. A medida cautelar foi instituída pelo advento da Lei nº 12.403/11, a fim de diminuir os índices de encarceramento provisório, mas ainda há muita resistência à questão; ora, a prisão deveria ser a *ultima ratio*, somente se não se preenchessem os requisitos previstos no Código de Processo Penal.

Embora tenha havido previsão legal para reduzir o encarceramento provisório, não houve muito êxito diante da resistência dos tribunais, bem como dos juízes. Não se modificaram em nenhum momento os índices, os quais eram esperados numa taxa menor do que o comum, não sendo as medidas cautelares capazes de reduzir a taxa de detentos provisórios.

Nesse contexto, o que deveria ser a regra, tornou-se a exceção, e a prisão passou a ser exercida como preceito fundamental; e a norma que se previa como exceção, quando

necessária, tornou-se a regra, mesmo que os crimes sejam de menores potenciais ofensivos.

Contudo, após a implementação das medidas cautelares diversas da prisão, o CNJ, em agosto de 2018, publicou novos dados de pessoas encarceradas, com números maiores do que em 2014. São 40,14% de presos sem condenações, o equivalente a 241.090 pessoas, enquanto que 24,72% de presos condenados com execuções provisórias (equivalente a 148.472 da população carcerária) e 35,15% de presos com execuções definitivas (equivalente a 211.107 presos); ora, os presos preventivamente são os maiores índices sobre aqueles que são condenados, sejam eles provisórios ou definitivos.

Com os dados acima citados, resta claro a resistência dos Magistrados, dos Promotores e até mesmo da sociedade em geral, que fomenta o apelo social para a efetivação das prisões. Quando soltos, intitulam advogados como protetores da criminalidade e, assim, pactua-se o entendimento de Cabette:

Em tempos de “cruzada contra o crime”, “combate à delinquência” e outras expressões belicosas disparadas sob o jugo midiático de apelos emocionais, cada vez mais se apequena a devida importância a ser dada aos direitos e garantias individuais. Na verdade, tais direitos e garantias passam a ser encarados como um “escudo protetor da criminalidade”, de forma que aos poucos vai encorpando uma espécie de “Teoria da Conspiração”, segundo a qual as garantias seriam obra insidiosa de criminosos e seus “simpatizantes”, a fim de perpetuar a impunidade (CABETTE, 2013).

Aduzem ainda que o direito humano é somente para defender “bandidos”, ou então, para diminuir a punição para a população carcerária. Ocorre que isso é tido como moral e ético, sendo que a opinião pública e até mesmo a de alguns juristas e operadores do direito distorcem o real motivo da justiça, criando assim, a cultura do encarceramento, ferindo e reduzindo não somente, as garantias individuais, mas aniquilando a liberdade e o nosso exordial Estado Democrático. Confundem-se ao dizer que os direitos e garantias fundamentais são dos chamados de “criminosos”, “marginais”, “menores infratores”, por exclusividade, mas se esquecem de que são de todos.

Ademais, Cabette, na sua obra supracitada, ressalta que é fundamental:

Para a conformação de uma consistente filosofia moral e política, bem como de uma teoria do direito “transcender as limitações de nossas perspectivas posicionais”. Essa “libertação do isolamento posicional” enquanto capacidade de ver as coisas de um ponto de vista não influenciado por nossa posição social,

econômica, de classe, profissional etc. não é fácil, “mas é um desafio que o pensamento ético, político e jurídico tem de incorporar” (SEM, 2011).

Dessa forma, a subjetividade que assola o indivíduo transcende ao que deve ser feito, o correto no caso concreto; assim são as medidas que os Tribunais decidem muitas vezes em casos em que não há a necessidade do encarceramento que é feito. Ao partirem dessa premissa de que a prisão é fundamental, muito embora o caso se demonstre com o grau de repúdio menor, os Tribunais e os Magistrados devem ter a consciência que em decorrência de suas decisões há uma ruptura, marcada pelos muros das prisões, que consequentemente rompem o tempo.

Incontestável é a necessidade de ter um equilíbrio para que o cárcere não seja apenas um lugar para vingança, com o intuito de erradicar a criminalidade, mas que deve assegurar o Princípio da Presunção de Inocência, acima de qualquer coisa.

Em suma, a superlotação tornou-se regra nos presídios, bem como se transformou em uma verdadeira fábrica de presos, cabendo ao Estado apenas lhes privarem da liberdade para que voltem a delinquir.

3. O que é medida cautelar diversa da prisão?

As medidas cautelares diversas da prisão foram instituídas pelo advento da Lei nº 12.403/11, estando previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, o qual teve por intuito reduzir drasticamente os altos índices de prisões provisórias no ordenamento jurídico brasileiro. A medida cautelar é de natureza pessoal, afetando totalmente o *ius libertatis*; sendo a prisão preventiva prevista no artigo 282, §6º, do CPP, esta será decretada somente em casos excepcionais, ou seja, quando não for possível aplicar outro tipo de medida cautelar, atendendo os requisitos e a aplicação ao fim de resguardar a garantia da lei e a adequação da medida em relação à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado.

Nesse sentido, o doutrinador Renato Brasileiro conceituou as medidas cautelares:

São aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade (BRASILEIRO, 2014).

Essa medida busca não interferir na liberdade do indivíduo, mas tem como função que o mesmo busque cumprir as restrições previstas no processo, como o comparecimento periódico em juízo, a suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira e a monitoração por meio eletrônico, embora ainda haja resistência dos tribunais para a aplicabilidade de uma dessas medidas.

A medida cautelar será aplicada quando não houver situação grave que justifique a necessidade da prisão preventiva. E se houver descumprimento, o juiz poderá substituir tal medida, podendo impor outra em cumulação ou, se houver necessidade, em último caso decretar a prisão preventiva como uma exceção *ultima ratio*.

Ademais, a medida cautelar não deve ser decretada apenas por conveniência. Deve conter necessidade fundada embora menos lesiva, pois mesmo que não haja o encarceramento, há restrições de liberdade do sujeito. Assim é o entendimento de Paulo Rangel, que afirma que:

“O critério da necessidade para decretação da medida cautelar nada mais é do que a adoção pelo processo penal do princípio da intervenção mínima do Estado na esfera da liberdade pública ou da proibição do excesso”. (RANGEL, 2015).

Assim, ante a necessidade, o juiz deverá aplicá-la de forma proporcional, uma vez que ela tem caráter benéfico, ou seja, permite que crimes sem violência recebam uma pena baixa, e desde que não preencham os requisitos da necessidade de prisão preventiva, prevista no artigo 312 do CPP.

4. A substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar

A prisão domiciliar foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo advento da Lei 12.403/11, nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, e é a substitutiva da prisão preventiva. Essa espécie serve para desencarcerar pessoas acometidas por doenças graves ou mulheres gestantes, que possam responder e acompanhar o processo de que estão sendo acusadas fora da prisão e, de certa forma, não priva sua liberdade por completo, garantindo o direito dessas pessoas.

Por se tratar de uma medida humanitária, estando fundamentada na tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, não há motivos para não conceder a prisão domiciliar quando presentes os requisitos, pois trata-se de direito subjetivo do preso.

Dessa forma, é um direito subjetivo à prisão domiciliar, já que o juiz “poderá” converter tal medida, trazendo insegurança no contexto jurídico.

O artigo 317 dispõe sobre a prisão domiciliar:

“A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Os requisitos para a decretação da prisão domiciliar são os mesmos do artigo 312 do CPP, que disciplina quando esta deverá ser decretada:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

No entanto, o cabimento está sujeito ao regramento do artigo 313 do CPP:

Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir

a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

A autorização para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar se faz em razão humanística, prevista pelo artigo 318 do CPP, o qual será visto no próximo tópico detalhadamente.

Trata-se de prisão-pena, assim como a prevista no artigo 117 da Lei 7.210/84. No entanto, a prisão domiciliar do Código de Processo Penal é uma medida cautelar restritiva da liberdade, sendo tão somente, via de regra, aplicada antes da sentença definitiva, independentemente se vier a condenar ou absolver.

Por se tratar de uma medida cautelar, essa modalidade de prisão domiciliar traz riscos ao próprio beneficiado, uma vez que não é garantida sua liberdade após a sentença condenatória, a qual necessitará de seu encarceramento.

Ademais, hodiernamente, o grande enfoque tem sido as mulheres encarceradas, as que tem filhos menores de 12 anos dependentes exclusivamente delas, para que sejam beneficiadas pela prisão domiciliar e possam cuidar de seus filhos. Mas, como já ressaltado, não lhes é garantida a liberdade, pois após o trânsito em julgado deverão ser levadas à prisão para dar início ao cumprimento da pena.

5. Hipóteses de cabimento da prisão domiciliar

A prisão preventiva poderá ser substituída pela prisão domiciliar nas hipóteses de cabimento previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal, sendo tais hipóteses taxativas, ou seja, não admitem interpretação extensiva.

Nessa seara, vejamos abaixo parte do voto proferido no julgamento do *HC 134077* MC, de Relatoria do Min. GILMAR MENDES, julgado em 26/04/2016:

Dentre outras modificações trazidas, a aludida norma alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal, o qual elenca, de forma taxativa, as hipóteses que autorizam a concessão da prisão domiciliar. Vejamos: “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei n. 12.403, de 2011). II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). IV – gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016) Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.” (Grifei) Reconheço que o diploma acima citado deve ser aplicado de forma restrita e diligente, verificando-se as peculiaridades de cada caso. No entanto, na presente demanda, constata-se que a acusada já se enquadrava na hipótese prevista no art. 318, inciso, V, do CPP, mas deixou de ser considerada pelas instâncias anteriores. A concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar dos menores, principalmente, por estarem em tenra idade (4 e 5 anos de idade). Registro que, em casos semelhantes, concedi a medida de urgência para substituir a prisão preventiva por domiciliar.

Dessa maneira, segundo o artigo 318 do Código de Processo Penal, o juiz poderá substituir a prisão preventiva somente quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Vale lembrar que os incisos IV, V e VI foram inseridos recentemente através da Lei 13.257/2016, a qual dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância (conhecido como o Marco da Primeira Infância), inclusive alterando disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Consolidação das Leis do Trabalho.

Outrossim, como o texto legal se refere à prisão do agente em sua própria residência, aqueles que não a possuem não poderão auferir dessa modalidade de prisão (os moradores de rua, por exemplo).

Com efeito, grande parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que o juiz deverá analisar as condições pessoais do agente antes de deferir a medida cautelar, pois a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não é automática, visto que o agente não pode pôr em risco a ordem pública, assim como não pode atrapalhar ou prejudicar a instrução criminal.

Desse modo, mesmo que o agente se enquadre em uma das situações previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal, o juiz deverá realizar uma análise subjetiva do agente a fim de decidir sobre o deferimento da prisão cautelar.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS - Prisão preventiva decretada por suposta prática do crime de furto qualificado - Prisão Preventiva - Pretensão à revogação da medida extrema - Alegação de ausência dos requisitos autorizadores da prisão cautelar - Não ocorrência - Decisão suficientemente fundamentada - Presença dos requisitos autorizadores para a decretação da segregação cautelar (*fumuscommissidelicti* e *periculumlibertatis*), de acordo com o artigo 312 do CPP - Pretensão à substituição da prisão preventiva por medida cautelar CPP - Inadmissibilidade - Medidas inadequadas e insuficientes para a garantia da ordem pública, nos termos do 282, II e §6º, do CPP. Pretensão à substituição da prisão preventiva pela domiciliar sob o fundamento de ser a paciente genitora de menores de doze anos e responsável pelos cuidados dos filhos - Inadmissibilidade - Ausente demonstração que os infantes estejam desamparados - Ordem denegada.

(TJSP; Habeas Corpus 0024392-77.2018.8.26.0000; Relator (a): Cláudio Marques; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Iguape - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/09/2018; Data de Registro: 14/09/2018).

Importante salientar que, de acordo com o artigo 313, parágrafo único do Código de Processo Penal, o ônus de provar o direito à prisão domiciliar é do agente, assim, ele deverá fazer prova de que estão presentes os requisitos para o deferimento da prisão domiciliar cautelar.

Ademais, conforme previsão do artigo 282 § 1º, a prisão domiciliar poderá ser decretada concomitantemente com outras medidas cautelares. Assim, o magistrado

poderá aplicar cumulativamente a prisão domiciliar com as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal.

6. O descumprimento da prisão domiciliar

Conforme exposto no tópico acima, presentes os requisitos no artigo 318 do Código de Processo Penal e não havendo risco de ordem pública e ameaça para a instrução criminal, o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

Todavia, caso o agente descumpra quaisquer das obrigações a ele impostas, o juiz, até mesmo de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, conforme dispõe artigo 282 §4º do Código de Processo Penal.

As medidas que o juiz poderá impor estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, as quais buscam restringir somente os direitos, quais sejam: 1) comparecimento periódico em juízo; 2) proibição de acesso ou de frequentar determinados lugares; 3) proibição de manter contato com determinadas pessoas; 4) proibição de ausentar-se da Comarca, necessária para a investigação ou instrução; 5) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; 6) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica; 7) internação provisória; 8) fiança e 9) monitoração eletrônica.

O Supremo Tribunal Federal, em observância aos requisitos da decretação da prisão preventiva, entendeu que:

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NO CLAMOR PÚBLICO, NA SUPOSTA INSEGURANÇA E INTRANQUILIDADE DAS TESTEMUNHAS E NA AFIRMAÇÃO DE QUE A PRISÃO CAUTELAR SE JUSTIFICA PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, NA DECRETÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - AFASTAMENTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, NO CASO CONCRETO, DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF - "HABEAS CORPUS" CONCEDIDO DE OFÍCIO.

APRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão preventiva não pode - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a perseguição criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. O CLAMOR PÚBLICO NÃO BASTA PARA JUSTIFICAR A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. - O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. - O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá gerar insegurança ou intranquilidade nas testemunhas. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal. PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. - A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. - Sem que se caracterize situação de real necessidade, não se legitima a privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. Ausentes razões de necessidade, revela-se incabível, ante a sua excepcionalidade, a decretação ou a subsistência da prisão preventiva. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da

liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime indigitado como grave, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-se a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. (STF - HC: 93352 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-03 PP-00749).

Embora a decisão tenha sido anterior à alteração das medidas cautelares, com o advento da Lei 12.403/11 foi possível a decretação de prisão preventiva domiciliar, a qual está prevista no artigo 317 do CPP, o qual veremos detalhadamente no próximo tópico.

Desse modo, após a decretação da prisão domiciliar, o magistrado estabelecerá obrigações ao agente, as quais, se descumpridas, poderá o juiz aplicar o artigo supracitado, podendo, um último caso, até mesmo decretar a prisão preventiva do agente.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRISÃO DOMICILIAR REVOGADA – I. PRETENDIDO RESTABELECIMENTO DA PRISÃO DOMICILIAR – IMPROCEDÊNCIA – REVOGAÇÃO EM VIRTUDE DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL – MUDANÇA DE ENDEREÇO SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA – II. ESVAZIAMENTO DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A PRISÃO PREVENTIVA – INOCORRÊNCIA – NECESSIDADE DE GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL AINDA LATENTE – III. PREDICADOS PESSOAIS FAVORÁVEIS – INSUFICIÊNCIA DOS SOLITÁRIOS PREDICADOS PESSOAIS PARA DESCONSTITUIR O DECRETO PREVENTIVO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER.

I. Inexiste constrangimento ilegal na decisão em que se revoga prisão domiciliar, em virtude de descumprimento de decisão judicial, consistente na mudança de endereço, inclusive para outro município, sem prévia autorização da autoridade competente;

II. Persistem os motivos que ensejaram a prisão preventiva, quando a necessidade de garantir a aplicação da Lei Penal está justificada, diante do descumprimento de determinação judicial, demonstrando o pouco apreço da Paciente em submeter-se à lei penal;

III. Solitários predcados pessoais favoráveis ao Paciente, não se mostram suficientes para revogar a prisão preventiva, se esta encontra respaldo em outros elementos de prova contidos nos autos. (TJMT; Habeas Corpus 1005376-40.2018.8.11.0000, Relator: Des(a). RONDON BASSIL DOWER FILHO. Órgão Julgador: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Data do julgamento: 18/07/2018).

Assim, descumprindo o agente as condições estabelecidas pelo juiz, deverá este analisar o caso, a fim de aplicar uma das determinações previstas no artigo 282 §4º do CPP.

7. O HC 143641/SP e a prisão domiciliar cautelar

No dia 20 de fevereiro de 2018, foi julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal o *Habeas Corpus* 143641 coletivo, a qual determinou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar de mulheres presas em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP).

O referido *Habeas Corpus* ressaltou a situação precária dos presídios brasileiros e o encarceramento feminino que impacta de forma desproporcional as mulheres pobres e suas famílias, assim como apontou que os estabelecimentos prisionais não são preparados para atender à mulher presa em cárcere, principalmente a gestante e as mães, e a situação de vulnerabilidade socioeconômica delas.

A prisão domiciliar cautelar prevista no artigo 318 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei 13.257/2016 (Estatuto da Primeira Infância), acrescentou os incisos IV, V e VI (gestante; mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos) e trouxe grande discussão acerca da sua aplicação, visto que, na maioria dos casos, o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar era indeferido pelos juízes sob o

fundamento da gravidade do delito praticado pelas mulheres presas, bem como pela falta de prova de que os estabelecimentos prisionais são realmente inadequados.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, diante dos dados informados pelos impetrantes do DEPEN (Departamento Penitenciário), destacou que cabe ao Supremo Tribunal Federal reconhecer o *HC* coletivo a fim de minimizar a situação chocante em que vivem as mulheres presas no Brasil.

No mérito, o ministro ressaltou que a falha estrutural agrava a “cultura do encarceramento” vigente entre nós, a qual se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis.

Ademais, no referido *habeas corpus*, salientou-se que a questão do encarceramento de mulheres grávidas atinge também a seus filhos, violando o artigo 227 da Constituição Federal, que instituiu a prioridade na proteção de crianças e adolescentes, assim como o princípio da intranscendência previsto no artigo 5º, inciso XLV, que preceitua que a pena não passará da pessoa do acusado.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal concedeu ordem para:

determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

Evidencia-se que o *HC* restringiu a ordem de substituição da prisão preventiva pela domiciliar nos casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça, contra descendentes ou em situações excepcionalíssimas, devendo o juiz que analisar o caso fundamentar a denegação do benefício.

Desse modo, o *habeas corpus* teve como objetivo garantir o cumprimento das hipóteses de cabimento de prisão domiciliar previstas no artigo 318 do CPP, especialmente quanto aos incisos acrescentados pela Lei 13.257/2016, referentes às mulheres encarceradas, admitindo a falha no sistema prisional brasileiro e garantindo a

dignidade e a proteção das mulheres e crianças, procurando ainda diminuir o índice da população carcerária, a fim de combater a cultura do encarceramento de massa.

8. Considerações finais

Diante de todo o exposto, pode-se constatar que a Lei 12.403/2011 criou medidas cautelares diversas da prisão preventiva, em específico, a prisão domiciliar, com o fito de evitar o encarceramento em massa e assegurar ao preso o respeito à sua integridade física e moral, revertendo assim o dramático quadro de crescimento do número de presos provisórios no país, os quais, de acordo com a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça, em 2018, representam mais de 40% dos encarcerados.

Ocorre que devido à cultura do encarceramento em massa, a prisão domiciliar cautelar ainda encontra resistência na sua aplicação por parte de todo o Poder Judiciário, revelando-se o uso abusivo da prisão preventiva mesmo após o advento da Lei 12.403/2011, que expandiu as medidas cautelares penais.

Nesse contexto, Juarez Tavares (2015), em parecer que subsidiou a petição inicial da ADPF 347, aduz que:

a magistratura brasileira não é simples coadjuvante no processo de sistemática violação aos direitos fundamentais dos presos, senão seu elemento propulsor à medida que contribui ativamente para um projeto de ampla encarcerização – acionando voluntariamente a ordem jurídica vigente para estender, por via interpretativa, a aplicação de penas privativas de liberdade e de prisões cautelares –, ao mesmo tempo em que consente, ainda que por omissão, a ofensa, por parte do Estado, aos direitos mais básicos dos presos.

Ademais, foi visto que a medida cautelar diversa da prisão ficou assegurada às mulheres com filhos menores de 12 anos no *HC* coletivo nº 143641/SP, objetivando a não imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, tendo em vista a inadequação dos estabelecimentos prisionais femininos.

Desse modo, o que se almeja é a melhor aplicabilidade da lei penal brasileira, buscando-se primordialmente as medidas alternativas à prisão preventiva, a fim de contribuir para a ressocialização e o respeito aos preceitos fundamentais dos indivíduos. Consequentemente, a sociedade assistiu, no transcorrer do tempo, ao aumento da violência, pois a segregação apenas distanciou mais os que sempre estiveram distantes das oportunidades.

9. Referências

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed., 3ª tir. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 774.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei 12.403 comentada. Medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL.

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/base-de-dados-infopen-2014.xlsx/view> Acesso em: 16 de set. 2018.

HUFF, Darrell. **How to lie with statistics – Como mentir com estatísticas**. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2016, p. 16 e segs.

MIGALHAS. **Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a lei 13.257/16 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP**.
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-Prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventiva+lei+1325716+e+o+atual>: Acesso em: 22 de set. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 887.

REIS, Alexandre Cebrin Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; coordenador Pedro Lenza – **Direito processual penal esquematizado**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

SEM, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 187.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente**.
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>: Acesso em 22 de set. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente.**

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>
: Acesso em 22 set. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRIS%C3O+PREVENTIVA+DECRETADA+COM+FUNDAMENTO+NA+GRAVIDADE+OBJETIVA+DO+DELITO%2C+NO+CLAMOR+P%DABLICO%2C+NA+SUPOSTA+INSEGURAN%C7A%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y98xqhfw> Acesso em: 23 de set. 2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm: Acesso em 22 de set. 2018.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm: Acesso em 22 de set. 2018.

TAVARES, Juarez. **Parecer jurídico. A Situação Carcerária no Brasil.** 2015. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-doestado-e-de-seus-magistrados/>. Acesso em 5 de out. de 2018.

*** Letícia Raquel Soares: é aluna do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**

**** Suelen Jacqueline de Carvalho: é aluna do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**

***** Eduardo Antonio Pires Munhoz: é advogado e professor do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**

****** Juliana Vieira Saraiva de Medeiros: é advogada e professora do curso de Direito da ESAMC Sorocaba.**