

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

**EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: POSSIBILIDADE
DE CUMPRIMENTO DOMICILIAR**

NÚBIA SOUZA DO NASCIMENTO

SÃO MATEUS

2019

NÚBIA SOUZA DO NASCIMENTO

**EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: POSSIBILIDADE
DE CUMPRIMENTO DOMICILIAR**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da Faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do Prof. Rubens da Silva Cruz.

SÃO MATEUS

NÚBIA SOUZA DO NASCIMENTO

**EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: POSSIBILIDADE
DE CUMPRIMENTO DOMICILIAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Rubens da Silva Cruz
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Prof.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

aos meus pais e avós

Agradeço a Deus

*“O sucesso é ir de fracasso em fracasso sem
perder o entusiasmo.”*

Winston Churchill

RESUMO

A finalidade do presente trabalho é verificar a possibilidade da execução da pena privativa de liberdade em domicílio, dado que a atual situação do cárcere no Brasil promove a violação de direitos fundamentais dos presos, não alcançando sua finalidade de ressocialização, além da superlotação dos estabelecimentos penitenciários e dos gastos despendidos pelo Estado para a manutenção de pessoas reclusas. Dessa maneira, é necessário falar que a liberdade foi consagrada pela ordem constitucional como valor de primeira grandeza e somente poder ser limitada quando houve imprescindibilidade, necessidade e adequação, consoante ao princípio da presunção de inocência, devido processo legal e dignidade da pessoa humana. Nesse sentido avançou o Código de Processo Penal nos últimos anos, adotando no artigo 282 valores que colocam a prisão preventiva como *extrema ratio da ultima ratio*. Igualmente o CPP traz diversas medida cautelares, dentre as quais destaca-se a prisão domiciliar que avançou mais ainda com recentes decisões do STF e mudanças legislativas, reconhecendo a possibilidade da mulher gestante cumprir a medidas cautelar em domicílio, salvo tenha cometido crimes com violência ou grave ameaça a pessoa ou crime contra seu filho ou dependente. Verificou-se então que na mesma linha caminha a Lei de Execuções Penais, embora em menor expressão, permitindo, em certos casos o recolhimento do detento em residência particular. Dessa maneira, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, lançando mãos da doutrina, da lei e da jurisprudência à luz dos princípios constitucionais relacionados a dignidade humana.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Prisão Domiciliar. Necessidade. Dignidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES E AS FINALIDADES DA EXECUÇÃO PENAL.....	10
2.0 ESPÉCIES DE PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	15
2.1 PENAS PERMITIDAS	15
2,2 PENAS PROIBIDAS	17
2.3 PRISÃO EM FLAGRANTE	17
2.4 PRISÃO PREVENTIVA.....	21
2.5 PRISÃO TEMPORÁRIA.....	25
3.0 POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DOMICILIAR DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE	29
3.1 POSSIBILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR E PROBLEMAS ESTRUTURAIS NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS	29
3.2 EXECUÇÃO DA PENA EM DOMICÍLIO	35
3.3 SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS	37
3.4 PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR E EXECUÇÃO PENAL.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

O tema relativo ao sistema penitenciário tem tomado o primeiro lugar no ranking das discussões dos problemas brasileiros.

Infelizmente as notícias não são boas ou promissoras para a sociedade que a cada dia convive com rebeliões em presídios, mortes e lesões a detentos, informações dos governantes sobre gastos com novos presídios, com pessoal, concursos, auxílio reclusão, dentre outros.

Por outro lado, a criminalidade explode nas ruas, elevado índice de reincidência, alta taxa de aprisionamento, país ultrapassando números de presos, além de toda sorte de direitos violados.

Chega-se a reconhecer falha estrutural no sistema penitenciário com reiterados casos de ação e omissão na violação de direitos fundamentais dos presos, tendo o Poder Judiciário se arvorar na solução dos casos pontuais, determinando a reforma de presídios ou a construção de cadeias públicas ou suas interdições, sem falar na ordem para alocar orçamentos ou desbloquear fundos de recursos para zelar dos presídios. Paralelamente os tribunais começam a substituir prisões cautelares cumpridas no cárcere por prisões domiciliares, bem como juízes começam a substituir penitenciárias, colônias agrícolas e industriais e casas de albergado por prisões domiciliares.

Indaga-se se é possível e quais as nuances da execução da pena privativa de liberdade em domicílio? Qual a previsão legal? Qual a visão da doutrina e o pensamento jurisprudencial?

Para tanto, o presente trabalho tem o condão de analisar a prisão domiciliar, tanto no que atine a substituição da prisão preventiva, conforme regulado no Código de Processo Penal, assim como verificar se a mesma substituição é viável no âmbito da execução penal.

Tangenciando ao tema principal, urge estudar o regramento das prisões cautelares à luz dos princípios e finalidades da cautelaridade, da execução penal e da pena.

Assim, o primeiro capítulo tem a missão primordial de verificar a teoria e geral das medidas cautelares, sua importante modificação nos últimos anos, bem como os princípios norteadores das providências jurisdicionais que mais afetam o prezado direito à liberdade.

Já o segundo capítulo terá o condão de estudar as principais prisões cautelares, tanto no âmbito do Código de Processo Penal, quanto na legislação extravagante.

Por fim, o terceiro capítulo versará sobre a possibilidade da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar e do cumprimento da pena privativa de liberdade pelo cumprimento no domicílio.

Trata-se então de trabalho da maior importância dado o cenário caótico por que passa o sistema penitenciário, somado a esperança de efetivação das normas constitucionais, irrigado pelo contexto de crescente criminalidade que tem despertado as pessoas para reivindicar punições severas, vozes que não encontrado eco nos Tribunais Superiores que a cada dia tomam decisões em direção a efetivação do direito de liberdade e presunção de inocência.

Portanto é uma pesquisa bibliográfica que visa procurar na doutrina, na legislação e na jurisprudência brasileira, alimento sólido para amenizar os problemas do presente e vislumbrar soluções para as querelas futuras.

1. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DAS MEDIDAS CAUTELARES E AS FINALIDADES DA EXECUÇÃO PENAL

Sabe-se que a medida cautelar é uma providência jurisdicional que visa resguardar o resultado útil do processo penal.

Para Fernando da Costa Tourinho Filho (2014, p. 828), as medidas cautelares são originárias da França há mais de quatro décadas e possuem o objetivo de evitar, o quanto possível, o encarceramento do investigado ou processado, em respeito aos princípios constitucionais da presunção de inocência e, indiscutivelmente, ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Os pressupostos básicos das medidas cautelares e suas principais características estão elencadas no artigo 282 do Código de Processo Penal, o qual foi inserido em 2011 pela Lei 12.403/2011, aproximando o CPP das ideias trazidas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo a presunção de inocência e a excepcionalidade da prisão cautelar, conforme aduz Tourinho Filho:

[...] Dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, aliadas à necessidade de se tomar uma medida mais ou menos coercitiva dentro do prazo razoável, tendo em vista a gravidade do crime, as circunstâncias que o circunvolveram e as condições pessoais do indiciado ou réu, são os pontos reitores das medidas cautelares [...] (2014, p. 829).

Sendo assim, vale observar o artigo 282 do CPP:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, 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 (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Além dos princípios da necessidade e adequação, fica claro que a medida cautelar é decretada apenas pelo juiz, salvo raríssimas exceções como o arbitramento de fiança pelo Delegado ou certos casos de medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha.

Assim, a necessidade para aplicação da lei penal (art. 281, I, CPP) confunde-se com a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (art. 312, caput, CPP); a necessidade para a investigação ou a instrução criminal (art. 281, I, CPP), coincide com a conveniência da instrução criminal (art. 312, caput, CPP); e a necessidade de evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, CPP) e a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, CPP), em última instância, são motivos relacionados à necessidade de garantia da ordem pública e até mesmo da ordem econômica (art. 312, caput, CPP), esta última como verdadeira subespécie daquela (ALVES, 2016).

Também é notório que há previsão do contraditório, havendo exceção para o contraditório diferido ou postergado em caso de urgência da medida, bem como a característica da revogabilidade.

Grande avanço em direção ao sistema acusatório e a imparcialidade do juiz foi a vedação à decretação de ofício da medida cautelar pelo juiz na fase das investigações.

Porém, um dos maiores avanços foi a previsão de que a prisão preventiva somente pode ser decreta em ultimo caso, devendo o juiz fazer um filtro para verificar a possibilidade de tutelar a situação com outra medida cautelar, conforme previsão do artigo 319 do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser

inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica.

Desse modo, a doutrina assevera que, até o advento da Lei 12.403/2011, havia uma utilização extremamente tímida das medidas cautelares no processo penal brasileiro. No mais das vezes, ao julgador competia a decisão entre a prisão cautelar e a liberdade provisória (com ou sem fiança). As medidas cautelares não privativas de liberdade existentes no processo penal, até então, circunscreviam-se ao restrito rol de cautelares reais (sequestro, busca e apreensão, etc) (ALVES, 2016)

Leonardo Barreto Moreira Alves (2016), diz que é certo que a jurisprudência já tinha consagrado a possibilidade de o magistrado adotar medidas cautelares pessoais, não previstas em lei, valendo-se do poder geral de cautela, similar ao processo civil. A despeito da crítica de setores da doutrina a este tipo de expediente, práticas como a apreensão de passaporte encontravam-se consagradas na praxe forense.

Em verdade, os requisitos para a concessão das medidas cautelares em muito se assemelham com os requisitos da prisão preventiva estatuídos no art. 312, caput, do CPP, e não poderia ser diferente, afinal de contas, em se tratando de mais uma modalidade de medida cautelar, os seus motivos autorizadores são também cautelares (ALVES, 2016).

É nessa linha de raciocínio que o CPP apregoa, no art. 282, § 2º, § 6º, que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). Também com esse fundamento é que o art. 282, § 4º do CPP reza que “ No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, 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 (art. 312, parágrafo único)”. Aliás, registre-se que a reforma de 2011 acabou criando uma nova hipótese de cabimento da prisão preventiva, ao afirmar, no art. 312, parágrafo único, do CPP que “ A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medida cautelares (art. 282, § 4º)”.

Segundo o CPP (art. 282, § 2º), as medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do

Ministério Público. Quanto a esta regra, percebe-se, em primeiro lugar, que o juiz é a única autoridade competente para decretar medidas desta natureza (cláusula de reserva jurisdicional). Essa ordem judicial pode ser emanada de ofício ou a requerimento das partes, o termo “partes” deve incluir, por óbvio, o Ministério Público e o querelante. Em uma interpretação sistemática, deve incluir também o assistente de acusação, pois o § 4º do art. 282 do CPP autoriza que este agente formule requerimento de substituição de medida cautelar, imposição de outra em cumulação ou, o que é mais grave, de decreto da prisão preventiva (logo, quem pode o mais pode o menos). Não se pode esquecer ainda que o indiciado ou réu da ação penal pode requerer o arbitramento da fiança, medida cautelar prevista no art. 319, VII, CPP. Por fim, verifica-se que a autoridade policial somente possui legitimidade para representar pela aplicação de medida cautelar **na fase de** investigação criminal, não na fase da ação penal (ALVES, 2016).

Antes de decidir acerca da fixação da medida cautelar, o CPP exige que o magistrado, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, determine a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo (art. 282, § 3º, CPP). Apenas excepcionalmente é que o juiz poderá proferir decisão sem intimar a parte contrária (inaudita altera pars), o que ocorre nos casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (art. 282, § 3º, CPP) (ALVES, 2016).

Com redação semelhante ao disposto no seu art. 316, o CPP, no art. 282, § 6º, dispõe que “O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (LIMA, 2014)

Em outros termos, caso as circunstâncias fáticas que ensejaram a decretação da medida cautelar seja alterada, evidenciando que ela não mais se torna necessária, o juiz poderá (deverá) revoga-la. De outro lado, se houver nova alteração das circunstâncias fáticas e a medida cautelar voltar a ser necessária, o juiz poderá novamente decretá-la. Percebe-se, assim, que as decisões de decreto e de revogação da medida cautelar são sempre provisórias, estando pois, submetidas à cláusula *rebus sic stantibus*: a que decreta é válida enquanto há a necessidade desta medida; a que revoga persiste enquanto não houver mais essa necessidade (LIMA, 2014).

A recente reforma do CPP, consagrada pela Lei nº 12.403/2011, inova de forma bastante positiva a nossa legislação, estipulando, expressamente, a possibilidade de

cominação de medidas cautelares não constritivas da liberdade, como forma de se evitar a prisão preventiva, que se torna residual (art. 283, § 1º, CPP).

Tourinho vê inspiração em outros ordenamentos jurídicos:

[...] A Lei n. 12.403/2011, além das novidades introduzidas no capítulo da prisão, à maneira dos ordenamentos francês, italiano e português, acrescentou no rol das cautelares pessoas privativas da liberdade, como a preventiva, o flagrante, a temporária e a domiciliar, medidas precautórias outras, sem o rigor do encarceramento, e que consistem em uma ou várias obrigações impostas pelo Juiz ao indiciado ou réu adequadas à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às suas condições pessoais, tendo em vista a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal...Muitas dessas medidas tipificadas no art. 319 do CPP já vinham sendo aplicadas nas hipóteses de suspensão condicional da pena ou do processo. Outras já eram previstas no art. 47 do Código de Penal como penas restritivas de direito [...].

Todavia, o certo é que a previsão desse rol do artigo 319 do CPP, além e ficar claro o espírito da lei que é favorecer a presunção de inocência e à liberdade, proporcionando a aproximação entre o Código e a Constituição, fornece maior segurança jurídica.

2.0 ESPÉCIES DE PRISÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando se fala em prisão logo vem a mente a ideia de pena, pois pena é uma resposta estatal consistente na privação ou restrição de bens como a liberdade e patrimônio em razão do cometimento do delito.

A pena é uma espécie de sanção penal, diferenciando-se da medida de segurança, já que esta tem fins curativos, enquanto aquela tem nítido sentido retributivo ou punitivo.

Há uma série de penas permitidas e outras proibidas, bem como dentre as penas permitidas é possível ser ter a privação da liberdade e outras que não afetam a liberdade, mas atentam contra outros direitos.

Tem-se que se ter em mente também as modalidades de medida cautelares que podem implica na privação da liberdade, porém não possuem o sentido de pena, mas sim possuem o condão de tutelar o resultado útil do processo.

2.1 PENAS PERMITIDAS

Fundadas no princípio da individualização, as penas permitidas constam num rol meramente exemplificativo no texto constitucional, primando pela reparação do mal

injusto pelo mal justo aplicado pelo Estado, mas também visando a prevenção e a ressocialização do indivíduo.

Desse modo vale trazer à tona as modalidades de prisões permitidas no Brasil, conforme o artigo 5^a da Constituição Federal de 1988:

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

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Daí, como se trata de rol exemplificativo outras modalidades podem ser criadas a exemplo do Estatuto do Torcedor que prevê a punição ao infrator de não frequentar estádio desportivo, bem como outras legislações que preveem crimes poderiam criar determinadas penas como é o caso da Lei de Crimes Ambientais ou mesmo o Código de Defesa do Consumidor.

Há que entenda que as penas ou a resposta penal deva ser focada na reparação do dano causado a vítima, o que indicaria a adoção de uma terceira via do Direito Penal.

Alguns defendem a chamada justiça restaurativa, a exemplo de Rui Edsiomar Alves de Souza e Tainá Pinheiro (2018, p. 89):

[...] O que é Justiça Restaurativa? É um instrumento de solução de crimes hoje aplicada principalmente aos crimes de menor potencial ofensivo, prevenindo que estes cheguem até o judiciário, dando assim, mais celeridades a resolução de tais conflitos...o agressor não é somente responsabilizado por seus atos, mas também é instruído a repará-lo. Assim a comunidade/sociedade exerce um poder de facilitadora unindo esforços para recuperação do indivíduo transgressor [...].

Dois dos argumentos trazidos pelos autores dizem respeito a superlotação do sistema penitenciário e a possibilidade de aproximação do agressor da vítima, na resolução e pacificação social com a ressocialização (SOUZA e PINHEIRO, 2018, p. 94).

Já Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2015, p. 398), trazem à tona o pensamento de Claus Roxin, o maior penalista da atualidade e defensor de uma terceira via do Direito Penal:

[...] TERCEIRA VIA DO DIREITO PENAL: Segundo Roxin, se discute vivamente a questão se a reparação do dano pode dar lugar a uma “terceira via do Direito Penal” (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Madrid: Civitas, 1997, p. 108). Para o autor, a reparação voluntária deve ser realizada antes da instauração da ação penal e tem como consequência a diminuição da pena, a suspensão condicional e, salvo para os delitos graves, até a

dispensa da pena. (ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25) [...].

Portanto, além da pena e da medida de segurança, vislumbra-se uma nova fronteira ou estratégia de consequência ao delito.

2,2 PENAS PROIBIDAS

Da mesma forma com traz um rol de penas permitidas, a Constituição Federal de 1988 elenca penas que não podem ser praticadas no Brasil, visto que atentam contra a dignidade humana, de acordo com o que prescreve o artigo 5º do texto constitucional:

XLVII - 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;

Quanto à proibição da pena de morte, vale observação de Uadi Lammêgo Bulos (2012, p. 268 e 269) para que, essa vedação tem principais motivos: a possibilidade de erro judiciário que, mesmo reconhecido não traria a vida de volta; a comprovação através de estatística dando conta que a pena capital não diminui a criminalidade; e o respeito ao princípio humanitário:

[...] O direito penal moderno não nega que em todas as relações humanas o valor principal é a vida. Realmente, não é dado a ninguém, nem ao Estado interromper o ciclo vital de quem quer que seja. Mesmo naqueles crimes hediondos e bárbaros, nos quais são utilizados expedientes torpes e absurdos, é injustificável a adoção da pena capital [...].

Outras modalidades de penas proibidas seguem o mesmo raciocínio, somado ao fato de não se prestarem à ressocialização, serem desproporcionais e violarem a dignidade humana.

2.3 PRISÃO EM FLAGRANTE

Aduz Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 926) que a palavra flagrante deriva do verbo flagrare ou flagrantis ou flagrans que quer dizer brilhante, ardente ou resplandecente, ou seja, algo notório, evidente, visível, manifesto. Daí, flagrante seria a infração penal que está queimando, isto é, está sendo cometida ou acabou de ser praticada, fato que autoriza a prisão do agente infrator, independentemente de

autorização judicial, já que há certeza visual do crime, funcionando como mecanismo de autodefesa da sociedade.

A prisão em flagrante é aquela prevista na própria Constituição Federal e regulamentada no texto do Código de Processo Penal, permitindo ser praticada por qualquer do povo e devendo ser exercida pela autoridade policial e seus agentes, constituindo, respectivamente, o que a doutrina denomina de flagrante facultativo e flagrante obrigatório, nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal (LIMA, 2017): " Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

Para Guilherme Nucci (2014, p. 669), a prisão em flagrante "é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal".

O Código de Processo Penal também elenca as principais modalidades de prisão em flagrante no artigo 302:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Não obstante a estas modalidades, a doutrina elenca diversas outras modalidades, conforme ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 1023):

a) **Flagrante esperado:** aquele em que a polícia, recebendo informações antecipada toma todas as providências para evitar o crime. Em muitos casos, como a polícia consegue se cerca de todas as possibilidades para que o crime não ocorra, o crime será impossível, nos termos do artigo 17 do Código Penal, de modo que os infratores somente poderão ser presos em flagrante se já estiverem cometendo algum crime permanente (cuja ação se prolonga no tempo), a exemplo do crime de extorsão mediante sequestro;

b) **Flagrante preparado ou provocado:** há a figura de agente provocador que induz o indivíduo, criando a ideia do crime para então prendê-lo. Aqui como se for retirada a figura do agente provocador não haveria conduta, o crime, na maioria das vezes se torna impossível, inclusive conforme é entendimento plasmado na Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal. Ocorre que em outros tantos casos, o crimes será possível se o verbo do tipo penal pertencer a um crime de conteúdo variado ou ação múltipla

e se constituir em crime permanente como é caso da expressão “ter em depósito”, contida no crime do artigo 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas), podendo nessa hipótese ser realizada a autuação do indivíduo;

c) Flagrante forjado: trata-se de conduta ilegal, pois o flagrante é montado artificialmente para prender o indivíduo como o exemplo de colocar uma substância entorpecente na bolsa do indivíduo para então acusa-lo. Aqui o flagrante não poderá ser realizado, sujeitando seus autores às penas por diversos crimes;

d) Flagrante prorrogado, retardado, postergado ou ação controlada: é a hipótese em que a polícia não atua imediatamente, aguardando o melhor momento da produção de provas ou identificação de integrantes de organizações criminosas. No Brasil, a Lei de Drogas, a Lei de Organizações Criminosas e a Lei de Lavagem de Dinheiro permitem a ação controlada. Ocorre que na Lei de Drogas e na Lei de Lavagem de Capitais é preciso que o juiz autorize a ação controlada, enquanto na Lei de Organização Criminosa, apenas se exige prévia comunicação ao magistrado e este poderá limitar a atuação policial.

É fundamental também verificar que a prisão em flagrante possui fases (LIMA, 2017, p. 927): prisão captura (momento da voz de prisão), condução coercitiva à presença da autoridade policial, ratificação ou não da voz de prisão pelo Delegado, lavratura do auto de prisão em flagrante, nota de culpa e demais documentos e os encaminhamos, conforme determina o CPP:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)

§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 305. Na falta ou no impedimento do escrivão, qualquer pessoa designada pela autoridade lavrará o auto, depois de prestado o compromisso legal.

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

Art. 308. Não havendo autoridade no lugar em que se tiver efetuado a prisão, o preso será logo apresentado à do lugar mais próximo.

Art. 309. Se o réu se livrar solto, deverá ser posto em liberdade, depois de lavrado o auto de prisão em flagrante.

Daí, na sequência, o preso será encaminhado para a audiência de custódia, ficando na presença do juiz competente, do Ministério Público de sua Defesa, sendo analisado se há alguma irregularidade na prisão, indícios de maus tratos ou tortura e da necessidade de manutenção da prisão ou se é caso de relaxamento da prisão, se ilegal, ou ainda, se é hipótese para se adotar outra medida cautelar como a liberdade provisória com ou sem fiança, já que a regra é da preservação da presunção de inocência, nos termos do artigo 310 do CPP:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - relaxar a prisão ilegal; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Para Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 922 e 923), a audiência de custódia é a realização de uma audiência sem demora após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, bem como o seu defensor e com o Ministério Público, cujo modelo brasileiro também ocorre em países como o Peru, Argentina e Chile. Também é o momento que, havendo

preenchimento dos requisitos legais, da concessão da prisão domiciliar, conforme o artigo 38 CPP.

2.4 PRISÃO PREVENTIVA

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 694), a prisão preventiva é uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos legais.

Conforme ensina Frederico Marques (apud NUCCI, 2014, p. 694 e 695), para se decretar a preventiva há que se preencher quatro pressupostos:

- a) Natureza da infração, pois alguns crimes não admitem a prisão preventiva, como é o caso de crimes culposos;
- b) Probabilidade de condenação, isto é o que configura o *fumus boni iuris*, caracterizado pelos elementos de autoria e os elementos de materialidade;
- c) Perigo na demora ou *periculum in mora*, demonstrado na necessidade da prisão; e
- d) Controle jurisdicional prévio: trata-se de cláusula de reserva jurisdicional, pela qual, somente ordem judicial poderá determinar a prisão preventiva.

por sua vez, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 956), atesta que a prisão preventiva cuida de ser uma prisão cautelar decreta pelo juiz competente, mediante a representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, desde que preenchidos os requisitos legais do artigo 312 do CPP e presentes as circunstâncias legitimadoras do artigo 313 do CPP, além de não se revelarem suficientes e adequadas, as medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal.

São 3 os requisitos exigidos pelo artigo 312 do CPP para a decretação da prisão preventiva: I – prova (e não indícios suficientes) da existência do crime (materialidade); II – indícios suficientes (e não prova) da autoria (autoria); III - um dos requisitos que evidenciem a necessidade da prisão preventiva indicados pelo próprio art. 312 do CPP, quais sejam, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal (caput do art. 312 do CPP), bem como em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º),

novidade acrescentada pela reforma de 2011 ao parágrafo único desse dispositivo legal (LIMA, 2014).

Os dois primeiros requisitos constituem o *fumus commissi delicti* desta modalidade de custódia cautelar, ao passo que o terceiro se refere ao *periculum in mora* de tal medida (LIMA, 2014). Diz respeito a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito (NUCCI, 2008).

São casos que normalmente violam a ordem pública: aqueles que afetam a credibilidade do judiciário; os que contam com a divulgação pela mídia (não confundir com sensacionalismo, clamor público); os crimes cometidos com violência ou grave ameaça ou com outra forma de execução cruel; se o agente delitivo possui longa ficha de antecedentes etc.

É de se ressaltar, porém, que todas essas situações devem ser constatadas em concreto (embora seja suficiente que o magistrado fundamente a sua decisão de forma concisa, objetiva), não sendo possível a decretação da prisão preventiva com base em critério verificado apenas abstratamente, conforme pacífica jurisprudência do STJ (Informativo 426). A esse respeito, o STF também tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito, na periculosidade presumida do agente, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa, ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social. De igual modo, a preservação da credibilidade do judiciário, em abstrato, não deságua na automaticidade da custódia preventiva, devendo ocorrer, isso sim, em estrita observância ao Direito posto (HC 95483/ MT).

Nesse sentido, entende-se, por exemplo, que os crimes hediondos e equiparados não devem provocar a automática decretação de prisão preventiva, uma vez que, embora graves, podem ser cometidos por agentes sem periculosidade e não gerar repercussão social (NUCCI, 2008). Ademais, jamais autoriza a prisão preventiva o argumento de que esta serve como medida de proteção ao agente delitivo.

De outro lado, as circunstâncias pessoais favoráveis do acusado, como residência fixa e ocupação lícita, por si só, não impedem o decreto da prisão preventiva, se houver motivos concretos para esta medida cautelar, conforme entendimento pacificado no STJ (Informativo 431).

Não há dúvidas de que a garantia da ordem pública é o requisito mais subjetivo de todos, o que pode provocar uma insegurança na sua apreciação. Por conta disso, Guilherme de Souza Nucci sugere critério interessante para identificar se, no caso

concreto, há ou não necessidade de garantia da ordem pública mediante a decretação da prisão preventiva: é o trinômio gravidade da infração, repercussão social e periculosidade do agente (NUCCI, 2008), a ser caracterizado sempre em concreto.

De fato, é um critério bastante útil para a definição da necessidade de proteção à ordem pública, desde que seja corretamente aplicado. Assim, não há dúvidas de que, se presentes, em concreto, os três elementos anteriormente referidos há necessidade de decretação da prisão preventiva. No entanto, ausente um desses elementos, não significa necessariamente que não seja possível o decreto de custódia cautelar. Como assevera o próprio Nucci, por vezes, pessoa primária, sem qualquer antecedente, pode ter sua preventiva decretada porque cometeu delito muito grave, chocando a opinião pública (ex.: planejar meticulosamente e executar o assassinato dos pais). Logo, a despeito de não apresentar periculosidade (nunca cometeu crime, e, com grande probabilidade, não tornará a praticar outras infrações penais), gerou enorme sentimento de repulsa por ferir as regras éticas mínimas de convivência, atentando contra os próprios genitores (NUCCI, 2008). Foi a situação que ocorreu no caso Suzane Von Richthofen e os irmãos Cravinhos (ALVES, 2016).

Portanto, presente o trinômio em comento, indubitavelmente será possível o decreto da prisão preventiva; ausente, não necessariamente se impedirá a custódia cautelar.

Espécie do gênero garantia da ordem pública e acrescentada ao CPP por força da Lei 8884/94 – Lei Antitruste (para fins de prisões, é tida como norma processual penal mista ou híbrida, motivo pelo qual, à época, não pôde retroagir para prejudicar o réu), diz respeito à necessidade de evitar que o agente causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área, como nos casos de crimes de colarinho branco, contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária e etc. nessas situações, o dano é dirigido não apenas a uma pessoa individualizada, mas à coletividade como um todo, o que indica a necessidade de decretação da prisão preventiva (ALVES, 2016).

Nesse contexto, acrescenta-se que a Lei 7492/86 – Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional, no seu art. 30, determina que, nos crimes nela previstos, além das hipóteses do art. 312 do CPP, a prisão preventiva também poderá ser decretada por força da magnitude da lesão causada pela infração (ALVES, 2016)

Está relacionada à necessidade de que a instrução criminal se desenvolva de forma limpa, proba, sem abalos. Assim, se o réu ameaça testemunhas, vítima, magistrado ou membro do Ministério Público, ou ainda faz investidas contra provas

buscando apagar evidências, bem como na hipótese do art. 366 do CPP (réu citado por edital que não comparece no feito nem constitui defensor) – se houver necessidade em concreto da medida cautelar, deve ser preso preventivamente por esse motivo (NUCCI, 2008).

Visa garantir a finalidade útil do processo penal, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é autor de infração penal (NUCCI, 2008). Incide, por exemplo, quando o agente delitivo pretende fugir deliberadamente da cidade ou do país, ou ainda quando ele foge do distrito da culpa. É motivo que, como todos os outros, deve estar demonstrado em concreto, não sendo suficiente para tanto uma mera conjectura de fuga. Nesse trilhar, o STF já decidiu que a fuga do réu do distrito da culpa, por si só, não é motivo que legitima o decreto de custódia cautelar (Informativo 615). Além disso, a simples ausência do réu ao interrogatório, por si só, não é causa para o decreto da preventiva, afinal de contas o juiz poderá se utilizar da condução coercitiva pra trazer o réu a sua presença, nos termos do art. 260 do CPP (de duvidosa constitucionalidade, é bem verdade) (ALVES, 2016).

Novidade acrescentada ao parágrafo único do art. 312 do CPP pela reforma de 2011, apenas evidencia o caráter cautelar da prisão preventiva, bem como destaca que esta prisão é a ultima ou extrema ratio dentre todas as demais medidas cautelares (ALVES, 2016).

De acordo com Nestor Távora e Fábio Roque (2013) como medida de segregação cautelar, a preventiva não é admitida em qualquer infração. Havendo *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, o critério de seletividade estabelecido nos permite construir a seguinte filtragem, conforme o artigo 313 do CPP:

Art. 313. 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). (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).

2.5 PRISÃO TEMPORÁRIA

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 695), a prisão temporária é modalidade de prisão cautelar, cuja finalidade é assegurar a eficácia da investigação policial, notadamente, quando se tratar de apuração de infrações de natureza grave, conforme previsão da Lei 7.960/1989, conforme comenta:

[...] foi idealizada para substituir, legalmente a antiga prisão para averiguação, que a polícia judiciária estava habituada a realizar, justamente para auxiliar nas investigações. A partir da edição da Constituição de 1988, quando se mencionou, expressamente, que somente a autoridade judiciária, por ordem escrita e fundamentada, está autorizada a expedir decreto de prisão contra alguém, não mais se viu livre para fazê-lo a autoridade policial, devendo solicitar a segregação cautelar de um suspeito ao juiz [...].

Para Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 999), a prisão temporária prevista na Lei número 7.960/1989, de 21 de dezembro de 1989, foi criada com a finalidade de assegurar a eficácia das investigações criminais quanto a alguns crimes graves, conforme se pode notar da referida Lei:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

- I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;
- II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;
- III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:
 - a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
 - b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
 - e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
 - f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); (Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940)
 - i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
 - j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
 - l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
 - m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
 - n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
 - o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
 - p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

Nota-se então que para a decretação da prisão preventiva, além de fazer referência a um crime grave, conforme a própria lei já elenca um rol taxativo, conforme prevalece na doutrina, deve ficar demonstrado que há uma imprescindibilidade dessa

medida extrema para a eficácia das investigações ou que o suspeito não possui endereço fixo ou que não se tem elementos suficientes para identificá-lo.

Em relação a esses requisitos, Renato Brasileiro (2017, p. 1001), diz que são 5 correntes doutrinárias militando sobre o tema:

- a) Para uma primeira corrente, bastaria a presença de qualquer um dos incisos do caput do artigo 1º da Lei, utilizando-se da regra básica da hermenêutica, pela qual, incisos não e comunicam com incisos, somente com o parágrafo ou com o caput, sendo esse argumento apresentado por Diáulas Costa Ribeiro;
- b) Já uma segunda corrente, entende que é necessária a presença cumulativa dos três incisos;
- c) Uma terceira vertente, compreende que, além do preenchimento dos três incisos, é necessária a combinação com uma das hipóteses que autoriza a prisão preventiva;
- d) Quarta corrente defende que o inciso III deve estar sempre presente, seja combinando com o inciso I ou com o inciso II;
- e) Por fim, uma quinta corrente, atesta que sempre serão necessários os incisos I e III.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 998 e 999) sustentam que a quarta corrente é francamente majoritária, mas observam que:

[...] Ao nosso sentir, a discussão a ser colocada é a real utilidade da temporária. Os incisos I e II do art. 1º, que simbolizam o perigo da demora para a decretação da medida, podem perfeitamente ser inseridos nas hipóteses que comportam a decretação da preventiva. Ademais, os crimes que comportam a temporária (inciso III), todos apenados com reclusão, também admitem, em tese, a segregação preventiva. O cardápio de prisões cautelares tem de ser reduzido a sua absoluta necessidade, com fundamentos minimamente consistentes para justificar a necessidade prisional. A zona da temporária é por demais fluida, o que pode ser facilmente demonstrado pela diversidade de posições quando a sua admissibilidade. Aliado a isso, temos um defeito de forma insuperável, que é o nascedouro do instituto através de medida provisória. Neste contexto, na fase do inquérito policial, para o encarceramento, afora o flagrante, temos que a única medida cabível é a preventiva, se presentes os seus fundamentos, não tendo a temporária guarida constitucional [...].

Logo, os autores, além de tecerem diversas críticas a prisão temporária, sustentam sua inconstitucionalidade, já que a Lei que lhe deu origem nasceu de uma medida provisória.

Sobre a tese da inconstitucionalidade da prisão temporária, Renato Brasileiro de Lima (2017, p. 1000), comenta seus desdobramentos no Supremo Tribunal Federal:

[...] Tais argumentos não foram ignorados pelo Ministro Celso de Mello, quando deferiu a liminar postulada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

162, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionando a validade da Medida Provisória nº 111/89. Segundo o Ministro, a proteção constitucional da liberdade tem, no princípio da reserva absoluta de lei – e de lei formal – um de seus instrumentos jurídicos mais importantes. A cláusula da reserva absoluta de Lei confere um inigualável grau de intensidade jurídica à tutela constitucional dispensada à liberdade individual, pois condiciona a legítima imposição de restrições ao status libertatis da pessoa à prévia edição de um ato legislativo em sentido formal. Perante a composição plena da Suprema Corte, todavia, tal tese acabou não prevalecendo, decidindo o Supremo, por maioria de votos (8 a 2), que a ADI resultou prejudicada em virtude da perda do objeto, por considerar que a Lei 7.960/1989 não foi originada da conversão da Medida Provisória 111/1989 [...].

Ainda com relação a prisão temporária vale diferenciá-la da prisão preventiva e da prisão em flagrante.

Quanto a diferença da prisão temporária para a prisão em flagrante, destaca-se que enquanto a primeira modalidade de prisão cautelar necessita de ordem judicial expressa, a prisão em flagrante independe de ordem judicial.

Já com relação a prisão preventiva, a prisão temporária se diferencia por ter prazo certo de 5 dias, podendo ser prorrogado o prazo em caso de extrema e comprovada necessidade, enquanto a prisão preventiva não possui prazo certo.

Vale observar os dispositivos da Lei de Prisão Temporária que versam sobre o prazo de duração da medida:

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

Art. 3º Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos demais detentos.

Importa observar que esse prazo de duração da prisão temporária é maior no caso de crimes hediondos e equiparados, passando a ser de 30 dias, podendo ser prorrogado

por mais 30 dias em caso de extrema e comprovada necessidade, conforme determina a Lei 8072/1990 em seu artigo 2º:

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (Incluído pela Lei nº 11.464, de 2007)

Art. 3º A União manterá estabelecimentos penais, de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas impostas a condenados de alta periculosidade, cuja permanência em presídios estaduais ponha em risco a ordem ou incolumidade pública.

No que tange ao prazo da prisão preventiva é sempre bom frisar que a Constituição da República no artigo 5º, LXXVIII consagrou o direito fundamental a duração razoável do processo, o que portanto se aplica a prisão cautelar, podendo eventuais excessos, serem causa de relaxamento da prisão, ainda que seja preventiva.

Auxiliam na definição deste prazo as Súmulas de números 21 (pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução); 52 (encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo); 64 (não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa) STJ (ALVES, 2016).

No entanto, há uma única hipótese prevista em lei em que se fixa prazo de duração da prisão preventiva. É a Lei nº 12850/2013, que, no seu art. 22, Parágrafo Único, determina que o prazo para encerramento da instrução criminal, nos processos por crime organizado, quando o réu estiver preso (120 dias) (ALVES, 2016).

Após o advento das Leis de números 11.689/08 e 11.719/08, há prazos especiais previsto no CPP para a conclusão de determinadas etapas processuais. São eles: I – 90 (noventa) dias para a conclusão da fase de formação da culpa no procedimento do Tribunal do Júri (art. 412 do CPP); II – 60 (sessenta) dias para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento ordinário (art. 400, caput, do CPP); III – 30 (trinta) dias para a designação da audiência de instrução e julgamento no procedimento sumário (art. 531 do CPP). Estes prazos também passam a servir de parâmetro na definição do que seria um prazo razoável, proporcional de duração da prisão preventiva (ALVES, 2016)

A doutrina então observa que, uma vez operado o relaxamento da prisão em flagrante, não se impede que seja decretada, na sequência, a prisão, desde que presentes todos os requisitos exigidos para a fixação desta medida. Todavia, se o

relaxamento se operou em virtude do excesso de prazo, não caberá esta conversão (TÁVORA, 2019).

3.0 POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DOMICILIAR DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

3.1 POSSIBILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR E PROBLEMAS ESTRUTURAIS NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS

Para a doutrina, a prisão domiciliar não é a regra, pois somente é admitido o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando for alguma das seguintes hipóteses: a) condenado maior de 70 anos; b) condenado acometido de doença grave; c) condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; b) condenada gestante.

O que favorece o deferimento da prisão domiciliar é o grave fato de faltarem o estabelecimento penal chamado casa de albergado.

Como se sabe, há pelo menos três espécies de estabelecimentos penais na Lei de Execução Penal.

O primeiro tipo de estabelecimento penal é a penitenciária, local destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, conforme se pode observar na Lei 7.210/1984:

Da Penitenciária

Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado.

Parágrafo único. A União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios poderão construir Penitenciárias destinadas, exclusivamente, aos presos provisórios e condenados que estejam em regime fechado, sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, nos termos do art. 52 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

~~Art. 89. Além dos requisitos referidos no artigo anterior, a penitenciária de mulheres poderá ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche com a finalidade de assistir ao menor desamparado cuja responsável esteja presa.~~

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável. (Incluído pela Lei nº 11.942, de 2009)

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Assim, a penitenciária é o estabelecimento penal que tem a maior quantidade no Brasil, pois todos os Estados-Membros possuem diversas penitenciárias.

É interessante fazer algumas observações sobre as penitenciárias no Brasil:

- a) Devem estar localizadas em regiões fora dos centros urbanos, juntamente por ter a finalidade de abrigar indivíduos que já se mostraram incompatibilidade com a convivência social normal;
- b) As penitenciárias possuem o regime mais rigoroso de cumprimento de pena e todos os presos condenados no regime fechado devem passar ao menos 1/6 da pena em tais estabelecimentos;
- c) Uma característica marcante desse tipo de estabelecimento é a vigilância e a disciplina, justamente para proporcionar ao indivíduo um ambiente de aprendizagem de como viver em sociedade;
- d) É fato que as penitenciárias brasileiras estão em situação caótica de superlotação e demais problemas estruturais que violam diversos direitos dos presos.

Sendo assim, vale observar que essa situação dos presídios é tão precária que os Supremo Tribunal Federal já entendeu que ocorre no Brasil uma situação de total

falência do sistema penitenciário, tanto que adotou a tese do Estado de coisas inconstitucional, conforme descreve Marcelo Novelino (2016, p 162 e 163):

[...] O termo “estado de coisas inconstitucional”, cunhado pela Corte Constitucional da Colômbia, ganhou projeção por aqui com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, na qual postulada a adoção de providências estruturais relativas ao sistema penitenciário brasileiro com o objetivo de sanar lesões decorrentes de ações e omissões dos poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal [...].

Veja-se que no Brasil se reconhece a calamidade do sistema penitenciário, situação consagrada na expressão Estado de coisas inconstitucional.

Mas é preciso identificar quais os pressupostos que caracterizam esse Estado de coisas inconstitucional, iniciando-se pelo chamado pressuposto fático:

[...] consiste na ocorrência de violação generalizada e sistemática de direitos fundamentais a afetar um número elevado e indeterminado de pessoas. A atuação judicial, nesse ambiente, se voltada a assegurar o direito apenas de determinados indivíduos ou grupos implicaria em proteção deficiente dos direitos fundamentais na sua dimensão objetiva [...] (NOVELINO, 2016, p. 162).

Então esse pressuposto fático está ligado aos fatos de violações dos direitos fundamentais de número elevado de detentos.

Vale falar do pressuposto político:

[...] é a constatação da existência de reiteradas condutas comissivas e omissivas, por parte das autoridades públicas, tendentes a perpetuar ou agravar o quadro de inconstitucionalidade. A ausência de políticas públicas adequadas ou a falta de coordenação entre elas resulta não da inércia ou incapacidade de um único órgão, e sim de falhas estruturais na atuação do Estado como um todo [...] (NOVELINO, 2016, p. 162).

Esse pressuposto político corresponde as ações ou omissões dos poderes públicos, o que pode ser evidenciado nos números de rebeliões em presídios que eclodem em diversas unidades da federação.

Por fim, importa destacar o pressuposto jurídico para caracterização do Estado de coisas inconstitucional:

[...] refere-se às medidas necessárias à superação de tais violações. A correção do mau funcionamento sistêmico do Estado depende da atuação conjunta das autoridades no sentido de aprimorar as políticas públicas existentes, realocar recursos orçamentários e reajustar os arranjos institucionais. Tal contexto legitima a atuação mais engajada do tribunal constitucional, de modo a permitir a superação dos desacordos políticos e institucionais, da falta de coordenação entre órgãos públicos, dos temores relacionados ao custo político de determinadas decisões e da sub-representação de grupos sociais minoritários ou marginalizados [...] (NOVELINO, 2016, p. 162).

Assim, o pressuposto jurídico implica dizer que cada Estado, Tribunal ou juiz busca resolver os problemas com decisões isoladas, sendo que o problema é generalizado, exigindo-se então soluções sistêmicas e integradas com todos os órgãos.

Assim, havendo o reconhecimento do Estado de coisas inconstitucional esse fato exige uma tomada de postura por parte do Poder Judiciário, o qual, conforme entende a doutrina, não poderá substituir o Poder Legislativo e Executivo, mas atuar em conjunto, harmonicamente com os outros poderes, exercendo uma função de coordenação das atividades tendentes a resolver o problema, conforme aduz Marcelo Novelino (2016, p. 162 e 163):

[...] o guardião da constituição deve impor medidas estruturais flexíveis e monitorar o seu cumprimento (CAMPOS, 2015). Tais providências consistem em determinações judiciais voltadas ao redimensionamento dos ciclos de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, a fim de viabilizar melhor coordenação estrutural. Cabe ao tribunal constitucional definir as balizas dentro das quais os poderes públicos deverão atuar, mas sem estabelecer pormenorizadamente as providências a serem adotadas. Deve ser assegurada uma margem de ação constitucionalmente adequada, não podendo o Judiciário substituir o legislativo e o Executivo na implementação de tarefas que lhes são próprias. Para assegurar maior eficácia à decisão, na fase de execução dos comandos, deve haver o monitoramento contínuo por parte do tribunal, com a realização de audiências públicas periódicas e a participação conjunta das autoridades públicas responsáveis e de setores da sociedade civil [...].

Então, embora em grande quantidade, as penitenciárias não têm observado os direitos fundamentais dos indivíduos, levando a inúmeras rebeliões, bem como agressões e mortes de detentos, e toda sorte de violações de direitos humanos.

Porém, além das penitenciárias, a Lei de Execução Penal também prevê as colônias agrícolas e industrial:

Da Colônia Agrícola, Industrial ou Similar
Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.
Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.
Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:
a) a seleção adequada dos presos;
b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

Assim, depois de passar pelo menos 1/6 da pena na penitenciária, alcançar o sentimento de disciplina, o indivíduo é colocado numa espécie de estabelecimento que tem o objetivo de fornecer condições para que o indivíduo se dedique a uma profissão, o que será fundamental na ressocialização.

Porem, também não há quantidade de vagas e quantidade de estabelecimentos penais dessa natureza em número suficiente para atender a demanda, o que caminha na contramão da ressocialização.

Para se ter uma ideia, a doutrina observa que em 2014, os dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, davam conta que o país possuía 607.731 presos com apenas 376.669 vagas no sistema penitenciário, ou seja, uma verdadeira situação de superlotação (LOPES, 2016, p. 210).

Também há previsão na Lei de Execução Penal da casa de albergado:

Da Casa do Albergado

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.

Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga.

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Por sua vez, a casa de albergado é uma espécie de estabelecimento penitenciário onde não há vigilância e rigorosidade, já que pressupõe que o indivíduo que está cumprindo a pena nesse sistema possui autocontrole e autodisciplina, estando a um passo de sua total reinserção social.

A casa de albergado, diferentemente da penitenciária, deve estar localizada no centro urbano, justamente para permitir o convívio social do apenado.

Ocorre que não há casa de albergado em número suficiente no Brasil, fato que coloca em xeque todo o processo de ressocialização.

Esse fato é tão delicado que o Supremo Tribunal Federal já declarou ao Poder Judiciário, a necessidade de reformas estruturais em toda execução penal, conforme o seguinte julgado:

A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável. Apelo ao legislador para que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para: (i) reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais; (ii) compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade; (iii) impedir o contingenciamento do FUNPEN [Fundo Penitenciário Nacional]; (iv) facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas; (v) permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais; (vi) limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da Federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos; (vii) fomentar o trabalho e estudo do preso,

mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos; (viii) destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional. Decisão de caráter aditivo. Determinação que o Conselho Nacional de Justiça apresente: (i) projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; (ii) relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas posteriores para desenvolvimento dessas estruturas; (iii) projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade; (iv) relatório deverá avaliar (a) a adoção de estabelecimentos penais alternativos; (b) o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; (c) a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do Funpen; (d) a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal. [RE 641.320, rel. min. Gilmar Mendes, j. 11-5-2016, P, DJE de 1º-8-2016, Tema 423.] (STF, 2019, p. 23).

Então, nesse ponto, que a deficiência dos estabelecimentos penitenciários tem levado os tribunais a adotar o regime domiciliar de cumprimento da pena.

Um dos exemplos que o caos no sistema penitenciário leva a determinação da prisão domiciliar é o caso de gestantes, conforme ficou plasmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 143641 do Estado de São Paulo, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 20 de fevereiro de 2018:

A Turma, preliminarmente, por votação unânime, entendeu cabível a impetração coletiva e, por maioria, conheceu do pedido **de** habeas corpus, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Edson Fachin, que dele conheciam em parte. Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, concedeu a 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 sob sua guarda, 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 nesse 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 excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. Estendeu a ordem, **de** ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães **de** crianças e **de** pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas acima. Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz **de** excepcionalidade da prisão. Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. Para apurar a situação **de** guardiã dos filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe. Faculta-se ao juiz, sem prejuízo **de** cumprir, desde logo, a presente determinação, requisitar a elaboração **de** laudo social para eventual reanálise do benefício. Caso se constate a suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão, a presente ordem não se aplicará. A fim **de** se dar cumprimento imediato a esta decisão, deverão ser

comunicados os Presidentes dos Tribunais Estaduais e Federais, inclusive da Justiça Militar Estadual e Federal, para que prestem informações e, no prazo máximo **de** 60 dias a contar **de** sua publicação, implementem **de** modo integral as determinações estabelecidas no presente julgamento, à luz dos parâmetros ora enunciados. Com vistas a conferir maior agilidade, e sem prejuízo da medida determinada acima, também deverá ser oficiado ao DEPEN para que comunique aos estabelecimentos prisionais a decisão, cabendo a estes, independentemente **de** outra provocação, informar aos respectivos juízos a condição **de** gestante ou mãe das presas preventivas sob sua custódia. Deverá ser oficiado, igualmente, ao Conselho Nacional **de** Justiça - CNJ, para que, no âmbito **de** atuação do Departamento **de** Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema **de** Execução **de** Medidas Socioeducativas, avalie o cabimento **de** intervenção nos termos preconizados no art. 1º, § 1º, II, da Lei 12.106/2009, sem prejuízo **de** outras medidas **de** reinserção social para as beneficiárias desta decisão. O CNJ poderá ainda, no contexto do Projeto Saúde Prisional, atuar junto às esferas competentes para que o protocolo **de** entrada no ambiente prisional seja precedido **de** exame apto a verificar a situação **de** gestante da mulher. Tal diretriz está **de** acordo com o Eixo 2 do referido programa, que prioriza a saúde das mulheres privadas **de** liberdade. Os juízes responsáveis pela realização das audiências **de** custódia, bem como aqueles perante os quais se processam ações penais em que há mulheres presas preventivamente, deverão proceder à análise do cabimento da prisão, à luz das diretrizes ora firmadas, **de** ofício. Embora a provocação por meio **de** advogado não seja vedada para o cumprimento desta decisão, ela é dispensável, pois o que se almeja é, justamente, suprir falhas estruturais **de** acesso à Justiça da população presa. Cabe ao Judiciário adotar postura ativa ao dar pleno cumprimento a esta ordem judicial. Nas hipóteses **de** descumprimento da presente decisão, a ferramenta a ser utilizada é o recurso, e não a reclamação, como já explicitado na ADPF 347. Tudo nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Falaram: pelas pacientes, o Dr. Carlos Eduardo Barbosa Paz, Defensor Público-Geral Federal, pelo Coletivo **de** Advogados em Direitos Humanos (CADHU), as Dras. Eloisa Machado **de** Almeida e Nathalie Fragoso e Silva Ferro; pela Defensoria Pública do **Estado de** São Paulo, o Dr. Rafael Muneratti; pela Defensoria Pública do **Estado** do Rio **de** Janeiro, o Dr. Pedro Paulo Carriello; pelo Instituto Brasileiro **de** Ciências Criminais - IBCCRIM, pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania - ITTC e Pastoral Carcerária, a Dra. Débora Nachmanowicz **de** Lima; pelo Instituto Alana, o Dr. Pedro Affonso Duarte Hartung; pela Associação Brasileira **de** Saúde Coletiva (ABRASCO), a Dra. Luciana Simas; e pelo Instituto **de** Defesa do Direito **de** Defesa (IDDD), a Dra. Dora Cavalcanti. Presidência do Ministro Edson Fachin. 2ª Turma, 20.2.2018.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal visou possibilitar a substituição do cumprimento da pena privativa de liberdade em domicílio para mulheres gestantes e outras em situação similar como presas que amamentam e adolescentes grávidas, mas possibilita ao juiz conceder outras medidas cautelares para tutelar o caso concreto.

3.2 EXECUÇÃO DA PENA EM DOMICÍLIO

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2019, p. 1785) falam em prisão albergue domiciliar, pois entendem que a falta de casa de albergado, destinada ao cumprimento da pena em regime aberto e de pena de limitação de fim de semana, fatalmente

possibilita o deferimento de prisão albergue domiciliar, não sendo admissível restringir direito do apenado em virtude de omissão do Estado.

Os tribunais superiores também trabalham nessa linha, entendendo ser possível a substituição da pena privativa de liberdade no cárcere pelo domicílio, conforme o exemplo do Recurso Especial número 1710674/MG, da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 22/08/2018, relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, dar parcial provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, fixando a seguinte tese: "A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da **prisão domiciliar**, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em **prisão domiciliar** por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, que julgavam prejudicado o recurso especial. Votaram vencidos a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nefi Cordeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. O Dr. Adilson de Oliveira Nascimento (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrente. A Dra. Alessa Pagan Veiga (Defensora Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrida.

Assim, o tribunal entendeu que é possível a substituição da execução da pena privativa de liberdade pelo cumprimento domiciliar, porém, não basta o simples argumento da falta de vagas, é preciso percorrer outras possibilidades para se chegar nessa providência subsidiária.

Então no julgado em tela o STJ fixou a seguinte tese:

"A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da **prisão domiciliar**, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante nº 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE nº 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em **prisão domiciliar** por falta de vagas; e (iii)

cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto".

Embora se exija outras providências, notadamente antes de lançar mãos da prisão domiciliar, fica claro que o grande problema é a falta de vagas no sistema carcerário.

3.3 SITUAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Além de constatar o Estado de coisas inconstitucional, vale verificar que todos os dias centenas de pessoas são levadas para o cárcere, não havendo a criação de novas vagas, na mesma proporção da prisão.

Dessa forma, Fabrício Pereira Lopes (2016, p. 21) demonstra que segundo dados do DEPEN, que é o Departamento Penitenciário Nacional, 41% das pessoas presas estão sem condenação, ou seja, são presos provisórios.

Além disso, o autor aponta que, dados de 2014, o Brasil contava com 607.731 presos, havendo apenas 376.669 vagas, ou seja, um déficit de quase 300 mil vagas (LOPES, 2016).

Natacha Alves de Oliveira (apud RIBEIRO, 2019, p. 35) traz dados ainda mais atuais e alarmantes:

Nesse ritmo, o levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen), de dezembro de 2014, mostrava o Brasil em quarto lugar no ranking da população carcerária no mundo. Enquanto o Brasil apresentava 622.202 presos, Estados Unidos tinha 2.217.000, China 1.657.812 e Rússia 644.237 detentos. Porém, em 2017, o Brasil passou para o terceiro lugar no ranking de presos, registrando uma população carcerária de 762.712 detentos, destacando-se que em comparação com a década de 90, o crescimento da população carcerária foi de 707 % no Brasil, perdendo apenas para Estados Unidos e China.

Assim, o Brasil que tinha a quarta maior população carcerária do mundo, passa a ter a ter o terceiro maior quantitativo de presos do mundo.

Um dos grandes impulsionares desses números alarmantes é a reincidência, fazendo com que a taxa de aprisionamento, a exemplo da pesquisa do G1:

Com 335 pessoas encarceradas a cada 100 mil, Brasil tem taxa de aprisionamento superior à maioria dos países do mundo

É a 26ª maior média entre 222 países/territórios, segundo a 'World Prison Brief', base de dados da Universidade de Londres. Há, no entanto, discrepâncias entre os estados. BA tem o menor índice; o AC tem o maior.

O Brasil é um dos países que mais prendem no mundo. **Levantamento feito pelo G1 mostra que o país tem hoje 704.395 presos** – o que equivale a 335 encarcerados a cada 100 mil habitantes. O índice coloca o país na 26ª colocação em uma lista com outros 221 países e territórios. Se for levado em conta apenas o número bruto, o país figura na 3ª posição.

A base de dados, intitulada “World Prison Brief”, é feita pelo Institute for Criminal Policy Research, da Universidade de Londres, e tem os dados mais atualizados de cada local.

Apesar da média nacional, há índices bastante discrepantes entre os estados brasileiros. Enquanto a Bahia possui a menor taxa do país (com 105 presos a cada 100 mil habitantes) – similar ao de países como Itália, Romênia e França –, o Acre possui uma taxa de 897 por 100 mil – maior que a de qualquer país da lista. Os Estados Unidos, que aparecem na 1ª colocação, por exemplo, têm um índice de 655 presos a cada 100 mil pessoas.

Um outro dado que chama a atenção é o percentual de provisórios (sem julgamento) no Brasil: 35,9%. Só 3 locais entre os 25 com as maiores taxas de aprisionamento do mundo apresentam um índice maior. Todos são territórios, e não países: Ilhas Virgens, Guam e Anguilla.

Se forem levados em conta todos os 222 países/territórios, porém, o Brasil aparece na 78ª posição na lista, encabeçada pela Líbia – onde 90% dos presos atrás das grades ainda não são sentenciados (<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml>)

De acordo com Fabrício Moreira Lopes (2016, p. 22 e 23), dados do DEPEN de 2014, apontam que entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento cresceu em cerca de 119%, resultando na estimativa de que em 2075, a continuar nesse ritmo de crescimento, uma a cada dez pessoas está no cárcere.

Para tal autor, para conter a reincidência e fomentar a ressocialização do preso, diminuindo essa população carcerária há uma solução que passa pela educação:

[...] A educação do apenado visa estimular condições capazes de propiciar a criação de identidade no indivíduo, estimulando-o a construir uma vida em sociedade dentro das possibilidades legais, fora da marginalidade. Para tanto, há a necessidade de uma política pedagógica construída com base na educação escolar/artística e profissional visando a socioeducação a fim de preparar o detento para o retorno à sociedade. Para a efetiva socioeducação do apenado é necessário uma estrutura própria em que a educação não será somente um lugar para a recepção de um conteúdo pragmático e sim um lugar onde visa-se a socialização para a liberdade onde o conteúdo, que é necessário, seja apenas um dos elementos edificadores [...] (LOPES, 2016, p. 24).

Porém, enquanto as soluções para diminuir o número de aprisionamentos, reduzir a reincidência e controlar a superpopulação carcerária, parece que a substituição da pena privativa no cárcere pela prisão domiciliar tem sido tomada de forma paliativa.

3.4 PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR E EXECUÇÃO PENAL

De acordo com Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 1785), a prisão domiciliar não se confunde com a prisão domiciliar cautelar, pois esta substitui a prisão preventiva, que seria cumprida em estabelecimento prisional adequado, isto

é, numa cadeia, conforme os artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal, tendo a redação alterada pela Lei número 12.403/2011.

Além disso, sustentam que ambas são cumpridas no domicílio do réu ou do apenado, mas por força de títulos distintos, já que, enquanto a prisão a prisão cautelar se dá por força do decreto de prisão preventiva, a execução da pena ocorre em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 1785).

Porém, os autores sustentam que, embora diversos os requisitos para o deferimento da prisão domiciliar cautelar, o juiz poderá se valer dos critérios que sejam mais favoráveis aos apenado para fim de deferir prisão albergue domiciliar a partir do disposto no artigo 318 do Código de Processo Penal, sobretudo quando sua presença em casa seja imprescindível para os cuidados especiais de menor de doze anos de idade (TÁVORA e ALENCAR, 2019, p. 1785).

Nestor Távora e Rosmar Alencar (2019, p. 1785) acrescentam que as modificações introduzidas pela Lei número 13.257/2016 (Lei do Marco da Infância), o magistrado poderá substituir a preventiva pela prisão domiciliar quando agente, apresentando prova idônea de sua situação de fato em uma das seguintes hipóteses:

- a) Contar com mais de oitenta anos;
- b) Estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- c) For imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência;
- d) For gestante, independentemente do tempo de gestação ou do grau de risco de sua gravidez;
- e) Mulher com filho de até doze anos de idade incompletos; e
- f) Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 886 e 887), faz uma diferenciação entre a prisão domiciliar no Código de Processo Penal e a prisão domiciliar na Lei de Execuções Penais.

Assim, para o autor, no CPP, a prisão domiciliar significa a possibilidade de o réu, em vez de ficar preso em uma unidade prisional, permanecerá recolhido em sua residência. Apensar disso, continua tendo natureza de prisão, mas uma prisão em casa (CAVALCANTE, 2018, p. 886).

No CPP são hipóteses da prisão domiciliar, nas quais o juiz poderá substituir a prisão preventiva pelo recolhimento em casa:

- a) Maior de 80 anos;
- b) Pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave;
- c) Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade ou com deficiência;
- d) Gestante;
- e) Mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos;
- f) Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos (CAVALCANTTE, 2018, p. 886 e 887).

O autor ainda lembra que magistrados, Membros do Ministério Público, integrante da Defensoria Pública e Advogados possuem o direito à prisão em sala de Estado-Maior, estabelecimento que na sua ausência autoriza a prisão domiciliar. Já no que tange a prisão domiciliar na Lei de Execuções Penais que está prevista no artigo 117, trata-se da possibilidade da pessoa que foi condenado cumprir a sua pena privativa de liberdade na própria residência, sendo portanto execução penal, isto é, cumprimento de pena na própria casa do apenado (CAVALCANTE, 2018, p. 886).

Daí, são hipóteses da execução da pena privativa de liberdade em casa para o preso que estiver cumprindo pena no regime aberto:

- a) Maior de 70 anos;
- b) Acometido de doença grave;
- c) Com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- d) Gestante (CAVALCANTE, 2018, p. 886 e 887).

O autor assevera que o magistrado poderá determinar que a pessoa fique usando uma monitoração eletrônica (CAVALCANTE, 2018, p. 887).

A partir daí, o autor utiliza de vários exemplos da jurisprudência para demonstrar a aplicação da prisão domiciliar.

Num primeiro momento, traz à tona a prisão domiciliar humanitária, conforme elenca Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 887):

[...] O art. 318, II, do CPP é chamado de prisão domiciliar humanitária. Em caso concreto, o STF entendeu que deveria conceder prisão humanitária ao réu tendo em vista o alto risco de saúde, a grande possibilidade de desenvolver infecções no cárcere e a impossibilidade de tratamento médico adequado na unidade prisional ou em estabelecimento hospitalar – tudo demonstrado satisfatoriamente no laudo pericial. Considerou-se que a concessão da medida era necessária para preservar a integridade física e moral do paciente, em respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). STF 2ª Turma HC 153961/DF, Rel. Min. Toffoli, julgado em 27/3/2018 (Info 895) [...].

A hipótese do artigo 318, inciso II do CPP nem precisava de previsão legal, bastava a utilização dos princípios constitucionais e as regras gerais das medidas

cautelares do CPP como a necessidade e adequação, conforme é a previsão do artigo 282 do CPP.

Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 887) traz também o caso de menor de 6 anos de idade que necessita de cuidados especiais como argumento para deferimento da prisão domiciliar, conforme decidido pela 6ª Turma do STJ no Habeas Corpus 291.439-SP, da Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 22 de maio de 2014, conforme o informativo 544:

[...] É possível a substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar, quando demonstrada a imprescindibilidade de cuidados especiais de pessoa menor de 6 anos de idade (art. 318, III, do CPP) e o decreto prisional não indicar peculiaridades concretas a justificar a manutenção da segregação cautelar em estabelecimento prisional [...].

A crítica, com toda vênua a essa decisão do Superior Tribunal de Justiça é que, se não há indicação de circunstâncias ou elementos concretos que justifiquem a custódia cautelar preventiva seria caso de revogação da medida que é excepcional dado o princípio da presunção ou estado de inocência e não em substituição pela prisão domiciliar.

Importantíssimo caso de prisão domiciliar para gestantes, puérperas, mães de crianças e mães de pessoas com deficiência, conforme elencado por Márcio André Lopes Cavalcante (2018, p. 887), ao analisar o julgado plasmado no Habeas Corpus 143641-SP, Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, datado de 20 de fevereiro de 2018, constante no Informativo 891:

[...] O STF reconheceu a existência de inúmeras mulheres grávidas e mães de crianças que estão cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto. Além disso, não há berçários e creches para seus filhos. O STF afirmou também que existe no Poder Judiciário brasileiro uma cultura do encarceramento, que significa a imposição exagerada e irrazoável de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal e processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, obrigadas no ordenamento jurídico vigente. A corte admitiu que o Estado brasileiro não tem condições de garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres estão em situação prisional. Diversos documentos internacionais preveem que devem ser adotadas alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. É o caso, por exemplo, das Regras de Bangkok. Os cuidados com a mulher presa não se direcionam apenas a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão em flagrante, contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos das crianças e adolescentes. Diante da existência desse quadro, deve-se dar estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016), em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do CPP, que prevê:
Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- IV – gestante;
V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos [...].

Segundo o autor, os critérios para a substituição de que tratam os incisos IV e V do artigo 318 do CPP, em regra deve ser concedida a prisão domiciliar para todas as mulheres presas que seja gestantes, puérperas (que deram à luz há pouco tempo), mães de crianças (ou seja, mães de menores até 12 anos incompletos) ou mães de pessoas com deficiência (CAVALCANTE, 2018, p. 888).

Todavia, essas hipóteses comportam exceções nos casos em que:

- a) A mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça;
- b) A mulher tiver praticado crime contra seus descendentes, ou seja, filhos e/ou netos;
- c) Em outras hipóteses excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que negaram a concessão do benefício.

Também lembra Márcio André, que o entendimento exposto acima vale da mesma maneira para adolescente que tenha praticado ato infracional, bem como as regras e as exceções valem para os reincidentes, já que o simples fato da mulher ser reincidente não a torna impedida do direito à prisão domiciliar (CAVALCANTE, 2018, p. 888).

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2019, p. 1012), após o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a situação degradante das presas, o legislador modificou o Código de Processo Penal e acrescentou os artigos 318-A e 328-B, por meio da Lei número 13.769/2018, cujo teor vale a pena conferir:

Art. 317. 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).

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 nº 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Dessa forma, agora se tem uma maior segurança jurídica com a junção do entendimento legislativo e jurisprudência, tendo os autores observado que há uma maior rigorosidade com relação ao homem, pois para que seja concedida a prisão domiciliar é imprescindível que ele seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos, bem como defendem que o tal rol de hipóteses de prisão domiciliar deve ser interpretado como rol meramente exemplificativo.

O artigo 117 da Lei de Execução Penal regula as hipóteses dessa substituição do cumprimento da pena privativa em estabelecimento penitenciário para o domicílio:

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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a liberdade não é absoluta, sendo a prisão uma modalidade de mitigação da liberdade.

Porém a limitação também sofre limitação, de modo que ficou consagrada a plena possibilidade de cumprimento em domicílio, tanto da prisão cautela, quanto da pena privativa de liberdade, ainda que observados certos requisitos tanto dos artigos 318, 318-A e 318-B, assim como do artigo 117 da LEP, além de estar consonantes as decisões judiciais com os demais princípios e valores relacionados ao Estado Democrático de Direito, à liberdade, à presunção de inocência e ao devido processo legal.

Há então clara possibilidade da execução da pena privativa de liberdade em domicílio, dado que a atual situação do cárcere no Brasil promove a violação de direitos fundamentais dos presos, não alcançando sua finalidade de ressocialização, além da superlotação dos estabelecimentos penitenciários e dos gastos despendidos pelo Estado para a manutenção de pessoas reclusas.

Dessa maneira, é necessário enfatizar que a liberdade foi consagrada pela ordem constitucional como valor de primeira grandeza e somente poder ser limitada quando houve imprescindibilidade, necessidade e adequação, consoante ao princípio da presunção de inocência, devido processo legal e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido avançou o Código de Processo Penal nos últimos anos, adotando no artigo 282 valores que colocam a prisão preventiva como *extrema ratio da ultima ratio*. Igualmente o CPP traz diversas medida cautelares, dentre as quais destaca-se a prisão domiciliar que avançou mais ainda com recentes decisões do STF e mudanças legislativas, reconhecendo a possibilidade da mulher gestante cumprir a medidas cautelar em domicílio, salvo tenha cometido crimes com violência ou grave ameaça a pessoa ou crime contra seu filho ou dependente.

Verificou-se então que na mesma linha caminha a Lei de Execuções Penais, embora em menor expressão, permitindo, em certos casos o recolhimento do detento em residência particular.

É preciso que o ser humano seja o fim e a razão de ser do processo penal, da execução penal, das estruturas e das instituições e não um objeto nas mãos dos poderes públicos para que possam tentar atingir suas finalidades.

Urge medidas para prestigiar os valores consagrados nos textos legais, mas que representam anos e vidas na luta contra a opressão.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. **Direito penal parte geral**. 6. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte geral**. 21. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 10. ed. rev. atual e reform. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade mecum direito o direito**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CRUZ, Rubens da Silva. **Evolução dos direitos fundamentais: superação do paradigma das dimensões, gerações e status à luz da paralisação da Polícia Militar no estado do Espírito Santo em 2017 e da greve dos caminhoneiros em 2018**. Artigo apresentado à Faculdade Vale do Cricaré, São Mateus, ES, 2018.
- GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2019.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 5. ed. rev. atual e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.
- LOPES, Fabrício Moreira. **A efetividade da educação na ressocialização do detento no sistema penitenciário brasileiro**. Monografia apresentada à Faceli, Linhares, 2016.
- MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.
- RIBEIRO, Ilana Constante. **Crise no sistema penitenciário brasileiro**. Monografia apresentada à Faculdade Vale do Cricaré, São Mateus, 2019.
- ROCHA, Fabrício Pereira; CRUZ, Rubens da Silva. **Responsabilidade civil do**

estado: análise das principais causas de condenações cíveis do estado do espírito santo por atos omissivos e comissivos de policiais miliares à luz da jurisprudência do TJES nos anos de 2014 a 208. Artigo apresentado à Academia de Polícia Militar do Estado do Espírito Santo, Cariacica, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória.** 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 14. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.