



UNIRIO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

LUCIANA YURI RODRIGUES MOREIRA MIYABE OOKA

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: ROMPENDO OS PARADIGMAS DO ENCARCERAMENTO**

Rio de Janeiro - RJ

2019

LUCIANA YURI RODRIGUES MOREIRA MIYABE OOKA

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: ROMPENDO OS PARADIGMAS DO ENCARCERAMENTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a avaliação da Disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Simone Schreiber.

Rio de Janeiro - RJ

2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida e pela oportunidade de cursar esta Faculdade. Foi um caminho árduo, mas, certamente, sei que a fé foi um dos maiores combustíveis para percorrê-lo. Na sequência, quero agradecer à minha família, amigos e professores. Juntos formamos uma rede de apoio e cooperação mútua que me possibilitou chegar até o final do Curso de Direito com sucesso. Contudo, gostaria de citar os nomes de alguns “anjos” que me apoiaram incondicionalmente.

Todos que me conhecem, e conhecem a minha história, sabem como foi difícil cursar e concluir esta faculdade. Em 2012, recebi o diagnóstico da geriatra da minha mãe que ela havia sido acometida de pela Doença de Alzheimer – uma doença neuro degenerativa sem cura. Eu sabia que ali percorreríamos um período muito difícil. Mas para a minha surpresa, a despeito de todas as dificuldades que sobrevieram com o avançar da doença, surgiram e ressurgiram “anjos” na minha vida que nos auxiliaram muito nessa trajetória.

Foram 6 anos e 3 meses cuidando, amando, protegendo e me despedindo da minha mãe – a pessoa de maior importância da minha vida, sem querer desprestigiar outras pessoas tão importantes quanto. Mas, sem dúvida, minha mãe foi exemplo de alegria, amor, força e resignação pra mim.

Nesse meio tempo, conheci, me apaixonei, casei e passei a admirar ainda mais meu atual marido (Gustavo). Ganhei outra família (Marta, Wallace, Jefferson, Vanessa, Daniel, Vô Aladir, Vô Judete, Vô Zé, Tias – Valéria e Juçara). Acompanhei com meu marido o adoecimento e falecimento da pessoa mais importante da vida dele (Vô Gerson – *in memoriam*). Conheci pessoas especiais na UNIRIO que se tornaram grandes amigas (Elaine, Anna, Verdenia, Marta, Michelle). Restabeleci contato com amigas do ensino médio (Amanda, Jacqueline, Alba e Renata). Fortaleci ainda mais os laços de amizade com as amigas da UERJ (Rachel, Ana Beatriz e Aline). Consolei, fui consolada pelo meu amigo de infância (Alexandre). Vi minha cachorrinha Gaia ficar velhinha e morrer. Eu, meu marido e a família dele adotamos um cachorro sem lar (Duque). Me apaixonei por gatos quando tive a minha primeira (Filha – que já era do meu marido quando o conheci). Estreitei ainda mais os laços familiares com meus irmãos e cunhadas (Cesar, Nelson, Tatiana e Aline). Acompanhei meus sobrinhos (Marina e Felipe) crescendo, ficando cada vez

mais espertos e felizes. Fiz as pazes com meu Pai e passamos a ter uma relação saudável de amor, respeito e confiança. Foram anos tão intensos que parece que vivi uma vida inteira neste período.

E a Faculdade de Direito na UNIRIO veio sem eu esperar. Surgiu o dilema de como conciliar os cuidados com a minha mãe e o curso noturno. E aí que os meus “anjos” entraram em ação. Meus irmãos, meu pai e meu marido organizaram uma força tarefa para me oferecerem estrutura. Meus outros anjos: amigas da UNIRIO me apoiaram e me ajudaram sempre que eu precisava. Os professores foram super maravilhosos e compreensivos com a minha situação.

E minha mãe... Essa foi formidável! Parecia frágil, mas foi valente até o final. Sua alegria contagiava o ambiente. E mesmo quando as coisas ficavam difíceis, ela tinha forças pra consolar, pra apoiar, sempre com um sorriso no rosto e um afago. Obrigada por tudo, mãe!

Em especial, agradeço à minha Orientadora – Prof^a. Dr^a. Simone Schreiber: pela paciência, pela doçura e compreensão. Foi uma das professoras que mais apoiou de forma compreensiva e acolhedora minha condição de Responsável da minha mãe.

Agradeço especialmente: Meu irmão mais velho Nelson e Cunhada Aline por me oferecerem suporte incondicional. Meu irmão do meio Cesar, obrigada pela parceria infalível, amor incondicional, suporte e socorro a qualquer hora do dia. Ao meu pai por nunca desistir da gente, por ter me dado a oportunidade de conhecer esse seu lado incrível que nunca havia conhecido. À minha mãe por me dar a vida, por me amar incondicionalmente, por ter me educado e dedicado a vida à família. A senhora jamais será esquecida. Te amo pra sempre.

E ao meu marido, Gustavo, um agradecimento mais que especial pela parceria na vida. Saiba que todos esses percalços só serviram para nos unir mais e me provar o quão admirável e incrível você é. Te amo e obrigada por vir junto comigo.

“A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições”.

(Rui Barbosa)

A APLICABILIDADE DA PRISÃO DOMICILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ROMPENDO OS PARADIGMAS DO ENCARCERAMENTO

Luciana Yuri Rodrigues Moreira Miyabe Ooka

Resumo

O crescimento da população carcerária brasileira é um fenômeno que gera bastante preocupação, dadas às condições precárias em que se encontram as penitenciárias do país. De acordo com dados de 2017 do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, o Brasil tem hoje a 3ª maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e da China. O próprio Supremo Tribunal Federal reconhece o estado de coisa inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Contudo, as nossas legislações penais passaram por sucessivas reformas, passando admitir no ordenamento jurídico medidas cautelares diversas das prisões e substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, em casos especiais. Do mesmo modo, admite-se a prisão domiciliar em caráter humanitário em sede da execução penal. Este estudo tem o objetivo de delimitar as condições que justificam a substituição do encarceramento pela prisão domiciliar à luz da doutrina, da legislação e das jurisprudências dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Sistema penitenciário; Prisão Domiciliar; Medidas Cautelares; Desencarceramento.

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

FIGURAS

Figura 1 – As sete maiores populações prisionais no Mundo.....	19
Figura 2 – Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total no Brasil – Junho de 2016.....	23
Figura 3 – Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal.....	24
Figura 4 – Retrato das prisões no Brasil.....	28
Figura 5 – Requisitos das Medidas Cautelares em Geral.....	31
Figura 6 – Características das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal.....	33

GRÁFICOS

Gráfico 1 – Crescimento da População Prisional do Brasil entre 1990 e 2016.....	19
Gráfico 2 – Taxa de ocupação dos presídios por natureza da prisão.....	21
Gráfico 3 – Evolução da taxa de aprisionamento de mulheres no Brasil entre 2000 e 2016.....	21
Gráfico 4 – Pessoas privadas de liberdade pela natureza da prisão e regime de cumprimento de pena.....	22
Gráfico 5 – Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil.....	23
Gráfico 6 – Pessoas com deficiência física por situação de acessibilidade da unidade prisional em que se encontram.....	25

TABELAS

Tabela 1 – Pessoas Privadas de liberdade no Brasil – Junho de 2016.....	20
Tabela 2 – Pessoas com deficiência privadas de liberdade no Brasil.....	24
Tabela 3 – Instalações especiais nos presídios femininos no Brasil.....	25
Tabela 4 – Distribuição dos presos e internados por determinação da Justiça Estadual e da Justiça Federal.....	26
Tabela 5 – Número de Processos de não reincidentes e reincidentes, por conteúdo da decisão definitiva.....	29
Tabela 6 – Estabelecimentos prisionais no Brasil – Junho de 2016.....	41

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BNMP	Banco Nacional de Monitoramento de Prisões
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
DST	Doenças Sexualmente Transmissíveis
HIV	Human Immunodeficiency Virus
GPS	Global Positioning System
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
LCP	Lei de Contravenções Penais
LEP	Lei de Execuções Penais
PAD	Prisão Albergue Domiciliar
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	ENCARCERAMENTO NO BRASIL	15
2.1.	O encarceramento no Brasil em números.....	18
2.2.	Questões controvertidas acerca do encarceramento no Brasil	27
3.	AS MEDIDAS ALTERNATIVAS DIVERSAS DA PRISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL	30
4.	PRISÃO DOMICILIAR	38
4.1.	Fundamentos Legais e Doutrinários	38
4.2.	Casos Especiais que justificam a substituição do encarceramento por prisão domiciliar – Casos Concretos: Jurisprudência dos Tribunais Superiores.....	42
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1. INTRODUÇÃO

O Sistema de cumprimento de pena no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se positivado nos Códigos Penal de 1940 e de Processo Penal de 1941, bem como em leis especiais, como por exemplo, a Lei de Execução Penal de 1984, a Lei de Contravenções Penais de 1941, entre outras (ROJO, 2017). Embora tais leis sejam antecessoras à Constituição Federal de 1988, elas vieram sofrendo alterações ao longo dos anos a fim de se adequarem aos limites impostos pela lei maior e que, conforme descrito no preâmbulo do texto constitucional, visa garantir:

Um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, 1988).

No entanto, colidindo com os preceitos constitucionais, o que se percebe é que o Estado parece ainda seguir a lógica punitivista que Michel Foucault critica na obra “Vigiar e Punir” (1987), em que o indivíduo deve ser segregado para que não volte a delinquir. Isso pode ser comprovado pelos dados publicados¹ pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018, com base nos registros do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0, que revelou que existem 600 mil presos por ordem da Justiça Estadual e 3 mil presos por determinação da Justiça Federal.

As estatísticas são ainda mais alarmantes quando a notícia que se tem em relatório publicado no ano de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)² – Órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, é que o Brasil é o terceiro país com a maior população carcerária no mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e da China, que são países com populações maiores e leis penais mais rígidas que a do Brasil, pois ambos admitem prisão perpétua.

Em contrapartida, o nosso ordenamento jurídico admite regimes menos gravosos daqueles que restringem integralmente a liberdade: no curso do processo existem as medidas cautelares previstas no Título IX do CPP; e após sentença penal

¹ CNJ, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em 30 mai. 2019.

² DEPEN, 2017, p.13. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: mai. 2019.

condenatória em desfavor do réu, que dependem de algumas variáveis como, por exemplo, no *quantum* de pena cominada imposta e primariedade, temos os regimes como o semiaberto, aberto e penas restritivas de direitos. Contudo, a realidade é que as medidas restritivas menos gravosas correspondem a apenas 21%, segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2018)³. Já a taxa de pessoas com total restrição de liberdade chega a 78%, onde 38% estão cumprindo pena em regime fechado, ao passo que 40% estão presos provisoriamente. Ao que parece, esta perspectiva conflita com o princípio da excepcionalidade da prisão cautelar que defende que a prisão deve ser *ultima ratio*.

Além disso, vale ressaltar as péssimas condições em que esses presos se encontram nas cadeias públicas brasileiras, onde a taxa de ocupação atinge em média 200% segundo o mesmo relatório do DEPEN. No Estado do Amazonas, por exemplo, esse índice alcança a taxa de 484% de ocupação, ou seja, esses presos se encontram em condições subumanas de sobrevivência, enfrentando confinamento e aglomeração. Sabe-se ainda que, segundo dados do IPEA (2015)⁴, um a cada quatro ex-condenados volta a ser condenado em novo crime no prazo de cinco anos, demonstrando que algo em nosso sistema não está funcionando para reintegração destes à sociedade.

Outrossim, é cediço que a alta taxa de ocupação no sistema prisional somada às péssimas condições de higiene nas celas e entre outros fatores, acaba proporcionando condições insalubres de sobrevivência aos que ali se encontram confinados, propiciando a disseminação de doenças como as Hepatites Virais, DST's e HIV, mesmo entre aqueles que aparentemente podem ser considerados indivíduos hígidos. Esta situação é ainda mais grave quando se trata de indivíduos imunologicamente mais frágeis, como por exemplo, idosos, gestantes e pessoas com doenças graves (GOIS *et al.*, 2012).

Outro aspecto que merece consideração especial é que a população prisional feminina vem crescendo exponencialmente nas últimas duas décadas. Desde o ano 2000 até junho de 2016, este crescimento foi de 656%. Nesta última aferição

³ DEPEN, 2017, p.13. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁴ IPEA, 2015, p. 111. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

realizada pelo DEPEN⁵, existiam 42.355 presas no Brasil. Dentre estas, havia 886 gestantes e lactantes, contudo, apenas 50% destas estão custodiadas em unidades que declararam oferecer condições adequadas para recebê-las. Dentro desse universo de pouco mais de 42 mil mulheres privadas de liberdade, 74% delas possui um ou mais filhos, causando, assim, grande impacto na dinâmica das famílias dessas presas (DEPEN, 2017).

Mediante a situação catastrófica em que se encontram os presídios brasileiros, onde ocorre clara violação de direitos humanos, fizeram-se necessárias alterações nas leis que normatizam o nosso sistema penal, como por exemplo, a previsão de prisão domiciliar em casos especiais em que o (a) preso (a) encontre-se em situação de vulnerabilidade ou de imperiosa necessidade, como por exemplo, os artigos 317 a 318-B do CPP que normatizam a prisão domiciliar, alterado recentemente pela Lei nº 13.769 de 19 de dezembro de 2018.

Ademais, ratificando o contexto descrito, o Supremo Tribunal Federal em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347/DF⁶, ainda em tramitação na Corte Superior, decidiu pelo reconhecimento unânime do “estado de coisa inconstitucional” relativo ao sistema penitenciário brasileiro, e concessão parcial à cautelar. Na ADPF 347/DF o Requerente – o Partido Socialismo e Liberdade – postula o reconhecimento do estado de coisa inconstitucional em relação ao sistema penitenciário brasileiro, bem como sejam adotadas “providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos” sob a tese de que as mesmas decorrem das ações e omissões dos Poderes Públicos Federal e Estaduais.

É mister mencionar outras duas emblemáticas decisões que corroboram com a supracitada jurisprudência, do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS⁷ e do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP⁸. A primeira, sob a relatoria do Ministro Gilmar

⁵ DEPEN, 2018. 79p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopenmulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 01 mai. 2019

⁶ADPF 347/DF – STF. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 09 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

⁷ RE nº 641.320/RS – Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 30 mai 2019.

⁸ HC nº 143.641/SP – STF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>>. Acesso em 30 mai 2019.

Mendes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral da matéria constitucional concedendo o direito de cumprimento de pena em regime aberto em casas de albergado ou em prisão domiciliar em virtude de ausência de vagas adequadas para acomodação de condenado em regime semiaberto (BRASIL, 2016). E a segunda, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, determinou a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade. A ordem foi estendida, de ofício, também, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em situação idêntica (BRASIL, 2018).

Contudo, várias são as controvérsias em sede dos recursos repetitivos nos Tribunais em que diferentes decisões são proferidas para situações muito semelhantes envolvendo indivíduos nas situações supramencionadas.

Desta forma, o interesse pelo tema surgiu ao longo da vivência no Estágio Jurídico realizado no Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. A partir dessa experiência, foi possível perceber a fragilidade em que se encontra o Sistema Penitenciário Brasileiro, pelas seguintes razões: a situação crítica da superlotação dos presídios, as condições inóspitas em que os presos se encontram, e a inoperância do Estado em fornecer condições mais dignas e adequadas à população carcerária.

Além disso, embora muitos dos presos apresentem reais necessidades da substituição da prisão por medidas cautelares mais adequadas, sob o respaldo do princípio mor da dignidade da pessoa humana, na prática existe grande divergência entre as decisões proferidas pelo judiciário podendo ensejar insegurança jurídica e violação dos preceitos fundamentais constitucionais.

Isto posto, este trabalho de conclusão de curso teve como objeto “a prisão domiciliar como medida alternativa ao encarceramento”. O objetivo norteador do estudo foi *delimitar as condições que justificam a substituição do encarceramento pela prisão domiciliar*. E como objetivos secundários, a presente pesquisa teve o intuito de:

- a) descrever as questões que permeiam o encarceramento como principal forma de pena;

- b) descrever os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais que tratam das medidas alternativas à prisão;
- c) analisar casos concretos em que são proferidas decisões controvertidas no que tange a concessão ou não da prisão domiciliar e seus fundamentos jurídicos.

2. ENCARCERAMENTO NO BRASIL

A privação da liberdade é uma prática bastante antiga na história da humanidade, e veio sofrendo transformações ao longo do tempo até chegarmos à modalidade que existe nos dias atuais. Foucault (1987, p. 260) destaca que o encarceramento é preexistente à sua aplicação sistemática nas leis penais, e foi constituído apartado do Sistema Judiciário.

Desde a Idade Antiga até o período que corresponde à queda do Império Romano, o cárcere, que ocorria em calabouços, torres e ruínas, era empregado não com o caráter de pena, mas como forma de domínio e punição sobre o indivíduo.

Na Idade Média, período feudal caracterizado pela supremacia da Igreja Católica, prevalecia as penas corporais, tais como a forca, amputações, queimaduras, degola, guilhotina e suplício na fogueira. O cárcere era utilizado apenas como custódia para aqueles que seriam submetidos aos castigos corporais ou à pena de morte.

Foi durante a era medieval que surgiram duas espécies de cárcere: de Estado e o Eclesiástico, que vieram a se consolidar na Idade Moderna, sob a égide do Absolutismo, o tão famoso período em que vigorou a Santa Inquisição. A Prisão de Estado correspondia à custódia em que o indivíduo que está aguardando a punição, ou eram isolados perpetuamente (exemplo: Bastilha de Paris). O cárcere Eclesiástico corresponde à clausura nos mosteiros, dos clérigos considerados rebeldes como forma de penitência para que se arrependessem de seus pecados. A partir daí, surgiu o termo “penitenciária”, advindo do Direito Canônico, como forma de “recuperação” do indivíduo pelo arrependimento através do isolamento social (MACHADO, 2009).

Em meados do Século XVI, a privação de liberdade ganhou escopo de sanção penal propriamente dita. Este movimento ocorreu em virtude do aumento da criminalidade urbana, ao final do período feudal, dada à situação de miséria em que se encontrava a população das cidades. Machado (2009) relata que a primeira prisão moderna construída foi a “Casa de Correção” (*House of Correction*), em 1552 na Inglaterra.

O Século XVIII foi marcado por um período de reforma penitenciária sob forte influência dos ideais Iluministas. Destacaram-se os pensadores ingleses John

Howard e Jeremy Bentham, assim como o italiano Cesare Beccaria, que trouxeram importantes contribuições para o Direito Penal. Neste momento surgiu um movimento de humanitarismo penitenciário, no sentido de buscar melhorar as condições das prisões a partir de alterações filosóficas e doutrinárias da pena (GONÇALVES, 2009).

John Howard (1726 – 1790) foi considerado o “apóstolo humanitário das prisões” e dedicou sua vida defendendo a necessidade de uma reforma penitenciária com o intuito de melhorar as condições nas prisões. Escreveu a obra *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of some Foreign Prisons* em 1777, em que descreveu as condições desumanas e degradantes das prisões europeias. Nesta obra, também propôs ampla reforma pautada nos seguintes pilares: educação religiosa; trabalho regular organizado; melhores condições alimentares e de higiene; isolamento parcial para evitar o contágio moral; e inspeções periódicas (Ibidem, p. 11-12).

A contribuição de Jeremy Bentham (1748 – 1832) para a reforma penitenciária era baseada nos três pilares: “doçura, rigor e severidade”. Neste sentido sugeriu as seguintes transformações: separação dos presos por sexo; rigor com a higiene e vestuário dos presos; alimentação adequada; rigor na aplicação do regime disciplinar. Foi o idealizador do “Panóptico” que dispunha de uma estrutura circular, e permitia que o guarda prisional conseguisse observar todos os prisioneiros sem que fosse visto. Assim, despertaria o sentimento nestes prisioneiros de constante vigilância e de auto-disciplina (Ibidem, p. 14 -16).

Cesare Beccaria (1738 – 1794) escreveu a obra *Dos Delitos e das Penas*, e foi grande defensor da abolição das penas de tortura, desumanas e de morte. Postulou também a criação de um novo sistema de Direito Penal, em que somente a lei poderia fixar as penas correspondentes a cada delito – trata-se do princípio da legalidade, acolhido no nosso ordenamento jurídico, positivado no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 (Ibidem, p. 12-14).

Já no Brasil, conforme relata Machado (2009), desde o período colonial até o ano 1824 vigoravam as Ordenações Filipinas de 1603, que continha a previsão de penas cruéis tais como as corporais (açoite, mutilação, queimadura), exílio, de morte, entre outras. Havia também a previsão das penas de confisco de bens e de infâmia que poderiam se estender à família do condenado. A reforma penal e penitenciária no Brasil teve início a partir da Constituição de 1824, em que foram

abolidas as penas cruéis e a transmissão da pena aos parentes. Além disso, estabelecia melhores condições às cadeias brasileiras, embora na prática não tenha sido apresentada nenhuma proposta para implementação da previsão constitucional de prisões limpas e seguras, conforme destaca Sant'Anna (2005, p. 1).

Na sequência, foram editados o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832 que regulamentavam a nova política penal. Neste momento, instituiu-se a pena de privação de liberdade e foram revogadas as previsões de penas corporais no ordenamento jurídico brasileiro, embora ainda vigente a escravidão.

No Século XIX, sob a influência dos modelos penais europeus e americanos, foi criada a Casa de Correção do Rio de Janeiro. Entretanto, existia um grande abismo entre as diretrizes da reforma penitenciária brasileira e a prática. As penalidades impostas aos escravos perduraram até a abolição da escravatura em 1888. Em virtude da falta de verba, não foi possível a integral implementação do modelo do panóptico de Bentham. Além disso, foram mantidas as penas galés, degredo, banimento e desterro, assim como nada mudou na realidade das superlotações e insalubridade nas prisões.

Ao final do Século XIX, após a Proclamação da República em 1889, foi instituído o Código Penal de 1890 e promulgada a Constituição Republicana de 1891. A partir daí, o ordenamento jurídico brasileiro rompeu definitivamente com a aplicação das penas corporais e de morte, restringindo-a em caso de guerra. O sistema penal adquiriu aspecto corretivo e regenerador, alinhado à concepção que se tinha na época acerca do encarceramento como forma de solução da criminalidade (DINIS, 2014).

Em 1937, durante o Estado Novo, sob o comando de Getúlio Vargas, a pena de prisão era utilizada com o intuito de controlar os opositores do governo. No Governo Vargas foi promulgado o Código Penal (atualmente vigente), em 1940. De acordo com Gueiros e Japiassu (2018, p. 112), o Código Penal de 1940 adotou uma nova sistemática com relação à prisão: reclusão e detenção impostas para crimes ou delitos, e prisão simples para contravenções penais.

No período compreendido entre 1964 e 1985, conhecido historicamente como a Ditadura militar brasileira, a prisão, a tortura, o desaparecimento forçado e mortes passaram a ser adotadas como política de Estado, marcando um enorme retrocesso à história das punições no Brasil. Também foram reinstituídas a pena capital e de

banimento através dos Atos Institucionais que tinham força de norma constitucional (GUEIROS; JAPIASSU, 2018).

Em meados do ano de 1984, a reforma penitenciária voltou a ser discutida, principalmente após ser sancionada a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal. Este diploma legal nasceu com o propósito de “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, conforme estabelece o artigo 1º da Lei.

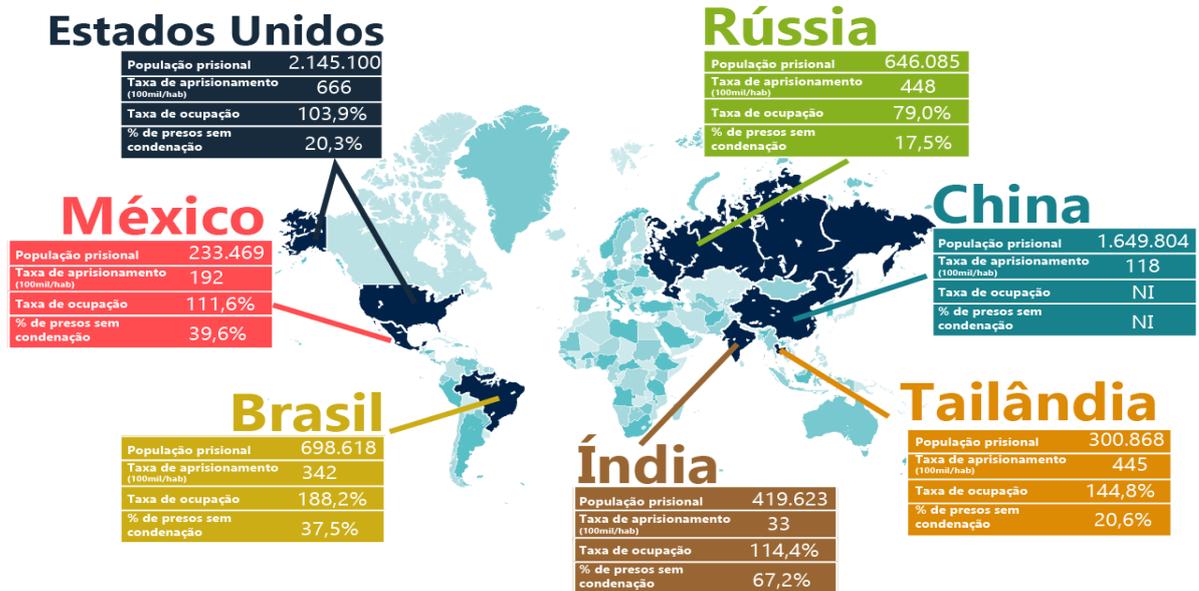
Outro marco que merece destaque foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito no Brasil, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dessa premissa decorre o direito fundamental à liberdade. Portanto, a prisão é uma medida extrema que somente deve ocorrer como *ultima ratio*, diante de situações graves ou quando nenhuma outra medida cautelar for cabível.

2.1. O encarceramento no Brasil em números

O crescimento da população carcerária brasileira nos últimos anos é um fenômeno que gera bastante preocupação, dadas às condições precárias em que se encontram as penitenciárias do país. Tal situação pode ser mensurada através das análises realizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, publicados em 2017 e 2018 que mostra o raio-x do sistema penitenciário brasileiro. O “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN de 2017” aduz que o Brasil tem a terceira maior população prisional do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos e da China, e à frente da Rússia, que ocupa a quarta colocação.

Em breve análise, cumpre ressaltar que tanto os Estados Unidos, como a China e a Rússia dispõem da previsão legal de penas mais gravosas como a prisão perpétua e a pena de morte em seus Sistemas Penais. Já no Brasil, há a vedação expressa da aplicação de penas de prisão de caráter perpétuo e de morte, salvo em caso de guerra declarada, como dispõe o artigo 5º, inciso XLVII, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal de 1988.

Figura 1 – As sete maiores populações prisionais no Mundo.



Fonte: BRASIL, 2017⁹

De acordo com relatório do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (2017), a população carcerária brasileira cresce cerca de 8,3% a cada ano. Deste modo, seguindo esta taxa de crescimento anual, espera-se que em 2025 o Brasil atinja o patamar aproximado de 1,5 milhões de pessoas encarceradas.

Gráfico 1 – Crescimento da População Prisional do Brasil entre 1990 e 2016.



Fonte: DEPEN, 2017¹⁰

Em 2016 o Brasil dispunha de 368.049 vagas no Sistema Penitenciário e uma população prisional de 726.712 pessoas privadas de liberdade. Portanto, alcançando uma taxa de ocupação de quase 200%, com um déficit de 358.663 vagas prisionais.

⁹ BRASIL, 2017. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

¹⁰ DEPEN, 2017, p. 9. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

Atualmente, com base em informações do CNJ (2019)¹¹, o Brasil dispõe de 2.616 estabelecimentos prisionais, com um total de 427.554 vagas. Em notícia recente veiculada pelo Portal de Notícias do G1¹² há a informação de que esse número ultrapassa a marca dos 812 mil presos, sendo que 41,5% destes ainda não possuem condenação.

Tabela 1 – Pessoas Privadas de liberdade no Brasil – Junho de 2016.

	Total	Mulheres
População Prisional	726.712	42.355
Sistema Penitenciário	689.510	41.087
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765	1.268
Sistema Penitenciário Federal	437	N.I. ¹³
Vagas	368.049	27.029
Déficit de vagas	358.663	15.326
Taxa de ocupação	197,4%	156,7%
Taxa de aprisionamento	352,6	40,5

Fonte: DEPEN, 2017¹⁴; DEPEN, 2018.¹⁵

No que concerne à superlotação dos presídios, no Gráfico 2 é possível observar que a situação do sistema carcerário brasileiro é ainda mais catastrófica ao se constatar o déficit de vagas para o quantitativo de indivíduos presos é enorme, ratificando a falência das prisões brasileiras. Os dados são ainda mais alarmantes no tocante à quantidade de pessoas privadas de liberdade ainda sem condenação, que atinge à taxa de ocupação de 247%. Enquanto que para os presos que cumprem a pena em regime fechado a taxa atinge 161% e para aqueles em regime semiaberto a taxa de ocupação é de 170%.

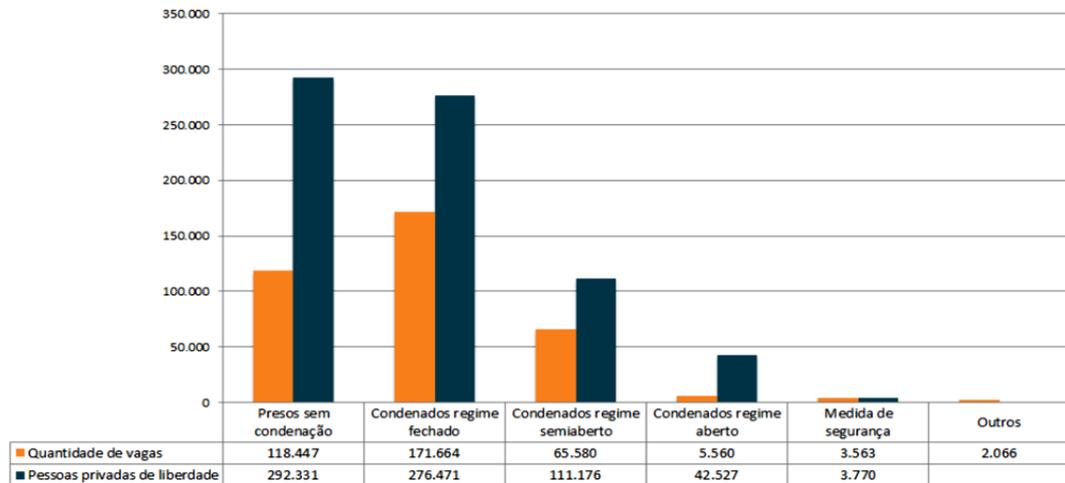
¹¹ CNJ – GEOPRESÍDIOS, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 30 out. 2019.

¹² Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em 15 set. 2019.

¹³ N.I.: Não Informado

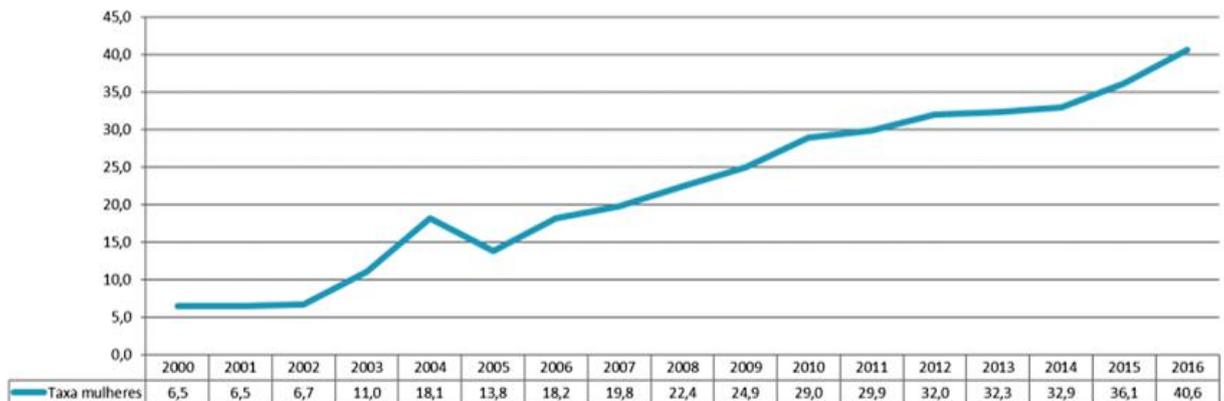
¹⁴ DEPEN, 2017, p. 7. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

¹⁵ DEPEN, 2018. p. 10. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 01 mai. 2019.

Gráfico 2 – Taxa de Ocupação dos presídios por natureza da prisão

Fonte: DEPEN, 2017.¹⁶

Em que pese às prisões serem ocupadas por uma maioria esmagadora masculina, convém ressaltar que o crescimento do encarceramento de mulheres vem aumentando gradativamente. Tal fato traduz a necessidade da criação de políticas públicas reformadoras do sistema penitenciário, em virtude de questões peculiares que permeiam à vida da mulher, como por exemplo, gestação, parto, puerpério, aleitamento, bem como o papel fundamental da mulher na educação de seus filhos. Diante dessa perspectiva, o DEPEN publicou em 2018 o “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres”, que estabelece um panorama acerca do encarceramento da população feminina e suas implicações.

Gráfico 3 – Evolução da taxa de aprisionamento de mulheres no Brasil entre 2000 e 2016

Fonte: DEPEN, 2018.¹⁷

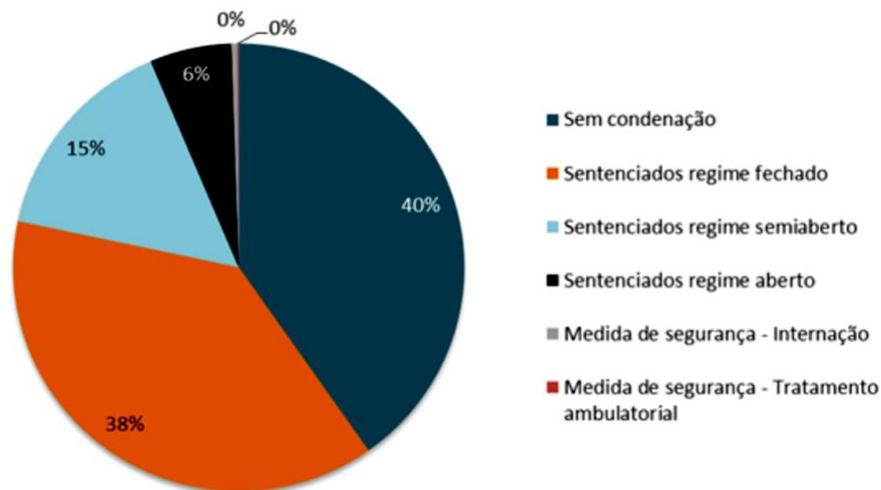
¹⁶ DEPEN, 2017, p. 23. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

¹⁷ DEPEN, 2018, p. 10. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 01 mai. 2019.

A partir do relatório do DEPEN foi possível também determinar o perfil da população carcerária no período analisado, e foram apresentados os seguintes resultados:

- a) Quanto à natureza da prisão ou tipo de regime: Cerca de 40% do universo total de pessoas privadas de liberdade estavam presas provisoriamente, logo, sem condenação. Dos que estavam cumprindo pena privativa de liberdade, 38% estavam em regime fechado, 15% em regime semiaberto, 6% em regime aberto (em casas de albergado). Enquanto 1% cumpria alguma medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial).

Gráfico 4 – Pessoas privadas de liberdade pela natureza da prisão e regime de cumprimento de pena



Fonte: DEPEN, 2017.¹⁸

- b) Quanto à faixa etária: a população carcerária brasileira é composta majoritariamente por jovens até 29 anos de idade, cerca de 55%, dos quais 30% estão na faixa dos 18 a 24 anos e 25% na faixa dos 25 a 29 anos de idade. Enquanto que 19% encontram-se na faixa dos 30 a 34 anos, 19% entre 35 a 45 anos, 7% entre 46 a 60 anos, e um ínfimo percentual de idosos, que chega a 1%.
- c) Quanto à etnia: das pessoas privadas de liberdade, 64% são negras. O relatório faz uma comparação dos percentuais étnicos entre a população brasileira e a população carcerária.

¹⁸ DEPEN, 2017, p. 13. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

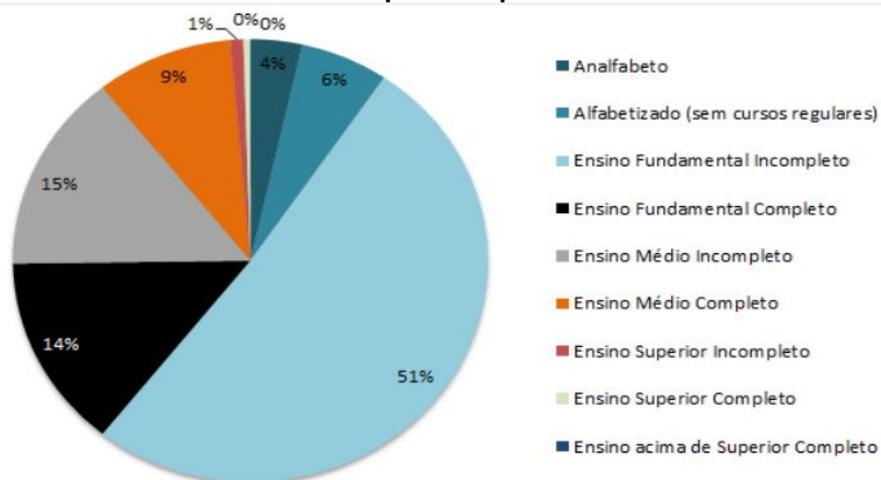
Figura 2 – Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total no Brasil – Junho de 2016



Fonte: DEPEN, 2017.¹⁹

d) Quanto ao grau de escolaridade: o relatório aponta que a maior parte da população prisional sequer concluiu o ensino fundamental (51%), 4% são analfabetos, 6% são alfabetizados sem ter frequentado cursos regulares, 14% concluíram o Ensino Fundamental, 15% não concluíram o Ensino Médio, 9% concluíram o Ensino Médio e apenas 1% chegaram a ingressar no Ensino Superior.

Gráfico 5 – Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil.



Fonte: DEPEN, 2017.²⁰

e) Quanto ao gênero dos crimes cometidos: Em relação ao sexo masculino, os tipos penais que tiveram maior incidência foram tráfico de drogas (26%) e roubo

¹⁹ DEPEN, 2017, p. 23. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁰ DEPEN, 2017, p. 33. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

(26%). Já em relação ao sexo feminino, o crime de tráfico de drogas foi o que teve maior índice – 62%.

Figura 3 – Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade, por tipo penal



Fonte: DEPEN, 2017.²¹

f) Quanto aos portadores de deficiência: com base nos dados apresentados, foram identificadas cerca de 4.350 pessoas com alguma deficiência – sendo 4.130 do sexo masculino e 220 do sexo feminino. Isso corresponde a 1% da população prisional. A grande maioria apresenta deficiência de ordem intelectual. Enquanto que 1.169 presos apresentaram alguma das deficiências físicas listadas na tabela abaixo.

Tabela 2 – Pessoas com deficiência privadas de liberdade no Brasil.

	Homens	Mulheres
Total de pessoas privadas de liberdade com deficiência	4.130	220
Pessoas com deficiência intelectual		
<i>Pessoas com deficiência intelectual: apresentam limitações no funcionamento mental, afetando tarefas de comunicação, cuidados pessoais, relacionamento social, segurança, determinação, funções acadêmicas, lazer e trabalho.</i>	2.395	162
Pessoas com deficiência física		
<i>Pessoas com deficiência física: apresentam limitação do funcionamento físico-motor; são cadeirantes ou pessoas com deficiência motora, causadas por paralisia cerebral, hemiplegias, lesão medular, amputações ou artropatias.</i>	1.139	30
Quantas pessoas, dentre as informadas acima, são cadeirantes?	358	11
Pessoas com deficiência auditiva		
<i>Pessoas com deficiência auditiva: apresentam perda total da capacidade auditiva. Perda comprovada da capacidade auditiva entre 95% e 100%.</i>	200	17
Pessoas com deficiência visual		
<i>Pessoas com deficiência visual: não possuem a capacidade física de enxergar por total falta de acuidade visual.</i>	304	10
Pessoas com deficiências múltiplas		
<i>Pessoas com deficiências múltiplas: apresentam duas ou mais deficiências.</i>	92	1

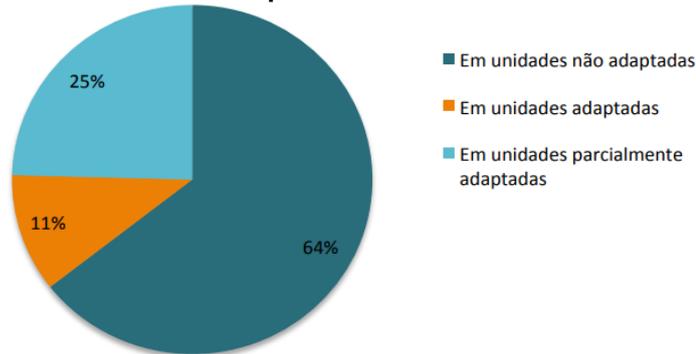
Fonte: DEPEN, 2017.²²

²¹ Ibidem, p. 43.

²² DEPEN, 2017, p. 37. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

Entretanto, o relatório aponta que apenas 11% das pessoas privadas de liberdade com deficiência encontram-se alocadas em unidades prisionais adaptadas de acordo com a NBR 9050:2004²³, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, que estabelece critérios de acessibilidade de edificações, mobiliários, espaços e equipamentos urbanos.

Gráfico 6 – Pessoas com deficiência física por situação de acessibilidade da unidade prisional em que se encontram



Fonte: DEPEN, 2017.²⁴

g) Quanto às Instalações especiais para mulheres: o levantamento realizado pelo DEPEN aferiu as seguintes variáveis no tocante ao encarceramento feminino – estabelecimentos com cela/dormitório adequado para a gestante; mulheres gestantes e lactantes privadas de liberdade; estabelecimentos que dispõem de berçário e/ou centro de referência materno-infantil; e unidades que dispõem de creche. Foram obtidos os seguintes resultados:

Tabela 3 – Instalações especiais nos presídios femininos no Brasil

Instalações		N	%
Estabelecimentos com cela/dormitório adequado para a gestante		55	16%
Mulheres privadas de liberdade	Gestantes	536	Somente 269 delas estão alocadas em unidades adequadas para suas necessidades (50%)
	Lactantes	350	
Estabelecimentos que dispõem de berçário e/ou centro materno-infantil		49 (com capacidade para 467 bebês)	14%
Unidades que dispõem de creche		9 (com capacidade para 72 crianças)	3%

Fonte: DEPEN, 2018.²⁵

²³ NBR 9050:2004. Disponível em: <http://www.aeap.org.br/doc/nbr_9050_2004_acessibilidade.pdf>. Acesso em 14 set. 2019.

²⁴ DEPEN, 2017, p. 38. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 set. 2019.

²⁵ DEPEN, 2018, p. 10. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 01 mai. 2019.

Em agosto de 2018, o CNJ divulgou indicadores referentes ao encarceramento no Brasil, com base no Cadastro Nacional de Presos do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP. Neste período, identificou-se o quantitativo de 599.202 pessoas privadas de liberdade por determinação da Justiça Estadual, enquanto que por ordem da Justiça Federal havia 2.271 presos. Cumpre esclarecer que a discrepância entre os dados apresentados pelo sistema de informações do DEPEN e do BNMP ocorre em virtude da não implantação total deste último. Até a data de publicação do relatório pelo CNJ, restando ainda os Estados de São Paulo e do Rio Grande do Sul concluir a inclusão dos dados referente aos seus sistemas penitenciários.

Tabela 4 – Distribuição dos presos e internados por determinação da Justiça Estadual e da Justiça Federal

UF de Custódia	Estadual	Federal	Ambas as Justças	Total Geral
AC	6.872	14	0	6.909
AL	4.596	14	0	4.634
AM	6.374	13	7	6.394
AP	2.831	25	0	2.856
BA	16.246	24	3	16.273
CE	20.709	62	12	20.795
DF	17.421	6	1	17.431
ES	21.232	46	7	21.287
GO	17.742	21	9	17.775
MA	10.381	27	10	10.421
MG	58.525	100	33	58.664
MS	22.255	316	59	22.644
MT	9.308	87	18	9.414
PA	15.688	11	5	15.706
PB	11.787	23	15	11.826
PE	27.236	38	11	27.286
PI	4.505	26	3	4.535
PR	27.107	312	0	27.420
RJ	77.711	198	39	77.950
RN	7.292	88	47	7.427
RO	8.577	73	17	8.667
RR	2.162	5	1	2.168
RS***	95	81	1	177
SC	20.334	66	12	20.434
SE	4.878	6	9	4.893
SP**	173.727	589	163	174.620
TO	3.604	0	0	3.604
Brasil*	599.202	2.271	482	602.217

Fonte: CNJ, 2018.²⁶

* 262 registros não possibilitaram a identificação da origem do processo avaliado entre justiça federal e estadual, bem como sete não trouxe a identificação da UF de custódia.

** O Tribunal de São Paulo ainda não concluiu a alimentação.

*** O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ainda não iniciou a implantação. Os dados constantes referem-se aos presos alimentados por outros tribunais estaduais, cujo preso encontra-se custodiado no Rio Grande do Sul e pelo Tribunal Federal da 4ª Região

²⁶ CNJ, 2018. p. 37. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>>. Acesso em 13 set. 2019.

2.2. Questões controvertidas acerca do encarceramento no Brasil

O encarceramento é uma prática adotada desde o nascimento da sociedade brasileira. As constantes reformas penitenciárias fizeram-se urgentes e necessárias em virtude das constantes práticas cruéis e desumanas que sempre foram empregadas nas prisões e legalmente permitidas no nosso ordenamento jurídico.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nascida em virtude da situação catastrófica em que se encontrava a humanidade após a II Guerra Mundial e o Holocausto, estabeleceu em seu artigo V a vedação expressa à tortura: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Ademais, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, através do Pacto de São José da Costa Rica (1969), determina que “Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. E estabelece que as penas privativas de liberdade devem atender à finalidade reformadora e ressocializadora dos condenados. Este tratado foi ratificado pelo Brasil e virou norma constitucional através da Emenda Constitucional 45/2004.

A própria Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/1984 determina a função de integração social harmônica do condenado e do internado. Contudo, os indicadores demonstram que a realidade do encarceramento no Brasil colide com os ideais pretendidos pelos tratados internacionais positivados na Constituição Federal de 1988 no que tange à proteção e ao respeito dos direitos humanos do condenado.

Os indicadores apresentados nos recentes relatórios que retratam a realidade dos presídios no Brasil denotam a falência do sistema penitenciário brasileiro. O que se percebe é que a lógica punitivista permanece arraigada em nossa sociedade. Muitos operadores do Direito, que deveriam zelar pelo Estado Democrático de Direito, ainda se mostram muito conservadores no que concerne à adoção de penalidades rígidas.

Figura 4 – Retrato das prisões no Brasil



Fonte: EBC In: ONU, 2019.²⁷

O Supremo Tribunal Federal, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF Nº 347/2015, declarou o estado de coisa inconstitucional dos presídios brasileiros, em que se evidencia flagrante violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A Suprema Corte reconheceu que as penas privativas de liberdade no Brasil, diante da situação caótica em que se encontram os presídios, acabam constituindo penas cruéis e desumanas. E que tal situação ocorre em virtude de problemas estruturais e falha das políticas públicas. O Ministro Marco Aurélio, relator nessa ADPF, elenca algumas das situações alarmantes que ocorrem no sistema penitenciário:

celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado, ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. Enfatiza estarem as instituições prisionais dominadas por facções criminosas. Salienta ser comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já

²⁷ EBC In ONU, 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/artigo-prisoas-e-inseguranca-no-brasil-efeito-domino/>>. Acesso em: 5 set. 2019

cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos. (ADPF N° 347 MC/DF, 2015).

Outro fator que demonstra a falência dos paradigmas ressocializadores e regeneradores da pena privativa de liberdade é a alta taxa de reiteração delitiva. De acordo com relatório do Instituto de Pesquisas Avançadas – IPEA, em pesquisa realizada, quase 90% dos indivíduos reincidentes já haviam sido condenados à pena privativa de liberdade, conforme demonstrado na tabela a seguir:

Tabela 5 – Número de Processos de não reincidentes e reincidentes, por conteúdo da decisão definitiva.

Decisão	Reincidente				Processos	
	Não		Sim		Número	%
	Número	%	Número	%		
Condenação à multa	10	1,6	2	1,0	15	1,7
Condenação à pena alternativa	55	9,0	13	6,6	81	8,9
Condenação à pena privativa de liberdade	463	75,7	176	89,3	717	79,1
Suspensão condicional da pena (<i>sursis</i>)	84	13,7	6	3,0	93	10,3
Total	612	100,0	197	100,0	906	100,0
Não informado	6		2		0	
Total geral	618		199		906	

Fonte: IPEA, 2015.²⁸

Cumprir esclarecer que, nos termos do artigo 63 do Código Penal, a reincidência se verifica “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Salienta-se que entre a nova infração tenha ocorrido dentro do prazo de cinco anos da data do cumprimento ou extinção da pena da condenação anterior, conforme estabelece o inciso I do artigo 64.

²⁸ IPEA, 2015. p.32. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>>. Acesso em 02 set. 2019.

3. AS MEDIDAS ALTERNATIVAS DIVERSAS DA PRISÃO NO PROCESSO PENAL E NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.

A prisão é uma medida excepcional e extrema que vai de encontro com o direito fundamental da liberdade tutelada por institutos internacionais e pela Constituição Federal. A doutrina defende amplamente que a decretação de prisão é *ultima ratio*, ou seja, deve ser a última opção a ser adotada quando nenhuma outra medida cautelar for cabível no curso a instrução criminal (NUCCI, 2016).

Em se tratando da execução penal, a própria legislação processual – Decreto-Lei nº 3.689/1941 estabelece que o indivíduo somente poderá ser preso em razão de sentença penal condenatória transitada em julgado. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão em sede das Ações Declaratórias de Constitucionalidade – ADCs nºs 43, 44 e 54²⁹, ratificou tal previsão legal.

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).(BRASIL, 1941).

Em relação ao Código de Processo Penal, no ano de 2011, o legislador ao criar a Lei nº 12.403, trouxe importantes transformações no que tange às prisões provisórias (prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva). Segundo Aury Lopes Junior (2017, p. 98), o legislador inovou ao revitalizar o instituto da fiança, bem como ao estabelecer medidas cautelares diversas da prisão. Tais transformações reforçaram a excepcionalidade do encarceramento.

De acordo com o jurista Paulo Rangel (2015), em virtude dos frequentes abusos na aplicação das prisões cautelares por parte dos magistrados, inclusive em situações em que se mostravam desnecessárias, a recente reforma processual, no que concerne o instituto das prisões, foi imprescindível. O legislador ao criar o instituto das medidas cautelares prestigiou expressamente o princípio da proibição do excesso pelo Estado, pautado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Destarte, as medidas cautelares deverão ser aplicadas quando representarem método menos oneroso ao investigado/ réu em comparação com a

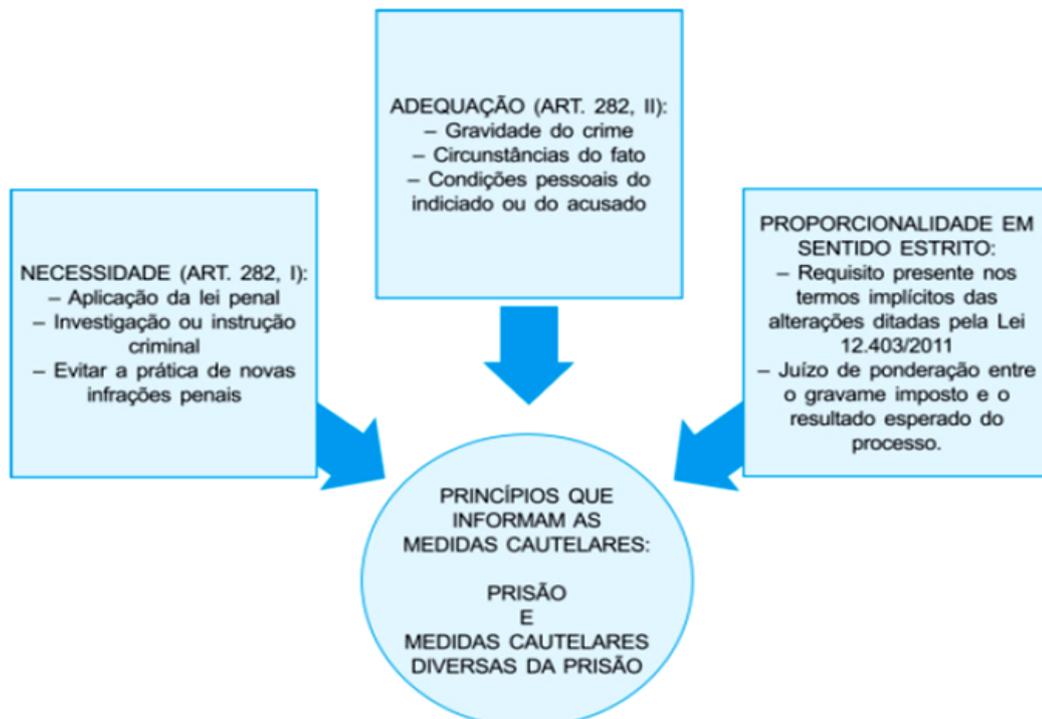
²⁹ ADC 43, 44, 54. STF, 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em 13 nov. 2019.

prisão cautelar, respeitando os direitos e garantias fundamentais e a finalidade pretendida no processo.

Por outro lado, Aury Lopes Junior (2017) ressalta que o instituto jurídico das medidas cautelares não pode ser confundido como ausência dos fundamentos que justificam a decretação da prisão preventiva. Os fundamentos aos quais se refere são: *fumus commissi delicti* (“fumaça da prática de um fato punível”, que corresponde à existência do crime e indícios suficientes de autoria) e do *periculum libertatis* (quando a liberdade do acusado oferece perigo). Ao contrário, o jurista postula que as medidas cautelares devem ser utilizadas quando cabível a prisão preventiva, destacando seu caráter substitutivo, conforme expressamente estabelecido no §6º do artigo 282 do CPP. Todavia, em virtude da proporcionalidade, o Estado possa utilizar-se de medidas menos onerosas.

Ademais, Nucci (2016) destaca que as medidas cautelares devem ser aplicadas atendendo os seguintes requisitos: necessidade e adequação, conforme o próprio texto do artigo 282 do código processual determina. E acrescenta que tais medidas não devem ser impostas de forma automática, pois restringem a liberdade do indivíduo.

Figura 5 – Requisitos das Medidas Cautelares em Geral



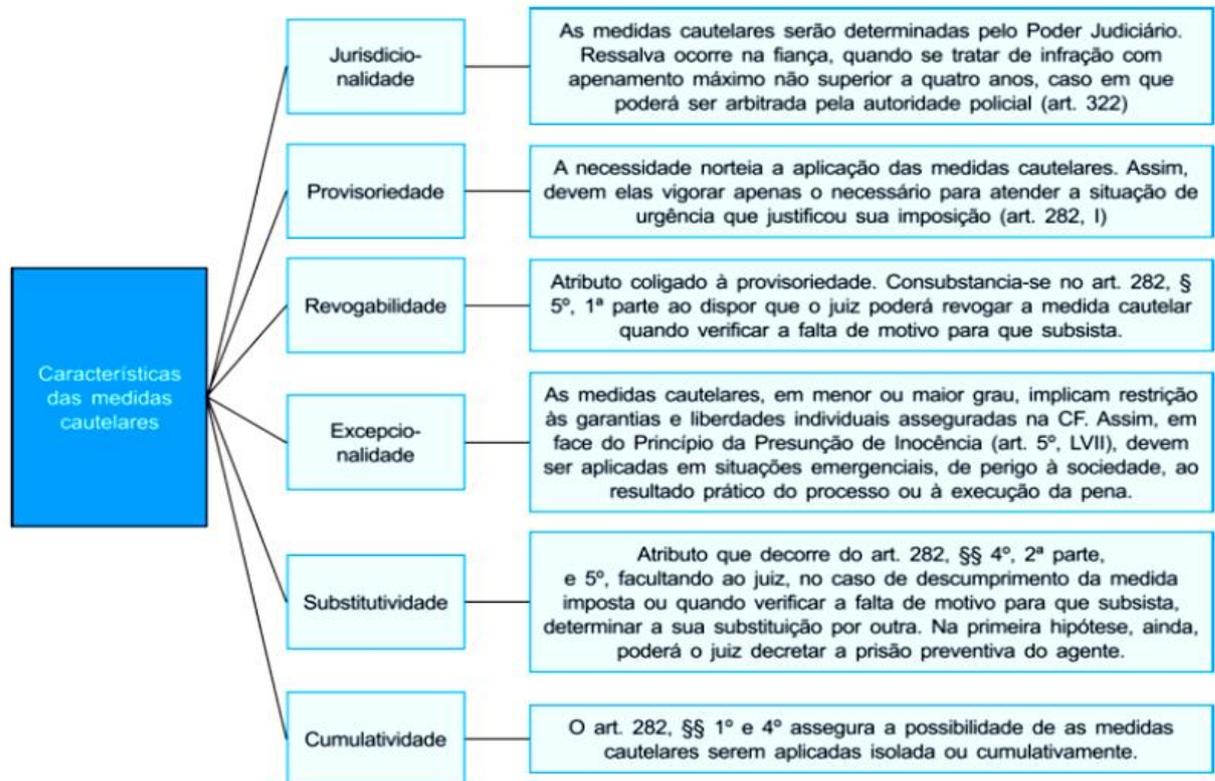
Fonte: AVENA, 2017, p. 608

As medidas cautelares diversas da prisão encontram-se positivadas no artigo 319 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a saber:

- 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
- § 1º (Revogado)
- § 2º (Revogado)
- § 3º (Revogado)
- § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Segundo Norberto Avena (2017), as medidas cautelares de natureza pessoal, tais como a prisão preventiva, mesmo aquela cumprida como prisão domiciliar, e as medidas diversas da prisão são dotadas de jurisdicionalidade, provisoriedade, revogabilidade, excepcionalidade, substitutividade e cumulatividade, que didaticamente estão descritos na figura abaixo:

Figura 6 – Características das Medidas Cautelares de Natureza Pessoal



Fonte: AVENA, 2017, p. 605.

No tocante à legitimidade para requerer a medida cautelar, o dispositivo legal (§2º, art. 282, CPP), autoriza que o magistrado possa decretar *ex officio* a medida cautelar apenas no curso do processo. Conforme explica Rangel (2015, p. 953), “diante da estrutura acusatória do processo penal o juiz não tem legitimidade para adotar medidas cautelares, pessoais ou reais, no curso da investigação preliminar, sem provocação do Ministério Público ou representação da autoridade policial”. Inclusive, quando a lei estabelece que as medidas cautelares possam ser decretadas a requerimento das partes, é possível que o próprio réu, através de sua defesa técnica, postule a aplicação de medida cautelar em substituição da prisão.

Convém ressaltar que a adoção de determinada medida cautelar não obsta a sua substituição, ou cumulação com outra medida, ou em último caso, a decretação da prisão preventiva, conforme prescrito no §4º do artigo 282 do Código de Processo Penal. Trata-se do princípio da fungibilidade das medidas cautelares no caso de descumprimento das obrigações impostas em juízo (RANGEL, 2015).

Outra inovação trazida pela Lei nº 12.403/2011 em combinação com a recente alteração dada pela Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, trata-se da previsão

da prisão domiciliar em substituição da prisão preventiva. No entanto, este instituto será trabalhado com mais detalhes no capítulo a seguir.

Em se tratando da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/1984 é possível a identificação de um viés desencarcerador no que diz respeito aos institutos da Suspensão Condicional da pena, do Livramento Condicional, da anistia e do indulto e da prisão domiciliar.

A suspensão condicional da pena, ou também conhecida como *sursis*, de origem belgo-francesa, é um instituto investido de discricionariedade do juízo admitido pela legislação. Encontra-se positivada no artigo 156 e seguintes da Lei de Execução Penal. Tal instituto se condiciona ao cumprimento de certos critérios pelo condenado, tal qual a sua própria denominação aduz. Conforme descreve Nucci (2018), o *sursis* consiste de uma política criminal que tem o fito de evitar o recolhimento à prisão do indivíduo condenado.

O *sursis*, introduzido no Código Penal pela Lei nº 7.209/1984, encontra-se positivado nos artigos 77 e seguintes. Entretanto, a partir da alteração instituída em 1998, pela Lei nº 9.714, a suspensão condicional da pena privativa de liberdade só será aplicada quando não for indicada ou cabível a substituição pelas penas restritivas de direitos previstas no artigo 43 do Código Penal (1940):

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos são semelhantes aos da aplicação do *sursis*. A diferença principal é que o legislador estabeleceu expressamente que para a substituição da pena privativa de liberdade, esta não deve ser superior a quatro anos e o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, ainda, na hipótese de crime culposo, independentemente do *quantum* de pena determinada em sentença penal condenatória. Os artigos 44 e 77 estabelecem os requisitos para

a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritiva de direitos e para a suspensão condicional da pena, respectivamente:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A hipótese mais comum de suspensão condicional da pena é o sursis simples. Este se aplica na hipótese de execução da pena privativa de liberdade não superior a dois anos e pode ter duração de dois a quatro anos. Devem ser atendidos os requisitos previstos no artigo 77, citado acima. E, além disso, devem ser avaliadas a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias que autorizam tal benefício. Contudo, é possível a admissão do sursis em que a pena não seja superior a quatro anos, trata-se do sursis etário (quando o condenado tiver idade maior que 70 anos) e do sursis humanitário (quando o condenado for acometido por enfermidade que justifique a suspensão condicional da pena) – nestes casos, o sursis será de quatro a seis anos.

Existem também outras modalidades de sursis: o sursis etário e o sursis humanitário. Além dessas hipóteses, o nosso ordenamento jurídico admite também os sursis das leis especiais: Lei de contravenções penais – Decreto-Lei nº 3.688/1941 (art. 11), Lei de Crimes contra a Segurança Nacional – Lei nº 7.170/1983

(art. 5º), Código Penal Militar – Decreto-Lei nº 1.001/1969 (art. 84), Lei de Crimes Ambientais – Lei nº 9.605/1998 (art. 16). Assim como pode ser reconhecido em relação aos crimes hediondos, uma vez que não há qualquer vedação prevista na Constituição Federal e nem na Lei de crimes hediondos – Lei nº 8.072/1990 (ROIG, 2018).

Sobre o livramento condicional, Nucci (2018) também o descreve como “um instituto de política criminal” que consiste em reduzir o tempo de encarceramento, a partir da concessão antecipada de liberdade ao condenado à pena privativa de liberdade antes mesmo do seu término. Ocorre mediante o cumprimento das condições (requisitos objetivos) previstas no artigo 83 do Código Penal (1940), que são as seguintes:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016) (Vigência)

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A Lei de Execução Penal estabelece o regulamento acerca do livramento condicional no artigo 131 e seguintes. Após ouvidos o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, bem como a defesa, nos termos dos artigos 131 e 112, §2º, respectivamente, o juiz da execução penal poderá conceder o benefício.

Além dos requisitos objetivos, são critérios para a concessão do benefício os seguintes requisitos subjetivos que devem ser aferidos pela Comissão Técnica de

Classificação, são eles: bom comportamento durante o cumprimento da pena, apresentar bom desempenho no trabalho, demonstrar aptidão para trabalho honesto, e demonstrar a presunção da não reiteração delitiva.

Os institutos da anistia e do indulto são modalidades de incidentes de execução, e encontram respaldo no artigo 187 e seguintes da Lei de Execução Penal, bem como no texto constitucional. Embora o resultado final seja praticamente o mesmo, pois ambos tem o condão de extinguir a punibilidade, tratam-se de institutos diferentes, como assim descreve o jurista Rodrigo Duque Estrada Roig (2018).

A Anistia consiste de declaração feita pelo Poder Público, que deve ser realizada através de Lei editada pelo Congresso Nacional, tornando impunível fato anteriormente considerado crime, em razão de utilidade social. Em geral, está relacionado a crimes políticos. Já o indulto relaciona-se a crimes comuns, e trata-se de uma espécie de clemência, de competência privativa do Presidente da República, através de decreto. Pode ser realizado através de provocação pelo condenado, pelo Ministério Público, pelo Conselho Penitenciário ou pela autoridade administrativa, nos termos do artigo 188 da LEP (NUCCI, 2018). Concedido o indulto ou a anistia, o juiz irá declarar extinta a punibilidade, conforme estabelecido na Lei de Execução Penal nos artigos 187 e 192.

No que se refere à prisão domiciliar, esta encontra respaldo no artigo 117 da Lei de Execução Penal, e consiste de um regime em residência particular, conforme estabelece o texto legal. Contudo, por se tratar da temática central deste estudo, será abordada de forma mais detalhada no capítulo subsequente.

4. PRISÃO DOMICILIAR

A prisão domiciliar ou recolhimento do beneficiário em residência particular (conforme denominado na Lei de Execução Penal) é relativamente nova no ordenamento jurídico brasileiro. Surgiu com a LEP, em 1984, mas só passou a ser aplicada com maior frequência a partir da introdução do monitoramento eletrônico introduzido na Lei de Execução Penal pela Lei nº 12.258/2010, conforme aduz Nunes (2011). Já no Código de Processo Penal, foi introduzido pela Lei nº 12.403/2011.

É um instituto ainda em constante transformação à medida que as demandas vêm surgindo no âmbito do judiciário. Em 2016 e 2018, o Código de Processo Penal sofreu alterações com a inclusão de novos critérios para a concessão da prisão domiciliar, através da Lei nº 12.257/2016 e da Lei nº 13.769/2018.

4.1. Fundamentos Legais e Doutrinários

O Código de Processo Penal dispõe acerca da prisão domiciliar nos artigos 317 a 318-B. Oportuno ressaltar seu caráter substitutivo da prisão preventiva, ou seja, o indiciado ou acusado que se beneficia da prisão domiciliar deve se recolher à sua residência, e não deve dela se ausentar sem a devida autorização judicial, nos termos do artigo 317 do CPP.

O artigo 318 estabelece, em rol taxativo, aqueles que podem se beneficiar da prisão domiciliar em substituição da prisão preventiva:

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) (BRASIL, 1941).

Anteriormente, o inciso IV do artigo 318, introduzido pela Lei nº 12.403/2011 conferia o direito à prisão domiciliar à gestante de alto risco ou aquela que se encontrasse no 7º mês gestacional. Este dispositivo foi alterado em 2016, pela Lei nº 13.257/2016 estendendo esse direito à gestante em geral, sem fazer distinção do período gestacional ou da condição em que se encontra a sua gravidez. Além disso, a Lei nº 13.257/2016 ampliou o direito à prisão domiciliar à mulher com filho menor de 12 anos e ao homem, sendo este o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos. E posteriormente, em 2018, a Lei nº 13.769/2018 introduziu o artigo 318-A que estabelecia critérios mais específicos acerca da prisão domiciliar para a gestante ou à mãe responsável por menor de 12 anos de idade ou pessoa com deficiência.

Embora as leis nº 12.403/2011 e nº 13.257/2016 tenham inovado ao introduzir o instituto da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva, e ao ampliar o rol de beneficiados, concordam os juristas Aury Lopes Junior (2017, p.110) e Paulo Rangel (2015, p. 911) ao criticarem tais mudanças, no sentido de que a lei continua limitada ao dispor em rol taxativo os casos em que é possível a concessão do benefício.

Oportuno ressaltar que, conforme ensina Paulo Rangel (2015), não se deve confundir a medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno, conforme prescreve o artigo 319, inciso V com a prisão domiciliar prevista nos artigos 317 e 318. Aquela consiste de medida cautelar diversa da prisão, que limita a liberdade do indivíduo apenas durante o período noturno e nos dias de folga, desde que cumpra os requisitos de dispor de residência e trabalho fixos. Já a prisão domiciliar, o indivíduo cumpre mandado de prisão processual no domicílio, desde que cumpra os requisitos para sua concessão.

Em última análise acerca da previsão processual da prisão domiciliar, o jurista Renato Marcão (2017) destaca que a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar possibilita as seguintes vantagens:

- 1º) restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, sem, contudo, submetê-lo às conhecidas mazelas do sistema carcerário;
- 2º) tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, em razão disso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário;
- 3º) reduzir o contingente carcerário, no que diz respeito aos presos cautelares; e
- 4º) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado.

Contudo, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não se trata de um direito potestativo, em que o simples enquadramento nos critérios elencados na legislação processual ensejaria automaticamente a substituição. Conforme afirma Eugenio Pacelli (2017, p. 272), todas as situações previstas no artigo 319 do CPP irão demandar prova idônea, como por exemplo, em se tratando da necessidade de cuidados especiais a deficiente ou portador de doença grave: “há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência”.

Em análise literal do dispositivo, quando o legislador prescreveu “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar [...]”, é possível concluir que o julgador reveste-se da discricionariedade para decidir pela substituição. Assim, o juiz deverá avaliar, caso a caso, os critérios subjetivos referentes à pessoa do investigado/acusado, podendo deferir ou não a prisão domiciliar no curso do processo.

No que diz respeito à prisão domiciliar (ou prisão albergue domiciliar – PAD, como denominado pela doutrina; ou recolhimento em residência particular, como a lei denomina), encontra-se positivada no artigo 117 da Lei de Execução Penal. Destina-se ao indivíduo já condenado, logo, constitui uma modalidade de pena. Não deve ser confundida com a prisão domiciliar estabelecida no Código de Processo Penal que consiste de uma medida cautelar, portanto, não se trata de punição. O artigo 117 da Lei de Execução Penal estabelece os seguintes critérios para prisão domiciliar:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
II - condenado acometido de doença grave;
III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
IV - condenada gestante. (BRASIL, 1985).

Em virtude da insuficiência de unidades de casa de albergado, dado ao descaso do Poder Público, na prática, esta medida passou a ser adotada à maior parte dos sentenciados ao regime aberto, bem como aqueles que progridem do regime semiaberto para o aberto. De acordo com o relatório do DEPEN (2017), em junho de 2016 o Brasil dispunha de 23 estabelecimentos para cumprimento de pena em regime aberto, que corresponde a 2% das unidades. Entretanto, mais da metade

dos Estados brasileiros não possuem casa de albergado, como é possível observar na tabela abaixo:

Tabela 6 – Estabelecimentos prisionais no Brasil – Junho/2016

UF	Recolhimento de presos provisórios	Cumprimento de pena em regime fechado	Cumprimento de pena em regime semiaberto	Cumprimento de pena em regime aberto	Cumprimento de medida de segurança
AC	2	6	2	0	0
AL	2	5	1	0	1
AM	10	5	2	1	1
AP	3	2	1	0	1
BA	5	6	2	0	1
CE	134	4	4	4	2
DF	1	2	2	0	0
ES	12	12	5	0	1
GO	51	18	3	2	0
MA	3	5	2	2	0
MG	114	19	5	1	3
MS	2	24	16	2	0
MT	40	5	1	0	0
PA	15	16	3	0	1
PB	44	12	2	1	1
PE	67	9	2	0	1
PI	3	9	1	1	1
PR	7	18	5	0	1
RJ	15	17	8	1	3
RN	23	5	0	0	1
RO	20	11	6	5	1
RR	1	1	2	1	0
RS	15	48	17	1	2
SC	33	7	1	1	1
SE	3	2	0	0	1
SP	45	77	17	0	4
TO	37	2	3	0	0
Brasil	707	347	113	23	28

Fonte: DEPEN, 2017.³⁰

Neste diapasão, observa-se a deficiência também no tocante aos estabelecimentos de cumprimento de pena em regime semiaberto. Os Estados do Rio Grande do Norte e de Sergipe, no período de aferição pelo DEPEN, não possuíam nenhuma unidade para tal medida. Em todo o Brasil foram identificados apenas 113 estabelecimentos deste regime, que corresponde a 8% das instituições.

Outrossim, conforme relata Roig (2018, p. 181), embora esteja expressamente estabelecido que só fazem jus ao benefício da prisão domiciliar, em sede de execução penal, aqueles que foram condenados à pena em regime aberto, em casos excepcionais, têm-se admitido o deferimento da PAD para presos que cumprem pena em regime fechado e semiaberto. Trata-se do instituto da PAD humanitária, no caso do preso estar acometido por moléstia grave, extremamente debilitado, e que a unidade prisional não esteja apta para fornecer assistência médica.

³⁰ Tabela parcial em relação aos estabelecimentos prisionais brasileiros. A tabela completa pode ser visualizada na p. 18 do Relatório DEPEN, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Para além do que estabelece a legislação de execução penal, na prática tem-se examinado caso a caso, inclusive de questões subjetivas relacionadas à pessoa do condenado pelo juízo de execuções penais, tal como ocorre na fase instrutória da ação penal em que se substitui a prisão preventiva pela domiciliar. Mais adiante serão examinadas situações fáticas e suas respectivas decisões e fundamentações.

4.2. Casos Especiais que justificam a substituição do encarceramento por prisão domiciliar – Casos Concretos: Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Tendo em vista a dramática situação carcerária no Brasil, já exposta em capítulo anterior, é forçoso reconhecer que o rol de casos em que a lei autoriza a prisão domiciliar é muito limitado. O instituto da prisão domiciliar, por ser medida recente no ordenamento jurídico, ainda carece de regulamentação mais detalhada e abrangente, por se limitar a um rol muito restrito, motivo pelo qual a jurisprudência o vem ampliando. Entretanto, permanece dependente da sensibilidade e da subjetividade de cada juiz. Os Tribunais têm analisado constantemente demandas relacionadas à matéria, e o que se percebe é que não se trata de uma questão mansa e pacífica.

Com relação ao tema, vejamos alguns casos especiais não contemplados pela legislação e que os Tribunais proferiram entendimentos diversos quanto ao provimento ou desprovimento aos recursos que pleiteavam o direito de prisão domiciliar. Entretanto, merecem destaque duas súmulas que divergem em relação ao tema, proferidas pelo STF e STJ, respectivamente:

Súmula Vinculante 56 – A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS

Os parâmetros a que se referem a Súmula Vinculante 56 encontram-se fixados na decisão referente ao Recurso Extraordinário nº 641.320/RS, Sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 2016, são os seguintes:

- (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;
- (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas;
- (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.

A partir deste entendimento, retoma-se aqui a discussão acerca da falha do Poder Público em oferecer as condições adequadas para que se atenda às necessidades do Sistema Penitenciário. Como anteriormente demonstrado, em primeira análise, o déficit de vagas nos presídios é uma das situações mais alarmantes que se pode identificar. O relator, Ministro Gilmar Mendes, na sua fundamentação, aponta para esta questão do número mais que insuficiente de vagas para o cumprimento da pena em regime de privação de liberdade. Além disso, destaca a dificuldade em dar prosseguimento ao instituto da progressão de regime devido à mora na abertura de vagas nos estabelecimentos de regime semiaberto e aberto. Em virtude disso, muitos presos acabam cumprindo suas penas quase que integralmente em regime mais gravoso, tendo seus direitos suprimidos em virtude da omissão do Poder Público, especialmente, no que tange ao direito constitucionalmente tutelado, da individualização da pena.

Súmula 491 - É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional. (Súmula 491, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012)

Entrementes conforme se pode verificar, o Superior Tribunal de Justiça adota posicionamento diverso do Supremo Tribunal Federal. O STJ fixou, em sede dos recursos repetitivos, a tese de que a inexistência de vagas em estabelecimento penal adequado não autoriza a automática concessão domiciliar. Entende o STJ que se trata de progressão *per saltum* (pulando a progressão intermediária), não admitida pela jurisprudência deste Tribunal, com base no artigo 112 da Lei de Execução Penal.

O entendimento da Corte Superior de Justiça é de que para as respectivas progressões deve ser respeitado o requisito objetivo, que se trata do lapso temporal mínimo de 1/6 no regime anterior, assim como o requisito subjetivo de bom comportamento.

Doravante, passemos ao exame dos entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2018 e 2019 em relação à Prisão Domiciliar:

- a) Mulheres cumprindo pena em regime fechado – com filho menor de 12 anos, gestante, puérpera e deficientes sob sua tutela:

- Recursos Providos -

STF - HC: 143.641 SP - SÃO PAULO, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI,

Data de Julgamento: 24/10/2018, Data de Publicação: DJe-228 26/10/2018.

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO.

Em decisão majoritária foi dado provimento ao recurso, e concedida a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva para prisão domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob a sua guarda, salvo aquelas em que os crimes foram praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes. Por extensão, tal medida aplica-se também as adolescentes nas mesmas situações que estão cumprindo medida socioeducativas.

Ademais, na decisão, destacou-se que em situações excepcionalíssimas os magistrados deverão fundamentar devidamente sua decisão denegatória do benefício. Tal decisão não se aplica às mães que tiveram seu poder familiar destituído.

A decisão baseia-se no reconhecimento, não somente das situações degradantes em que se encontram essas mulheres, mas que do mesmo modo seus filhos acabam sofrendo as consequências da prisão. E no sentido da proteção da infância e juventude, foi reconhecido o direito destas mulheres ao cumprimento de prisão domiciliar.

STJ – HC: 482.885/SP 2018/0327215-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 26/03/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2019.

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR. MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. PROTEÇÃO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR.

A paciente do caso em análise cumpre pena privativa de liberdade, em regime fechado, pela prática dos delitos de Tráfico de Drogas e Associação para o Tráfico, respectivamente, previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006. Foi condenada ao *quantum* de 15 anos de reclusão. E demonstrado que a paciente é mãe de menor de 12 anos de idade, possivelmente portadora de Síndrome de Down, que se encontra sob os cuidados da avó (mãe da genitora) e da tia (irmã da genitora).

A 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob o fundamento da “proteção prioritária à criança e o diferenciado tratamento processual à mãe infratora”, concedeu o direito ao cumprimento em prisão domiciliar à paciente em questão. Além disso, a 6ª Turma entende ser descabida a discussão de necessidade dos cuidados maternos em relação à criança, por se tratar de condição legalmente presumida. Restou evidenciado constrangimento ilegal ao caso narrado.

- Recursos Não Providos -

STJ - RHC: 103169 PA 2018/0244491-2, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/10/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2018.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. INDEFERIMENTO. SITUAÇÃO EXCEPCIONALÍSSIMA. RESIDÊNCIA COMO LOCAL DE PRÁTICA DELITIVA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE CRACK APREENDIDA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

Em que pese o direito ao recolhimento domiciliar da mulher gestante, mãe de criança menor de 12 anos ou responsável por deficiente, em caráter substitutivo à prisão ter sido reconhecido em sede do HC coletivo 143.641/SP, tal decisão não tem aplicabilidade automática. Situações excepcionalíssimas ou em que os crimes foram

praticados mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes são situações que obstam a concessão do benefício.

O caso ementado, portanto, trata-se de uma situação excepcionalíssima. Embora o crime não tenha sido praticado contra seus descendentes, a residência em que morava com seus filhos foi realizada para a prática do delito: “foram apreendidos 1,5 kg de crack, duas balanças de precisão, uma motocicleta produto de roubo, cocaína, e vários objetos que foram identificados como produtos de roubos e furtos”. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que a prática adotada pela recorrente expunha as crianças aos riscos em decorrência do crime, portanto foi negado provimento ao recurso defensivo em que pleiteava cumprimento em da pena em prisão domiciliar.

STJ – HC: 477.990 ES 2018/0296131-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 21/02/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/3/2019.

HABEAS CORPUS. PRISÃO DOMICILIAR. FILHO MENOR. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC Nº 143.641/SP. INAPLICABILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. DISCUSSÃO À LUZ DO QUE DISPÕES A LEI Nº 7.210/1984. NEGATIVA DO BENEFÍCIO FUNDAMENTADA. CONTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

No caso em análise, a ordem de concessão de prisão domiciliar foi denegada. Vejamos o caso: trata-se de paciente, reincidente específica, condenada à pena de oito anos e nove meses de reclusão, em regime fechado, por sentença condenatória não transitada em julgado (logo, trata-se de execução provisória), pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006). A paciente é mãe de criança de três anos de idade, concebida no curso do cumprimento de pena em regime fechado. A criança encontra-se sob os cuidados do pai e da avó (mãe da genitora). Na defesa, foi alegado que o pai, por ser funcionário contratado da Petrobrás, necessita se ausentar do lar por 21 dias em que fica embarcado. Já a avó, é pessoa idosa (70 anos de idade) e de saúde frágil. Fora acostado, junto ao pedido, laudo médico relatando problemas de alterações comportamentais da criança. Restando, portanto, argumentada a imprescindibilidade da mãe aos cuidados da filha menor.

Contudo, a 6ª Turma do STJ denegou o pedido sob o fundamento de que a paciente engravidou no curso do cumprimento da pena em regime fechado, e não

ficou demonstrado o desamparo da criança, por esta se encontrar sob os cuidados do pai e da avó. Em seu voto, a relatora, a Ministra Laurita Vaz, frisou que a paciente, mesmo após o nascimento de sua filha, cometeu novo crime, qualificado como hediondo – tráfico de drogas. Bem como, alegou que os problemas relatados no laudo médico referente à menor, tratam-se de problemas “normais à situação vivenciada, qual seja, separação entre mãe e filha”.

b) Homem cumprindo prisão preventiva – filho menor de 12 anos:

- Recurso Parcialmente Concedido -

STJ – HC: 517.025 MG 2019/0180023-1, Relator: LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 10/09/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: 30/09/2019.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE PROVAS. VIA INADEQUADA. TESE DE EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 52 DESTA CORTE. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE, NO CASO. ACUSADO ÚNICO RESPONSÁVEL POR FILHOS MENORES DE DOZE ANOS APÓS O FALECIMENTO DE SUA ESPOSA E CORRÉ, ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

No caso relatado acima, o paciente e sua esposa foram presos em flagrante pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 e do artigo 12 da Lei 10.826/2003. De acordo com o relatório, a ação penal vem transcorrendo recebendo a devida tramitação (encontra-se em fase de alegações finais), afastando a tese de excesso de prazo, conseqüentemente, afastando a incidência da Súmula nº 52 do STJ. Relata-se que os crimes, não foram cometidos com violência ou grave ameaça contra descendentes. E com o falecimento da esposa no curso do processo, o paciente tornou-se o único responsável legal pelos cuidados de filhos menores de 12 anos de idade.

Acordam os Ministros da 6ª Turma em conceder provimento parcial ao recurso em Habeas Corpus. Restou reconhecido que, em virtude do falecimento da genitora dos filhos no curso da ação penal em que figurava como corré, o paciente se tornou único responsável legal pelos cuidados dos menores de 12 anos.

c) Indivíduo privado de liberdade acometido por doença grave ou saúde debilitada:

- Recurso Provido –

STJ – HC: 453.657 SP 2018/0137409-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 30/05/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2019.

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE IDOSO E COM ESTADO DE SAÚDE DEBILITADO. ARTS. 117, I, E 146-B, IV, DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

No caso concreto em análise, trata-se de paciente com mais de 80 anos de idade, “portador de obstrução arterial significativa, doença isquêmica e coronária, doença aterosclerótica do eixo aorto-íliaco, estenose significativa e claudicação intermitente”. O idoso cumpre pena privativa de liberdade em regime fechado, com um *quantum* de pena de seis anos de reclusão, “pelo crime de atentado violento ao pudor, com violência presumida”. Teve seu Habeas Corpus indeferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob a alegação que o pleito da defesa não se aplica em sede de execução penal, pelo paciente estar cumprindo pena em Regime Fechado, ou seja, sequer encontrar-se no regime intermediário.

Entretanto, a 6ª Turma do STJ proferiu decisão no sentido de reconhecer evidência de constrangimento ilegal. E embora o paciente venha recebendo o tratamento adequado, em virtude da idade avançada e do estado debilitado e frágil, ainda que não seja considerado incapacitante ou crítico, foi concedida a ordem de Prisão domiciliar ao paciente.

- Recurso não provido -

STJ – HC: 474.660 SP 2018/0273696-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Decisão Monocrática. Data de Publicação: DJe 19/10/2018.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. REEDUCANDA QUE A DESPEITO DE PADECER DE ESCLEROSE MÚLTIPLA, ENCONTRA-SE RECEBENDO O DEVIDO TRATAMENTO MÉDICO PELO ESTADO. NÃO PREENCHIMENTO, POR OUTRO LADO, DO REQUISITO DE ORDEM OBJETIVA PARA PROGREDIR AO REGIME MAIS BRANDO. PRECEDENTES DO C. STJ. IMPROVIMENTO.

O caso relatado na Ementa trata-se de paciente nascida em 25/06/1981, condenada por tráfico ilícito na Jordânia à pena privativa de liberdade com *quantum* de 15 anos de reclusão, com início de cumprimento em 15/10/2009, com término previsto para 14/10/2024. Foi posteriormente extraditada para o Brasil e, encontra-se

cumprindo a pena em regime semiaberto. A defesa alega a debilidade do estado de saúde e a gravidade da doença, pois se trata de paciente portadora de Esclerose Múltipla, com piora na sua função motora, acompanhamento médico contínuo e adequado, bem como a dependência de auxílio de terceiros para auxiliá-la nas atividades básicas do dia a dia.

A relatora votou no sentido de negar a concessão da prisão domiciliar, pois restou comprovado que a paciente recebe tratamento adequado pelo estabelecimento penitenciário, tendo recebido assistência médica. Além disso, a relatora alega que a paciente ainda não atingiu o requisito objetivo do lapso temporal que enseja a progressão para modalidade mais branda. Embora se reconheça a gravidade da enfermidade que acomete a reeducanda, foi denegada a ordem de concessão de prisão domiciliar.

5. Considerações Finais

O desenvolvimento do presente trabalho proporcionou uma ampla análise do instituto jurídico do encarceramento no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, é possível identificar a total falência do Estado em assegurar a função ressocializadora e recuperadora do indivíduo. A evidência mais clara disso é o flagrante desrespeito ao princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, em que as pessoas privadas de liberdade enfrentam diariamente tratamento degradante, cruel e desumano, em função da inoperância do Poder Público.

Os dados demonstrados no presente trabalho corroboram esta constatação. As condições nas cadeias públicas são de evidente insalubridade. Além disso, recentemente, foi divulgada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro a notícia³¹ do recebimento de 931 denúncias de práticas de tortura nos presídios do Estado, ao longo de 10 meses. Tal situação acaba colaborando para a violência dentro das cadeias, e conseqüentemente, deflagrando as rebeliões marcadas por chacinas, como a rebelião ocorrida no mês de julho deste ano em Altamira, no Pará, em que 57 presos foram mortos³². E com a crescente taxa de ocupação, esta situação pode se agravar ainda mais.

Diante disso, é premente e necessária a reestruturação do sistema penitenciário brasileiro, com adoção de medidas desencarceradoras sempre que possível e justificável. As próprias legislações penais têm sofrido reformas neste sentido, ao positivar medidas alternativas diversas da prisão no ordenamento jurídico brasileiro. O foco do presente estudo foi exatamente se debruçar sobre tais medidas, em especial, no instituto da prisão domiciliar.

A prisão domiciliar já tem base legal desde a criação da Lei de Execução Penal, contudo era pouco empregada em virtude da dificuldade em realizar o controle e monitoramento das pessoas que fariam jus a tal benefício, conforme elencadas no artigo 117 da LEP. Contudo, a partir da implementação e aprimoramento da tecnologia de GPS – *Global Positioning System* no Brasil foi implantado o sistema de monitoramento eletrônico. Este sistema viabilizou um

³¹ Disponível em : <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9265-Denuncias-apontam-que-tres-presos-sofrem-tortura-a-cada-dia-no-Rio>>. Acesso em 17 nov. 2019.

³² Notícia do G1, 29 jul. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/para/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghtml>>. Acesso em 17 nov. 2019.

controle mais específico das pessoas que recebiam o benefício da prisão domiciliar, conseqüentemente, passou a ser mais empregado.

Todavia, embora tenha surgido antes da Constituição Federal de 1988, o instituto da prisão domiciliar ainda carece de melhor regulamentação por parte do Poder Legislativo. Entende-se necessário o estabelecimento de critérios mais abrangentes e regras mais específicas, a fim de que se permita tratamento mais isonômico.

O que se percebe, na prática, é que não se trata de um entendimento pacífico nos Tribunais. Este estudo tratou de abordar prioritariamente as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2018 e 2019. E foram identificadas divergências de decisões entre os Tribunais em alguns casos. Ademais, foi possível identificar divergência na jurisprudência do mesmo Tribunal que analisava situações bastante semelhantes.

Examinando as jurisprudências dos Tribunais Superiores foi possível identificar que as demandas mais prevalentes acerca da prisão domiciliar estão relacionadas às mães de filhos menores de 12 anos e acometimento por doença grave. Foram encontradas também demandas em que figuravam como pacientes, pais de filhos menores de 12 anos, mas a maioria esmagadora não atendia ao critério de ser o único responsável pelos cuidados da criança.

Em análise aos recentes julgados no que concerne aos pleitos em favor de presos acometidos por doença grave, a jurisprudência tende no sentido da concessão do benefício, desde que devidamente comprovada a incapacidade do estabelecimento prisional oferecer o tratamento do preso, a comprovação do quadro de gravidade e da debilidade da saúde da pessoa privada de liberdade. Contudo, nas decisões que indeferiram a ordem de concessão de prisão domiciliar nos casos em que o paciente encontra-se acometido por doença grave, foi possível identificar de forma quase unânime que a denegação dos pedidos ocorreu em virtude da ausência de comprovação da impossibilidade de tratamento por parte do estabelecimento ou da comprovação do quadro de gravidade e debilidade da saúde do paciente.

Ressalte-se aqui que não foi possível esgotar a análise da matéria em razão da infinidade de variáveis que podem ser aferidas, estudadas e desenvolvidas. Mas este estudo pode servir, posteriormente, de inspiração para novos trabalhos em

diversas áreas das Ciências Humanas acerca dos estabelecimentos prisionais e das medidas desencarceradoras.

Com efeito, a partir da intensa pesquisa realizada para a elaboração deste trabalho de conclusão de curso, foi possível perceber que, em termos de direitos humanos nas prisões brasileiras, pouco se avançou. E o retrato atual que se tem das penitenciárias nada se difere dos calabouços em que os escravos ficavam encarcerados e eram tratados como coisas pelos seus senhores. Ante ao exposto neste estudo, infere-se que se faz urgente a atuação do Poder Público no que se refere à reforma estrutural das cadeias brasileiras. Para além disso, é imprescindível que se reforce o movimento de rompimento do paradigma do punitivismo no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT. NBR 9050:2004. Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos. 2 ed. Rio de Janeiro: **ABNT**, 2004. 97p. Disponível em: <http://www.aeap.org.br/doc/nbr_9050_2004_acessibilidade.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. 924 p.

BARAI, Ludimila Samira. Breves notas sobre o sistema sancionatório de Macau e da República Popular da China. In: **Revista Videre** - 9 Dourados, v. 04, n. 07, p. 09-23, jan./ jun., 2012. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/1572>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. Brasília: **Portal G1**, 17 jul. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 mai. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. BNMP 2.0 revela o perfil da População Carcerária Brasileira. Brasília: **CNJ**, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 30 mai. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. GEOPRESÍDIOS. Dados das Inspeções nos Estabelecimentos Penais: Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP). Brasília: **CNIEP**, 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em 30 out. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional brasileiro. Vol. III. Brasília: **CNMP**, 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2019/BOOK_SISTEMA_PRISIONAL.pdf>. Acesso em 02 set. 2019.

_____. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 01 mai. 2019.

_____. Decreto Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 19 mai. 2019.

_____. DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN. Brasília: **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional**. 2017. 65p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 30 mai. 2019.

_____. DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres. 2 ed. Brasília: **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional**, 2018. 79p. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em 01 mai. 2019.

_____. ESPEN. A história das prisões e dos sistemas de punições. Pinhais: **Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário**. Disponível em: <<http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>>. Acesso em 11 set. 2019.

_____. Lei nº. 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 17 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. HC: 474.660 SP 2018/0273696-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Decisão Monocrática. Data de Publicação: DJe 19/10/2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640225837/habeas-corpus-hc-474660-sp-2018-0273696-0/decisao-monocratica-640225853?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Habeas Corpus: HC: 482.885/SP 2018/0327215-0, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 26/03/2019, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 02/04/2019. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/694507484/habeas-corpus-hc-482885-sp-2018-0327215-0/inteiro-teor-694507494?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Habeas Corpus: HC 453.657/ SP. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Data de Julgamento: 30/05/2019, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 07/06/2019. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/719107970/habeas-corpus-hc-453657-sp-2018-0137409-9/inteiro-teor-719107989?ref=serp>>. Acesso em 14 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. STJ. Habeas Corpus: HC 477.990/ ES 2018/0296131-9. Relator: Ministra Laurita Vaz. Data de Julgamento: 21/02/2019, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 11/-3/2019. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685079023/habeas-corpus-hc-477990-es-2018-0296131-9/inteiro-teor-685079053?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ. Habeas Corpus: HC 517.025/ MG 2019/0180023-1, Relator: LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 10/09/2019, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: 30/09/2019. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1862761&num_registro=201901800231&data=20190930&formato=PDF>. Acesso em: 17 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ. Recurso Ordinario em Habeas Corpus : RHC 103169 PA 2018/0244491-2. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 18/10/2018, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 31/10/2018. **Pesquisa de Jurisprudência.** Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652106104/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-103169-pa-2018-0244491-2/inteiro-teor-652106112?ref=juris-tabs>>. Acesso em 14 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 491. Terceira Seção. Julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012. **Súmulas Anotadas.** Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27491%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27491%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em 15 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/ DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Pesquisa de Processos.** Decisão de Julgamento. 07 novembro 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143.641/SP. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. **Pesquisa de Jurisprudência,** Acórdãos, 20 fevereiro 2018. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>>. Acesso em 08 nov. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 09 setembro 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 17 out. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 11 maio 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 15 nov. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **CIDH**, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 11 set. 2019.

DINIS, Carla Borghi da Silva. **A história da pena de prisão**. 2014. (Monografia no Curso de Direito) – Faculdade Castelo Branco, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-pena-prisao.htm#capitulo_5>. Acesso em: 12 set. 2019.

EMPRESA BRASILEIRA DE COMUNICAÇÃO. EBC. (foto) In: GERSTENBERG, Birgit. ONU. Prisões e insegurança no Brasil — efeito dominó. 2019. **ONU**, 16 ago. 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/artigo-prisoas-e-inseguranca-no-brasil-efeito-domino/>>. Acesso em: 05 set. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288p.

G1 PA. Rebelião deixa 57 mortos no presídio de Altamira, sudoeste do Pará. Belém: **Portal G1**, 29 jul. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2019/07/29/rebeliao-deixa-mortos-no-presidio-de-altamira-sudoeste-do-para.ghtml>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

GOIS, Swyanne Macêdo *et al.* Para além das grades e punições: uma revisão sistemática sobre a saúde penitenciária. **Rev. Ciência e Saúde Coletiva**, v.17, n.5: 1235-1246, 2012. Disponível em:

<<https://www.scielo.org/article/sdc/2012.v17n5/1235-1246/>>. Acesso em 01 jun. 2019.

GONÇALVES, P. C. A era do humanitarismo penitenciário: As obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. Goiânia: **R. Fac. Dir. UFG**, V. 33, n. 1, p. 9-17, Jan./Jun. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/9792/6687/0>>. Acesso em 11 set. 2019.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: **IPEA**, 2015. 162p. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 30 mai. 2019.

LOPES Jr, Aury. **Prisões Cautelares**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Gustavo Gomes. Crime e Castigo: esboço histórico da prisão no Brasil. In: MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Comissão Especial da Execução das Penas no Estado. Relatório final. Belo Horizonte: **Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais**, 2009. 140p. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/poder_legislativo_cidadania/12crime_e_castigo.pdf>. Acesso em 11 set. 2019.

MARCÃO, Renato. Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a lei 13.257/16 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP. 2017. **Migalhas**, 15 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-Prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventiva+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em 04 nov. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Adeildo. Prisão Domiciliar cresce com monitoramento eletrônico. 2011. **Rev. Con. Jur.**, 7 mai. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-mai-07/prisao-domiciliar-usada-monitoramento-lei>>. Acesso em 02 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. **ONU**, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. 465 p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública do Governo do Estado do Rio de Janeiro. Denúncias apontam que três presos sofrem tortura a cada dia no Rio. **DPGE-RJ**, 02 ago. 2019. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/9265-Denuncias-apontam-que-tres-presos-sofrem-tortura-a-cada-dia-no-Rio>>. Acesso em 17 nov. 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROJO, Adelle. Prisão domiciliar: rol taxativo?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18571&revista_caderno=22>. Acesso em 01 jun 2019.

SANT'ANNA, Marilene Antune. A Casa de Correção do Rio de Janeiro: projetos reformadores e as condições da realidade carcerária no Brasil do Século XIX. Londrina: **ANPUH – XXIII Simpósio Nacional de História** (Anais), 2005. Disponível em: <https://anpuh.org.br/uploads/anais-simposios/pdf/2019-01/1548206569_7f52259e722341f9022329fe9db4731f.pdf>. Acesso em 12 set. 2019.

SERGEYEVA, Viktoria; POKRAS, Alla. The abolition of the death penalty and its alternative sanction in Eastern Europe: Belarus, Russia and Ukraine. **Penal Reform International**, 2012. Disponível em: <<https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/05/Eastern-European-research-Death-Penalty-Alternative-Sanctions-ENGLISH-March-2012.pdf>>. Acesso em 09 ago. 2019.

SCHMITT, Glenn R.; KORNFIRST, Hyun J. Life Sentences in the Federal System. **United States Sentencing Commission**. Washington, feb. 2015. 26p. Disponível em: <<https://www.ussc.gov/research/research-publications/life-sentences-federal-criminal-justice-system>>. Acesso em 08 set. 2019.