

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR

MARIANA DE ARAUJO MACHADO

Rio de Janeiro

2019

MARIANA DE ARAUJO MACHADO

A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Nilo César Martins Pompilio da Hora.

Rio de Janeiro

2019

MACHADO, Mariana de Araujo.

M149c A conversão da prisão preventiva em domiciliar / Mariana de Araujo MACHADO. -- Rio de Janeiro, 2019.

67 f.

Orientador: Nilo César Martins POMPILIO DA HORA.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Sistema cautelar: Prisão Preventiva e Prisão Domiciliar. 2. Parâmetros de Aplicação da Prisão Preventiva em Domiciliar. 3. Hipóteses e Obrigatoriedade da Conversão da Prisão Preventiva em Domiciliar. 4. O Papel do Supremo Tribunal Federal na Conversão. I. POMPILIO DA HORA, Nilo César Martins, orient. II. Título.

MARIANA DE ARAUJO MACHADO

A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Nilo César Martins Pompilio da Hora.

Data da Aprovação: \_\_ / \_\_ / \_\_

Banca Examinadora:

---

Orientador

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019

## AGRADECIMENTOS

Esta Monografia marca o final de uma etapa em que Deus guiou e iluminou meus passos. Por tal razão, a Ele fica o meu maior agradecimento.

No entanto, não se pode olvidar que nesta caminhada terrena, nossa vida esbarra com muitas pessoas que nos incentivam a seguir, a quem agradeço em especial:

À minha mãe, por ser tudo que é, ao meu pai, por ser uma grande inspiração, à minha irmã, por ser tão fundamental.

Ao meu amor, Vinícius, que desde o primeiro período sempre me motivou a alçar novos voos, a não desistir e buscar meus objetivos.

À minha família, sobretudo, à minha madrinha que é um exemplo enorme de trajetória e caráter.

Aos meus amigos, sobretudo à Eloiza, Karen, Luiza e Tais por serem tão incentivadoras ao longo dessa jornada.

Aos amigos da Nacional, sobretudo, à Anna Luísa, Denize, Francisco e João, que foram minha referência e combustível diário para persistir, e chegar até aqui.

Aos amigos que fiz durante minha trajetória prática, sobretudo, Érica, Gisele, Ludmila, Deborah e Matheus.

Ao meu orientador, professor Nilo, por sua nobreza intelectual em dividir com seus alunos não só seu imenso conhecimento, mas também, sua trajetória de vida, nos motivando a cada passo.

MACHADO, Mariana de Araujo (2019). A conversão da prisão preventiva em domiciliar para o preso provisório. Monografia do curso de graduação em direito. Rio De Janeiro. Universidade Federal do Rio de Janeiro.

## **RESUMO**

No Brasil, muito se discute a respeito das prisões, o estado sempre tentou dar uma resposta efetiva para os agentes que cometem crimes. Na maioria dos casos, se entende necessária a decretação de uma prisão preventiva, que é respaldada em uma decisão judicial não transitada em julgado, gerando, portanto uma prisão sem pena. Tal medida, apesar de aceita, é criticada por ferir garantias constitucionais e processuais do indivíduo que é preso antes de uma condenação definitiva, além de representar em certa medida um adiantamento da pena, o que é proibido. O sistema carcerário nacional está superlotado desses presos, ditos provisórios. Por tal razão, o legislador optou por acrescentar ao sistema cautelar medidas que compatibilizassem melhor o arcabouço de direitos do agente com as expectativas da sociedade. Nesse contexto, surge a prisão domiciliar substitutiva à prisão preventiva, que, em hipóteses humanitárias, busca atender as mesmas finalidades sem implicar em uma restrição desproporcional nos direitos do preso provisório.

Palavras chaves: prisão preventiva; prisão domiciliar; conversão.

## **LISTA DE SIGLAS**

**CRFB** Constituição da República Federativa do Brasil

**CPP** Código de Processo Penal

**STF** Supremo Tribunal Federal

**STJ** Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

Introdução .....	5
Capítulo I – Sistema Cautelar: Prisão Preventiva e Prisão Domiciliar .....	12
1.1 O sistema cautelar .....	12
1.2 Prisão pena e prisão sem pena .....	16
1.3 A prisão preventiva .....	17
1.4 A prisão domiciliar .....	19
Capítulo II – Parâmetros de Aplicação da Prisão Preventiva e da Prisão Cautelar Domiciliar .....	22
2.1 Princípios Constitucionais .....	23
2.2 Pressupostos Processuais .....	32
Capítulo III – Hipóteses e Obrigatoriedade da Conversão da Prisão Preventiva em Domiciliar .....	36
3.1 Hipóteses de Conversão .....	36
3.2 Obrigatoriedade da Conversão .....	45
Capítulo IV – O Papel do Supremo Tribunal Federal na Conversão .....	53
Conclusão .....	62
Referências Bibliográficas .....	65



## Introdução

No Brasil e no mundo, há um latente debate jurídico, acadêmico e social sobre as prisões, a população convive com um alto índice de criminalidade e uma sensação constante de insegurança. Nesse contexto, a prisão é vendida como uma resposta rápida do estado para os agentes que cometem crimes.

Sempre se discutiu sobre o que fazer com os autores de crime, a primeira resposta sempre foi o encarceramento. No entanto, analisando a realidade social e os altíssimos índices de criminalidade, a primeira pergunta que surge é sobre o real efeito das prisões, se resolve o problema ou apenas o agrava.

O tema é altamente veiculado nas mídias e muito repercutido pela população, criando uma verdadeira cultura do encarceramento, que é referendada pelo Poder Judiciário que é órgão responsável pela decretação das prisões, tendo em vista que estas dependem de decisão judicial anterior.

Sobre a cultura do encarceramento, Salo de Carvalho destaca que o sintoma contemporâneo vontade de punir, atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos políticos-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo sistêmico).<sup>1</sup>

Da mesma forma, depreende-se que tal cultura é referendada pelo Poder Judiciário, visto que atualmente dentro da magistratura brasileira há uma tentativa de

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Salo. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

massificar o instituto da prisão processual como resposta à população, indignada com o alto grau de violência que assola o meio social brasileiro.<sup>2</sup>

Outrossim, a percepção da realidade demonstra que as prisões não resolvem os índices de criminalidade, nem melhoram a sensação de insegurança. Mas, ainda assim, a prisão é considerada como a melhor a solução, porque atende aos anseios da sociedade, que está verdadeiramente convicta da necessidade de sua maior incidência.

De fato, não há nenhuma comprovação empírica ou científica de que o aumento do encarceramento reduz a criminalidade, ao contrário do que se pretende instituir por meio dessa cultura punitivista que acomete o território nacional. Não obstante essa problemática ressalte-se que na maioria das vezes as prisões decretadas são de natureza provisória, sobretudo, prisões preventivas o que agrava ainda mais a situação. Tais prisões muitas vezes são decretadas sem que estejam devidamente fundamentadas, desrespeitando os limites constitucionais e legais.

Os presos cautelares, na imensa maioria das vezes, são recolhidos nos estabelecimentos prisionais onde estão lotados os presos definitivos que cumprem pena em regime fechado. Assim, promove-se uma mistura de situações jurídicas distintas, em que é notória e incontroversa as péssimas condições do sistema carcerário nacional. Como bem salientou Aury Lopes Júnior<sup>3</sup>: “Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.”

---

<sup>2</sup> NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. A cultura do encarceramento e a segurança pública brasileira, visto em: <https://jus.com.br/artigos/40317/a-cultura-do-encarceramento-e-a-seguranca-publica-brasileira>, dia 29/03/2019, às 13:59.

<sup>3</sup> LOPES Jr., Aury. *Direito Processual penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 819.

Tais informações são comprovadas por dados do Infopen, em que se identificou que o Brasil conta com a quarta maior população carcerária no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia. Dentre os presos brasileiros, 40% são provisórios.<sup>4</sup> Na verdade, a superlotação dos presídios brasileiros e o incessante crescimento da população carcerária é uma questão extremamente preocupante para a sociedade e para o Poder Público, tendo em vista os gastos com a manutenção dos encarcerados, bem como com a integridade física dos mesmos.

Nesse contexto de falência do sistema penitenciário, também deve ser considerado que é uma garantia constitucional dos presos o respeito à sua integridade física e moral, conforme artigo 5º, XLIX, da CRFB/1988. Desse modo, visualizam-se as condições subumanas que vivem os detentos, colide frontalmente com o direito fundamental referido. Como exemplo dessa situação caótica, o Supremo Tribunal Federal considerou nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347<sup>5</sup> que no Brasil há um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário nacional, reconhecendo a grave violação de direitos fundamentais.

Desse modo, se fosse possível colocar em prisão domiciliar uma boa parte dos presos provisórios, que preenchessem os requisitos para tanto, ocorreria uma significativa redução dos índices carcerários e ainda assim, haveria uma situação de privação de liberdade do acusado. Tal fato encontra mais contundência se considerado que a prisão provisória é decretada sem sentença penal.

Isso ocorre porque as prisões, no sistema processual penal brasileiro, são de várias naturezas, dentre elas, de modo resumido: as de natureza cautelar ou provisória e

---

<sup>4</sup> Infopen – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça. 2017. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 14/02/2019.

<sup>5</sup> O ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator. Assim como outros ministros, ele reconheceu, no caso, o "estado de coisas inconstitucional", ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. “Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”, afirmou.

as de natureza definitiva. As de natureza cautelar são decretadas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, enquanto as de natureza definitiva são reconhecidas após o trânsito. A decretação de prisões provisórias é extremamente complexa porque, quando se estuda a aplicação das prisões, verifica-se que a regra é a garantia da liberdade individual das pessoas e a exceção é o cerceamento desta. Nesse contexto, há muita dúvida sobre a efetividade da resposta penal em relação às prisões cautelares.

Em um Estado que consagra o princípio da presunção de não culpabilidade, o ideal seria que a privação da liberdade de locomoção do imputado somente fosse possível por força de uma prisão penal, ou seja, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.<sup>6</sup>

Desse modo, em regra, deve ser garantida a liberdade do acusado durante todo curso da persecução penal, ainda que o sistema processual penal brasileiro permita que existam simultaneamente a presunção de inocência e a prisão cautelar. Tal fato é possível porque nenhum princípio é absoluto e para garantir a efetividade do processo penal, admite-se a prisão cautelar de modo excepcional.

Como preceitua Rodrigo Roig: “enquanto não prescindirmos da pena privativa de liberdade, teremos que continuar lidando com ela, espelho de nossas imperfeições e prova de nossa incompetência na busca por maneiras mais racionais de lidar com o fenômeno criminal.”<sup>7</sup> Reiterando esse entendimento, destaca-se a posição de Renato Brasileiro, qual seja: "o uso abusivo da prisão cautelar é medida extremamente deletéria, porquanto contribui para diluir laços familiares e profissionais, além de submeter os presos a estigmas sociais. Não à toa, os índices de reincidência no país chegam a 85%. O uso excessivo do cárcere *ad custodiam* também contribui para uma crescente deterioração da situação das já superlotadas e precárias penitenciárias brasileiras." (p. 808)

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tradução de Fauzi Hassan Choukr. 2002, pp. 446 e 449.

<sup>7</sup> ROIG, Rogério Duque Estrada. Execução Penal teoria crítica. 2016. São Paulo. Editora: Saraiva, p. 19.

Na tentativa de explicar a quantidade de prisões cautelares, Rogério Schietti Cruz, ressalta que: “Alguma tentativa de explicar o fenômeno poderia incluir o aumento da criminalidade, a maior capacitação das forças de segurança, o deslocamento do foco das investigações das polícias e do Ministério Público, que passam a incluir, também, os criminosos de colarinho branco etc.”

O autor também pontua que está havendo um cada vez mais frequente deslocamento da resposta penal para as prisões cautelares, ao invés do que seria mais natural para a sentença condenatória.”<sup>8</sup> O legislador, ao observar essa política criminal em declínio, editou a Lei nº 12.403/2011 com o objetivo de frear a cultura do encarceramento provisório, e homenagear o princípio da presunção de inocência. Para tanto, criou as medidas cautelares diversas da prisão, ampliou o cabimento da prisão domiciliar e reformulou dispositivos legais já existentes de modo a reduzir o inchaço do sistema penitenciário com as prisões provisórias.

Aprofundando o debate observa-se que, a partir do advento da Lei nº 12.403/11, de 04 de maio de 2011, publicada no Diário Oficial da União em 05 de maio de 2011, com *vacatio legis* de 60 (sessenta) dias, contados desde a publicação oficial da mesma, lei esta que operou uma verdadeira reforma no CPP em 2011, mais especificamente no Título IX do Livro 1 (intitulado outrora de "Da Prisão e da Liberdade Provisória", atualmente de "Da Prisão, Das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória"), a prisão processual passou a ser apenas uma das espécies do gênero medidas cautelares, tidas como quaisquer medidas decretadas judicialmente de forma antecipada, com a finalidade de resguardar determinado resultado útil futuro, desde que presentes os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.<sup>9</sup>

A lei 12.403/2011 rompeu com a dicotomia pré-existente de liberdade ou encarceramento e trouxe à legislação processual penal brasileira outras modalidades de medidas cautelares diversas da prisão. Confirmou o legislador a excepcionalidade da

---

<sup>8</sup> CRUZ, Rogério Schietti. Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas. 2018. São Paulo: Editora: JusPodivm, p.18.

<sup>9</sup> ALVES, Moreira Barreto Leonardo. Processo Penal Procedimentos, Nulidades, Recursos. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

prisão processual e muniu a Magistratura de medidas legais a serem aplicadas sem que, necessariamente, jogue-se o réu prematuramente no sistema carcerário.<sup>10</sup>

O artigo 282, do Código de Processo Penal passou a ser o núcleo dessa nova sistemática, reforçando em seu parágrafo sexto o caráter subsidiário da prisão cautelar de modo a conferir ao magistrado a possibilidade de decretar a prisão apenas como *ultima ratio*. Nos termos do que ensina Andrey Borges de Mendonça: “a prisão processual passa a ser a última opção, reservada apenas para situações muito graves ou nas quais as medidas anteriores se mostrarem ineficazes (...) o legislador trouxe alternativas à prisão processual, para que o magistrado possa adequá-las à realidade e à hipótese que está *sub judice*.”<sup>11</sup>

Após essa grande modificação, novas Leis foram promulgadas, no sentido de aprimorar as medidas cautelares pessoais, com destaque para as Leis nº 13.257/2016 e Lei nº 13.769/2018. A primeira ampliou o rol de cabimento da prisão domiciliar, enquanto a segunda criou o artigo 318-A, do CPP que estabeleceu os requisitos para a concessão de prisão domiciliar no caso da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoa com deficiência.

Os novos diplomas legais, apesar das inovações, não parecem vir cumprindo o propósito originário, essa reflexão é bem enfrentada por Aury Lopes Júnior que ressalta falhas na alteração legislativa em decorrência da ausência de estudos prévios de impacto carcerário e da falta de acompanhamento da efetiva implantação das mudanças, bem como da resistência dos juízes brasileiros em aplicar com eficácia as alterações.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. A cultura do encarceramento e a segurança pública brasileira, visto em: <https://jus.com.br/artigos/40317/a-cultura-do-encarceramento-e-a-seguranca-publica-brasileira>, dia 29/03/2019, às 13:59.

<sup>11</sup> Mendonça, Andrey de Borges. *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Editora Método, 2011. P.26.

<sup>12</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. 2017. São Paulo. Ed.: Saraiva. Epub. Introdução

A pesquisa “Monitorando a aplicação da lei das cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo” (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2014, p.7) demonstra que mais de 60% dos presos em flagrante na cidade de São Paulo e 72% dos presos em flagrante na capital do Rio de Janeiro receberam como medida cautelar a prisão. Esse dado enfatiza que ocorre um uso abusivo da prisão preventiva, ainda que exista a intenção legislativa de diminuir o encarceramento, por meio das supracitadas leis, que tentam garantir a eficácia do caráter excepcional da prisão.

Diante desse cenário, a presente monografia tem como objetivo intensificar os parâmetros para reduzir o encarceramento cautelar em estabelecimentos prisionais, por meio de uma interpretação conforme a Constituição dos artigos 317, 318 e 318-A, todos do Código de Processo Penal.

Até porque, a prisão, por si só, é uma experiência traumática na vida de qualquer indivíduo. A perda da liberdade, do direito de ir e vir, de escolher os próprios horários de dormir, de se alimentar é medida extremamente invasiva na vida de qualquer indivíduo. A restrição de tal direito deve ser feita com acuidade e responsabilidade, notadamente quando o indivíduo ainda não foi submetido a julgamento onde, em tese, poderá fornecer os argumentos defensivos tendentes a comprovar sua inocência.<sup>13</sup>

Assim, se buscará, diante de uma situação de prisão preventiva em que esteja presente uma das hipóteses de prisão domiciliar que ocorra a conversão da primeira na segunda, de modo que haja uma menor lesão aos direitos do preso provisório, que, ainda não pode ser considerado como culpado, nem ter sua pena antecipada. Ademais, como as fundamentações teóricas não podem, nem devem se distanciar do que ocorre na prática, serão enfrentadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal como parâmetro para analisar como a Corte se comporta quando ocorrem as hipóteses em que se admite a conversão da prisão preventiva em domiciliar.

---

<sup>13</sup> NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. A cultura do encarceramento e a segurança pública brasileira, visto em: <https://jus.com.br/artigos/40317/a-cultura-do-encarceramento-e-a-seguranca-publica-brasileira>, dia 29/03/2019, às 13:59.

## **Capítulo I – Sistema cautelar: Prisão Preventiva e Prisão Domiciliar.**

### **1.1 – O sistema cautelar**

Para enfrentar a possibilidade de conversão da prisão preventiva em domiciliar é preciso verificar como essas modalidades de prisão estão positivadas no processo penal brasileiro.

Sobre a prisão preventiva, não há dúvida de sua natureza cautelar, no entanto, durante muito tempo a prisão domiciliar foi um instituto exclusivo da execução penal. Entretanto, com a reforma do Código de Processo Penal passou a se tornar uma medida cautelar por excelência, como se verá a seguir.

Fixada tal premissa, infere-se que ambas as medidas restringem a liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por isso são provimentos genuinamente cautelares que compõe o sistema cautelar penal.

O sistema cautelar penal foi profundamente modificado com a Lei 12.403/2011, onde ocorreu uma virada de paradigma na decretação de medidas cautelares. Antes da referida lei somente se admitia como medidas cautelares a prisão cautelar ou a liberdade provisória, configurando um sistema bipolar.

A bipolaridade, com as reduzidas possibilidades de medidas cautelares, implicava ou na privação de liberdade durante todo o processo até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ou, era deferida ao acusado sua liberdade provisória. Devido a isso, a prisão preventiva era a medida cautelar por excelência.

Essa política criminal claramente mal sucedida provocou diversos desdobramentos, como a superlotação dos presídios, a violação dos direitos e garantias



dos presos, até culminar em condenações internacionais nas Cortes de Direitos Humanos. Tais fatos motivaram e exigiram do legislador que tomasse uma postura hábil a reformular o sistema de cautelares, de modo a ampliar as medidas que poderiam ser utilizadas pelo Magistrado para garantir o resultado útil do processo.

Assim, a Lei 12.403/2011 pôs fim à bipolaridade que existia, ampliando o rol de medidas cautelares. Conquanto tenha ocorrido essa dilatação do sistema cautelar, o diploma legislativo é criticado pela doutrina. No entanto, esta reforma deve ser, pelo menos, considerado uma tentativa de melhorar a situação carcerária nacional.

A virada de paradigma na legislação representou uma minirreforma no Código de Processo Penal. Aury Lopes Júnior questiona a reforma sustentando que as modificações trouxeram inconsistência e incoerência sistêmica ao estatuto processual, transformando-o em uma colcha de retalhos.<sup>14</sup> O autor também pontua que os juízes brasileiros seguem resistindo à aplicação das novas medidas cautelares.

Não obstante o entendimento citado, adota-se uma posição mais otimista de que a transformação representou um avanço, posto que se coaduna com a tendência mundial disposta nos Tratados Internacionais das Nações Unidas para garantir a existência de medidas não privativas de liberdade antes do momento em que réu possa ser considerado culpado.

Ainda nessa linha, denota-se que buscando coibir o encarceramento exacerbado que era a regra do sistema cautelar nacional anterior, o legislador incluiu ao artigo 282, do Código de Processo Penal, o parágrafo sexto, que passou a estabelecer claramente o combate à prisão como a principal medida cautelar, é o que se observa a seguir:

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

(...)

---

<sup>14</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1.

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Com a inserção desse dispositivo, a prisão deve ser considerada a *ultima ratio*, entre as opções de medidas cautelares. Ou seja, não deve ser decretada em regra, mas tão somente, em situações excepcionais onde não caiba nenhuma hipótese de substituição por outra medida cautelar menos gravosa.

Superada essa análise inicial, impõe destacar que as medidas cautelares são instrumentos utilizados pela legislação processual para efetivar a tutela jurisdicional cautelar. Esta providência se faz necessária porque não haveria nenhuma efetividade em uma sentença penal condenatória em que o acusado já tivesse se evadido da localidade<sup>15</sup>.

Conforme a doutrina de Andrey Borges de Mendonça: “Durante a tramitação procedimental é intuitivo que haverá um lapso temporal, dentro do qual é possível que haja alterações fáticas que venham a comprometer o resultado final do processo. No processo penal, este risco pode ser trazido, sobretudo pela liberdade do acusado, que poderá comprometer interesses relevantes ao longo do processo, seja destruindo fontes de prova, ameaçando testemunhas, fugindo ou, ainda, continuando a praticar delitos.”

Tais medidas são urgentes e se inserem nas restrições reclamadas pelo Estado Democrático de Direito para assegurar a finalidade do processo. O decurso do tempo na maioria das vezes prejudica o resultado que se espera com o processo, para tanto, é preciso garanti-lo. Desse modo, as medidas cautelares são instrumentos utilizados pelo legislador processual para proteger e acautelar, durante o processo, bens jurídicos contra os perigos do tempo e, especialmente, contra a ação do investigado ou do réu.<sup>16</sup>

Segundo Renato Brasileiro:

*“em sede processual penal, é extremamente comum a ocorrência de situações em que essas providências urgentes se tomam imperiosas, seja para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção,*

---

<sup>15</sup> BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal, 2017, p.805.

<sup>16</sup>MENDONÇA, Andrey de Borges. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011.

*a proteção da própria coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito.”*  
(p. 805)

Embora não se fale em um processo penal cautelar autônomo, as medidas cautelares exercem essa função de modo incidental, ou seja, dentro do processo, sem que haja uma ação ou um processo cautelar autônomo, diverso do processo de conhecimento ou de execução, conforme explicita Vicente Greco Filho.<sup>17</sup>

No processo penal, a tutela cautelar é prestada independentemente do exercício de uma ação cautelar, que daria origem a um processo cautelar. Há, apenas, simples medidas cautelares, sem a necessidade de um processo cautelar autônomo e com base procedimental própria.<sup>18</sup> Carlos Eduardo Morelli Tucci, seguindo esse raciocínio, explica sobre as medidas cautelares penais:

“(...) são pleiteadas mediante simples requerimento, e concedidas até independentemente de iniciativa do interessado, no mesmo iter procedimental; sem necessidade, portanto, de petição inicial e de correspondente sentença, feita resposta do juiz ao pedido do autor.”

Nos termos do que ensinava Piero Calamandrei, os provimentos cautelares “representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, a da celeridade e a da ponderação. Entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo, a fazer logo, permitindo que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca da decisão seja resolvido posteriormente, de forma ponderada, nos trâmites vagarosos do processo ordinário”.<sup>19</sup>

As medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, na visão de Renato Brasileiro, podem ser de três naturezas, quais sejam: patrimoniais, relativas à prova e pessoais. Aqui, interessa mais especificamente, as cautelares de natureza pessoal, tendo em vista que a prisão preventiva e a prisão domiciliar se enquadram nesse grupo. O enquadramento é perceptível tendo em vista a definição das medidas cautelares de natureza pessoal, como restritivas ou privativas da liberdade de locomoção

<sup>17</sup> Manual de Processo Penal, p.110

<sup>18</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p. 40/41.

<sup>19</sup> CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádova: Cedam, 1936, p.20.

adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo.

A prisão é exatamente essa definição, consiste na privação da liberdade do preso, que fica com a locomoção restrita e até mesmo impossibilitada. Conforme ensina Tourinho Filho: “a prisão é a supressão da liberdade individual, mediante clausura. É a privação do direito de liberdade individual de ir e vir.”<sup>20</sup>

## **1.2 – Prisão pena e prisão sem pena**

No processo penal brasileiro existem basicamente dois tipos de prisões, uma delas é a prisão penal, ou prisão pena, que consiste em uma sanção penal decorrente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Enquanto a outra prisão é a sem pena, ou provisória, que é aquela de natureza cautelar decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória para assegurar a aplicação da lei penal, por conveniência da instrução criminal, ou pela ordem pública.

Essa classificação é muito bem orientada por Fernando da Costa Tourinho Filho que explica: “a prisão como pena, ou a prisão como sanção, isto é, a decorrente de sentença pena condenatória irrecorrível, utilizada como meio de repressão aos crimes e contravenções, e a prisão sem o caráter de pena, também conhecida sob a denominação genérica sem pena.”<sup>21</sup>

Sobre a prisão penal, destacam-se os ensinamentos de Nestor Távora, que destaca a possibilidade da prisão “advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é a verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.”<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 3. Ed. Saraiva. 2012, p. 429.

<sup>21</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 3. Ed. Saraiva. 2012, p. 434.

<sup>22</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 891.

A prisão pena deve ser a regra de um ordenamento que preserva as garantias individuais dos cidadãos. No entanto, a execução da prisão penal foi recentemente flexibilizada pelo Supremo Tribunal Federal que permitiu a execução da pena de modo provisório, o que considera-se um absurdo, como se verá a seguir.

Não obstante o posicionamento da Corte, o outro tipo de prisão admitido no ordenamento nacional, é aquela conhecida como processual, provisória ou cautelar, ou sem pena, espécie de prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Dentre as prisões de natureza provisória, encontra-se a prisão preventiva e a prisão domiciliar. É o que aponta Fernando da Costa Tourinho Filho quando explica: “No Direito Processual pátrio, essa execução cautelar de natureza pessoal, ou prisão cautelar de índole processual, apresenta-se sob aquelas quatro modalidades: prisão preventiva, prisão em flagrante, prisão domiciliar e prisão temporária.”<sup>23</sup>

A prisão sem pena é a que interessa nesse estudo, visto que é uma exceção à regra do ordenamento. Como visto anteriormente, em regra, um estado democrático de direito não deve prender antes de uma sentença condenatória estabilizada pela coisa julgada.

Em que pese admitir-se a prisão domiciliar como medida substitutiva da prisão penal, nesta monografia, será enfrentada sob a ótica das prisões provisórias. Sobretudo, em decorrência da necessidade de humanização e minimização da prisão provisória. Ademais, aqui, se trata da conversão da prisão preventiva em domiciliar, que são hipóteses de prisão sem pena. Pontuadas tais questões, discutem-se os aspectos e características específicos das prisões preventivas e domiciliar.

### **1.3 - Prisão Preventiva**

---

<sup>23</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 3. Ed. Saraiva. 2012, p.448.

A prisão preventiva é aquela prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial, requerimento do Ministério Público ou do querelante. Como consequência, é possível observar que a decretação da prisão preventiva está acobertada por cláusula de reserva de jurisdição só podendo ser decretada por juiz ou Tribunal competente, em decisão fundamentada.

Fernando da Costa Tourinho Filho expõe sobre o conceito de prisão preventiva como “a medida restritiva da liberdade determinada pelo Juiz, nos crimes dolosos em qualquer fase do inquérito (se houver pedido nesse sentido) ou da instrução criminal, como medida cautelar seja para garantir eventual execução da pena, seja para preservar a ordem pública, ou econômica, seja por conveniência da instrução criminal.”<sup>24</sup>

Trata-se de uma prisão de natureza cautelar mais ampla, típica e utilizada no ordenamento jurídico, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, isso porque a prisão preventiva visa proteger a persecução penal, esta incorpora dois momentos: a investigação e a ação penal. Exatamente por tal motivo é que somente se admite a decretação da preventiva até o trânsito.

O decreto prisional deve ser imposto por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.<sup>25</sup>

A respeito do assunto, Aury Lopes Júnior destaca que a “prisão preventiva pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, até mesmo após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver

---

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 543.

<sup>25</sup> TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*, 2017, p. 931.

necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva (com fundamento na garantia da aplicação da lei penal).”<sup>26</sup>

Essa modalidade de prisão é um tanto quanto problemática por esbarrar em garantias fundamentais dos indivíduos como a presunção de inocência. No entanto, ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho que apesar das críticas, todas as legislações admitem a prisão preventiva como um mal necessário.<sup>27</sup>

#### **1.4 – Prisão domiciliar**

Entende-se por prisão domiciliar, a “medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código Processual Penal, em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente.”<sup>28</sup> Seu fundamento está disposto no artigo 317, do Código de Processo Penal, que também traz seu conceito, é o que se extrai da literalidade do dispositivo:

“Art. 317: A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.”

Tal modalidade de prisão já era conhecida no ordenamento pátrio, através da Lei de Execuções Penais, que em seu art. 117 a prevê para o regime aberto, destinada aos condenados com mais de 70 anos; às condenadas com filho menor ou deficiente e a gestante. Com a Lei 12.403/2011, este tipo de prisão passa a integrar o sistema das cautelares.<sup>29</sup>

Muitos doutrinadores não enfrentam a natureza jurídica cautelar da prisão domiciliar porque tal instituto sempre esteve atrelado à execução penal. Segundo Aury

---

<sup>26</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 3.

<sup>27</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 542.

<sup>28</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 956.

<sup>29</sup> NICOLITT, André Luiz. Processo Penal Cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 340.

Lopes Júnior, a prisão domiciliar nem seria uma nova modalidade de prisão cautelar, mas sim, uma forma especial de cumprimento da prisão preventiva.<sup>30</sup>

No entanto, Fernando da Costa Tourinho Filho elucida a questão afirmando que a prisão domiciliar se inclui no rol de medidas cautelares.<sup>31</sup> Esse também é o posicionamento de Andrey Borges de Mendonça ao afirmar que “também a prisão domiciliar possui caráter cautelar e a sua finalidade será a mesma da prisão preventiva substituída.”<sup>32</sup>

A prisão domiciliar é carregada de um viés humanitário, possibilitando ao acautelado, em hipóteses legalmente previstas, que fique recolhido em sua residência, ao invés de ser remetido ao cárcere. Segundo Antonio Fernandes Scrance<sup>33</sup>, “são situações em que a necessidade de prisão no estabelecimento é superada por motivos de maior relevância.”

A exposição de motivos da Lei 12.403/2011 também aponta que a prisão domiciliar aplica-se em situações restritas indicadoras da inconveniência e da desnecessidade de se manter o recolhimento em cárcere. O propósito da conversão é evitar que a prisão afete, de modo intolerável, outros bens significativos da pessoa, geralmente sua saúde.

Desse modo, a decretação de uma prisão domiciliar pressupõe uma prisão preventiva anteriormente decretada e vem substituí-la, provisoriamente, em virtude de questões humanitárias. Em decorrência da necessidade de uma prisão anterior, Andrey Borges de Mendonça trata a prisão domiciliar como prisão preventiva domiciliar.

---

<sup>30</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 4.

<sup>31</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 575.

<sup>32</sup> MENDONÇA, Andrey de Borges. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 407.

<sup>33</sup> FERNANDES SCRANCE, Antonio. As Medidas Cautelares Pessoais nos Projetos e Reforma do Código de Processo Penal. Revista de Informação Legislativa ano 46, n. 183, Brasília: Senado Federal, jul/set.2009, p.15.



Sobre a prisão domiciliar, Aury Lopes Júnior considera que houve um avanço tímido do legislador nessa matéria, pois, em que pesem a ampliação dos casos em que pode ser utilizada e a recepção na morfologia cautelar, poderia e deveria o legislador ter ido além, ampliando ainda mais as situações de utilização.<sup>34</sup>

Andrey Borges de Mendonça prenuncia que: “pela sistemática introduzida, na prisão domiciliar a pessoa ficará reclusa em sua residência, de onde somente poderá sair se houver autorização específica (saída controlada).”<sup>35</sup> Assim, o réu deve cumprir a domiciliar naquela residência indicada pelo magistrado que impuser a medida. Caso possua mais de uma residência, cabe ao magistrado escolher aquela que lhe pareça mais adequada para atingir as finalidades da medida e para proteção dos bens jurídicos do processo.

Nesse sentido, a prisão preventiva e a prisão domiciliar são medidas cautelares pessoais de constrição da liberdade. Ocorre que a primeira atinge com mais vigor os direitos fundamentais do acautelado enquanto a segunda tem viés mais humanitário, como se observará ao longo desta tese.

---

<sup>34</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 3.

<sup>35</sup> MENDONÇA, Andrey de Borges. *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 407.

## **Capítulo II- Parâmetros de Aplicação da Prisão Preventiva e da Prisão Cautelar Domiciliar.**

Inicialmente, cumpre ressaltar que, enquanto medidas cautelares de natureza pessoal, as prisões preventiva e domiciliar acarretam sensíveis restrições ao direito fundamental do indivíduo de liberdade de locomoção. Assim, a aplicação destas medidas deve ser feita com estrita observância de alguns parâmetros.

Tais parâmetros são os mesmos para ambas as medidas, visto que uma se aplica em substituição à outra. Nesse mesmo sentido é o que aponta Aury Lopes Júnior: “Assim como as demais medidas cautelares, a prisão domiciliar é substitutiva da prisão preventiva, estando, portanto, submetida aos mesmos requisitos e princípios.”<sup>36</sup>

Esse arcabouço de limitações à decretação de prisões foi positivado por meio de princípios e regras estabelecidos, sobretudo, na Constituição da República, nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e no Código de Processo Penal.

Os princípios constitucionais refletem em sua grande maioria os princípios internacionais essenciais positivados em convenções internacionais de que o Brasil é signatário. Esse arcabouço principiológico será utilizado como norte da aplicação das medidas cautelares, visto que representam uma garantia da não ingerência do poder punitivo estatal na esfera de liberdade individual dos cidadãos.

Já os parâmetros previstos nas regras processuais penais serão pressupostos, dentre os quais dois assumem grande prospecção, estando positivados no artigo 312, do CPP, quais sejam: o “*fumus comissi delicti*” e o “*periculum in libertatis*”. Sem eles, nenhuma medida cautelar pode ser aplicada, sobretudo, as prisões preventiva e domiciliar.

---

<sup>36</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 4.

Dentre os pressupostos processuais também devem ser enfrentados os fundamentos da prisão preventiva, que são: a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Bem como, a necessidade do crime ser doloso púnico com pena privativa de liberdade superior a 4 anos, se o agente houver sido condenado por outro crime doloso, para garantir a execução das medidas protetivas decretadas no âmbito da violência doméstica, ou se houver dúvida sobre a identidade civil do preso.

## **2.1 – Princípios Constitucionais**

Os parâmetros principiológicos constitucionais serão avaliados conforme a doutrina de Aury Lopes Júnior, que destaca um princípio norteador, qual seja: a presunção de inocência e outros princípios periféricos das prisões cautelares, quais sejam: a jurisdicionalidade e motivação, o contraditório, a provisionalidade, a provisoriedade, a excepcionalidade e a proporcionalidade.

A presunção de inocência, também denominada de presunção de não culpabilidade consiste no direito do cidadão de não ser considerado culpado enquanto ainda há dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência. Em regra, a dúvida sobre a inocência tem fim quando ocorre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa garantia está constitucionalmente prevista no artigo 5º, LVII, da CRFB, como se observa a seguir:

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

(...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Desse modo, é uma proteção ao indivíduo. Cesare Beccaria já trazia esse apontamento em 1764, quando pronunciou em sua obra *Dos delitos e das penas*: "um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais

ela lhe foi outorgada".<sup>37</sup> Para efetivar a presunção de inocência, esta deve ser entendida como um dever de tratamento com dimensões interna e uma regra externa, é como ensina Aury Lopes Júnior. Trata-se, verdadeiramente, de um dever de tratamento, ao passo que o réu deve ser tratado como inocente.

A respeito da dimensão interna, cabe ao juiz, determinar que a carga de prova da acusação seja inteiramente do acusador, o que implica considerar que as hipóteses de dúvida sobre a imputação do fato reflitam na inocência do acusado, é o que comumente se entende pelo conseqüente *in dubio pro reu*.

A dimensão interna também é classificada pela doutrina como regra probatória. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.<sup>38</sup> Sobre a dimensão externa, a presunção de inocência obriga o controle de divulgações abusivas e a estigmatização precoce do réu. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência.<sup>39</sup>

De tal sorte, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, LVII, da CF /1988 ). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.<sup>40</sup>

Não obstante a previsão constitucional da presunção de inocência, atualmente, a garantia encontra-se relativizada, em virtude de decisão do Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>37</sup> BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. Dos delitos e das penas. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 69.

<sup>38</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: JusPodivm, 2017.

<sup>39</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1.

<sup>40</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 69.

proferida no HC 126.292 e posteriormente confirmada por duas ações declaratórias de constitucionalidade (ADC's 43 e 44), onde se permitiu a execução provisória da pena.

A execução provisória da pena possibilita a prisão do réu após a decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado. Trata-se de verdadeira prisão cautelar travestida de prisão definitiva. Os posicionamentos contrários ao entendimento adotado pelo STF são diversos, dentre eles, destaque-se a brilhante exposição de Nestor Távora em seu Curso de Direito Processual Penal:

“Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção da inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283). Aliás, não foi sequer considerada a letra deste último artigo do Código, referentemente ao texto da Lei Maior.”

Sobre a presunção de inocência, Gustavo Henrique Badaró sintetiza que: “somente serão compatíveis com o estado de inocência medidas cautelares propriamente ditas, isto é, prisões processuais ou medidas cautelares alternativas à prisão que tenham natureza conservativa. De outro lado, não será constitucionalmente legítima qualquer medida que tenha por finalidade antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da condenação penal e, portanto, seja satisfativa, ainda que em caráter provisório.”<sup>41</sup>

Passando à análise dos demais parâmetros, têm-se que a jurisdicionalidade indica a necessidade de uma ordem judicial fundamentada e emanada por uma autoridade competente para a decretação de uma medida cautelar pessoal, sobretudo, as prisões. A decisão judicial é indispensável para manter um indivíduo preso, conforme prevê o artigo 5º, LXI, da Constituição Federal.

Nesse sentido, é preciso que a decisão judicial que decretar uma prisão cautelar seja proferida em um processo justo que viabilize o exercício da ampla defesa. Assim, verifica-se uma íntima relação da jurisdicionalidade com o princípio constitucional do

---

<sup>41</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p. 52.

devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da CRFB. O devido processo legal instrumentaliza o campo processual para que ocorra o confronto das teses da defesa e da acusação, estando expressamente delimitado no artigo 5º, LXI, da CRFB. Em outros termos, o princípio expressa a impossibilidade de que um indivíduo seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Esse princípio pode ser entendido sob duas óticas, uma substantiva ou material e outra procedimental, ou adjetiva, ou formal. Duas são as facetas do devido processo legal, a adjetiva (que garante aos cidadãos um processo justo e que se configura como um direito negativo, porque o conceito dele extraído apenas limita a conduta do governo quando este atua no sentido de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos) e a substantiva (que, mediante autorização da Constituição, indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade de leis ou de atos governamentais na hipótese de os mesmos serem arbitrários, tudo como forma de limitar a conduta daqueles agentes públicos).<sup>42</sup>

Os aspectos supracitados não são excludentes, mas sim, complementares, somados permitem o controle da decretação das medidas cautelares. É o que ensina Luis Roberto Barroso: "é por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (reasonableness) e da racionalidade (rationality) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral".<sup>43</sup>

A motivação da decisão judicial que decreta uma medida cautelar é requisito constitucional de sua validade. Por meio da motivação, é possível que o acusado verifique os fundamentos que implicaram em sua condenação e ao mesmo tempo é possível um controle social dos atos judiciais. A indispensabilidade de motivação está prevista no artigo 93, IX, da CRFB, como se observa a seguir:

---

<sup>42</sup> NETTO, André L. Borges. A RAZOABILIDADE CONSTITUCIONAL (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto Nº 12 - MAIO/2000, extraído do site: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 4ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 214.

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

O contraditório em sede de cautelar, quando compatível com a medida a ser adotada deve sempre ser utilizado. Falar em contraditório em sede de medida cautelar, há alguns anos, era motivo de severa crítica, senão heresia jurídica. Mas ele é perfeitamente possível e sempre reclamamos sua incidência. Obviamente, quando possível e compatível com a medida a ser tomada.<sup>44</sup>

Tal princípio deve ser utilizado sempre que possível, tendo em vista sua expressa previsão constitucional de aplicabilidade imediata em todo processo judicial, e como visto anteriormente uma medida cautelar deve ser decretada no âmbito de um processo justo. O contraditório encontra-se disposto no artigo 5º, LV, da CRFB, como se observa a seguir:

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

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Conforme ensina Joaquim Canuto Mendes de Almeida, sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.<sup>45</sup> Sendo assim, o contraditório confere aos litigantes os instrumentos para atuar e impugnar atos contrários ao seu interesse. Segundo Renato Brasileiro, o contraditório possui dois elementos, quais sejam: o direito à informação e o

<sup>44</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1

<sup>45</sup> Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 82.

direito de participação. Com esses direitos, a parte tem ciência dos atos que estão sendo praticados e a partir dessa informação, podem participar do processo, seja impugnando os atos da outra parte ou decisões judiciais.

No entanto, assaz ressaltar que as medidas cautelares têm caráter urgente, e muitas vezes não é oportunizado momento adequado para o exercício do contraditório. A doutrina considera que, para harmonizar esses interesses conflitantes, quando houvesse necessidade de adoção de medida cautelar, o acusado deveria ser intimado para uma audiência, onde fosse possível um debate entre as partes para sustentar a falta de necessidade da medida.

Sobre esse entendimento de que deveria ocorrer uma audiência antes da decretação de uma medida cautelar, ressalte-se que não há previsão legal para tal, porém como se trata de uma ação mais protetiva do acusado e que, via de regra, uma medida cautelar implica em restrições de direitos fundamentais, considera-se adequada essa posição.

Como no presente estudo, se analisa os parâmetros da decretação de prisões preventivas e domiciliares, destaca-se a previsão da Resolução nº 213, de 15/12/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a necessidade de prévia audiência para a decretação dessas modalidades de prisão, é o que se observa a seguir:

“Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.”

Na jurisprudência também é possível observar um tímido reconhecimento da possibilidade de nulidade da prisão preventiva decretada sem a audiência prévia, é o que se observa no julgado de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, acostado a seguir:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO. "OPERAÇÃO FERRARI". PRISÃO PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.



IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Embora seja prevista a realização de audiência de custódia "às pessoas presas em decorrência do cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva" (art. 13 da Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça), a não ocorrência de tal ato somente acarreta a nulidade da custódia preventiva quando evidenciado o desrespeito às garantias processuais e constitucionais, o que não ocorreu na hipótese. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 3. (...)5. Recurso não provido. (Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 63.632. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 25/10/2016.)

A nulidade da prisão preventiva decretada sem audiência prévia deve ser considerada absoluta, visto que a referida audiência é o momento em que se oportuniza a realização do contraditório. Como o contraditório é uma garantia constitucional, sua ausência implica em nulidade absoluta.<sup>46</sup>

A provisionalidade é um princípio essencial das medidas cautelares, tendo em vista sua natureza específica. Em outras palavras, nota-se que tais medidas são decretadas quando alguma situação específica ocorre, ameaçando o resultado do processo. Se a condição que legitima a decretação de uma medida cautelar desaparecer, esta deve ser cassada.

Nesses termos, enfatiza-se a necessidade da atualidade do perigo, ou seja, no momento em que seja decretada a prisão preventiva é que o perigo deve estar presente. Portanto, a prisão preventiva ou quaisquer das medidas alternativas poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas, desde que surja a necessidade.<sup>47</sup>

A provisoriedade, segundo Aury Lopes Júnior está relacionada ao fato tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma

---

<sup>46</sup> No processo penal, as nulidades são consideradas relativas quando ocorre violação de normas infraconstitucionais, e são absolutas quando há violação das normas constitucionais.

<sup>47</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1.

situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada.<sup>48</sup> Nesses termos, verifica-se que tal princípio tem por objetivo criar ou pelo menos alertar para uma necessidade de limitação temporal das prisões cautelares. Nota-se uma correlação da provisionalidade com a duração razoável do processo, na medida em que objetiva-se evitar a procrastinação indeterminada de uma persecução estigmatizadora.

A razoável duração do processo implica decisivamente na legalidade da manutenção da prisão cautelar, afinal, o excesso prazal da custódia provisória leva à ilegalidade da segregação, entendimento consagrado inclusive no âmbito do STF, eis que a súmula de nº 697 reconheceu que a "proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo". Note-se que tal súmula perdeu sua utilidade prática, pois com o advento da Lei nº 11.464/2007, alterando o inciso II do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, os crimes hediondos passaram a admitir liberdade provisória. Porém a ideia continua, qual seja: o excesso de prazo leva à ilegalidade da prisão cautelar, independente de qual seja a infração.<sup>49</sup>

Assim sendo, diante de uma prisão cautelar que perdura por tempo desarrazoado, esta se torna ilegal devendo ser imediatamente relaxada. Este entendimento deve ser aplicado às prisões preventivas e à prisão cautelar domiciliar, que ora são dirimidas. A excepcionalidade está expressamente delimitada pelo artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal e consagra a prisão preventiva como último instrumento cautelar a ser utilizado, ressaltando que deve ser analisado o cabimento de medidas cautelares menos restritivas aos direitos fundamentais do acautelado.

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande

---

<sup>48</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1.

<sup>49</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 91.

problema é a massificação das cautelares, levando ao que Luigi Ferrajoli denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.<sup>50</sup>

A proporcionalidade não está expressamente prevista da Constituição da República, no entanto o STF reconhece tal princípio como uma decorrência da do devido processo legal substancial<sup>51</sup>. Andrey Borges de Mendonça ensina que o princípio da proporcionalidade deve ser visto como o fiel da balança, para auxiliar a interpretação ótima a se buscar entre os bens jurídicos em jogo<sup>52</sup>.

Sobre a proporcionalidade, destaca-se que, as prisões, enquanto medidas cautelares são guiadas, sobretudo, pela proporcionalidade, que, segundo Eugênio Pacelli, se desdobra em duas perspectivas: “ a primeira, atinente à proibição do excesso, e, a segunda, à efetividade dos direitos fundamentais.”<sup>53</sup> Nesse sentido, trata-se de uma proteção tanto no âmbito negativo, contra o excesso, bem como no âmbito positivo, de modo a coibir uma proteção deficiente.

Em relação ao excesso, José Joaquim Gomes Canotilho destaca que “significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)<sup>54</sup>.

Atendendo à proporcionalidade, as medidas cautelares, sobretudo, as prisões preventiva e domiciliar somente podem ser decretadas e mantidas enquanto estiver mantida a necessidade e os pressupostos de sua decretação. Se os fatos se modificarem, é possível a alteração da medida decretada. Sob este espectro, a conversão da prisão preventiva em domiciliar maximiza tal princípio.

---

<sup>50</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1.

<sup>51</sup> HC 93.712, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 1º. 4.2008, Primeira Turma, DJe de 17.10.2008.

<sup>52</sup> MENDONÇA, Andrey de Borges. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011, p.39.

<sup>53</sup> PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 2017, p. 454.

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. Ed., ver. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p.617.

## 2.2 – Pressupostos Processuais Penais:

Enfrentados os parâmetros principiológicos constitucionais, faz-se necessária a análise dos pressupostos processuais penais, indispensáveis para decretação da prisão preventiva, e por consequência da prisão domiciliar. São eles: o *fumus comissi delicti* e *periculum in libertatis*. Também é preciso enfrentar os fundamentos autorizadores, quais sejam: a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. E, por fim, as situações que legislador elegeu para se verificar os pressupostos. Trata-se de pressupostos legalmente previstos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

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

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O *fumus comissi delicti* consiste na prova da existência do crime e no indício suficiente de autoria. É necessário que haja plausibilidade e verossimilhança na alegação de que o acusado realmente praticou uma infração penal, deve haver mais

elementos em direção da ocorrência do crime do que da não ocorrência. Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos tal suspeita razoável para a prisão ocorre se existirem fatos ou informações que poderiam satisfazer um observador imparcial no sentido de que a pessoa afetada pela medida cautelar possa ter cometido o fato delituoso<sup>55</sup>.

O *periculum in libertatis* consiste na demonstração de que a prisão preventiva é a medida necessária e urgente para evitar o perigo a algum bem jurídico importante para o processo ou para a sociedade, deve ser uma necessidade imprescindível. Tal pressuposto é representado, segundo Andrey Borges de Mendonça pela necessidade da medida para aplicação da lei penal, para a investigação, para a instrução criminal e para evitar a prática de infrações penais<sup>56</sup>.

Assim, os chamados “fundamentos da prisão preventiva” indicam justamente qual é o perigo da liberdade do acusado para o processo. Em outras palavras, expressam o *periculum libertatis*, demonstrando o motivo pelo qual a prisão do investigado/réu é necessária antes do trânsito em julgado.<sup>57</sup>

Para aplicação da lei penal e por conveniência da instrução, Fernando da Costa Tourinho Filho aponta que é indispensável prova razoavelmente sensata no sentido de que o réu está prejudicando a instrução ou querendo, na expectativa de uma condenação dela safar-se. Mera suspeita ou presunção não se admitem, é preciso um mínimo de prova sensata no sentido de que ele está se desfazendo de seus bens, de que deu demonstração de que vai mudar-se para lugar ignorado, de que está prejudicando a instrução, criando obstáculos, ameaçando testemunhas<sup>58</sup>.

A ordem pública é um fundamento extremamente controverso, sendo uma expressão ampla que engloba todos os fundamentos da prisão preventiva. Tal amplitude

---

<sup>55</sup> Caso Fox, Campbell ET/and Hartley c. Royaume-Uni/v. the United Kingdom (julgado em 30.8.1990)

<sup>56</sup> MENDONÇA, Andrey de Borges. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011, p.31.

<sup>57</sup> MENDONÇA, Andrey de Borges. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011, p.262.

<sup>58</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p.556 e 557.

permite uma série de abusos no momento da decretação, bem como confrontamentos doutrinários no sentido de delimitar o conteúdo da ordem pública.

Andrey Borges de Mendonça aponta que a ordem pública significa segurança e tranquilidade da sociedade.<sup>59</sup> Por tal razão, o principal desdobramento de tal fundamento é a provável continuidade da prática delitativa, dependendo dos elementos que se apresentam no caso concreto. Considerando essa probabilidade, é comum questionar-se a constitucionalidade de tal fundamento, tendo em vista a ausência de qualquer finalidade cautelar, mas sim, uma verdadeira medida de segurança coletiva.

A respeito do tema, Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que “quando se decreta a prisão preventiva como garantia da ordem pública, o encarceramento provisório não tem o menor caráter cautelar. É um rematado abuso de autoridade e uma indisfarçável ofensa à nossa Lei Magna, mesmo porque a expressão ordem pública diz tudo e não diz nada<sup>60</sup>.”

Em que pese a razoabilidade e pertinência dos argumentos, em todo mundo se admite a prisão cautelar com tal fundamento. Ademais, a jurisprudência, ressalvados entendimentos isolados, reconhece a constitucionalidade e aplicabilidade da ordem pública, como fundamento da prisão preventiva e conseqüentemente da prisão domiciliar.

A ordem econômica foi incluída como condição que causa o *periculum in libertatis* pela Lei Antitruste, mas seu conceito equipara-se ao da ordem pública, qual seja: coibir a prática de novas infrações penais, especificamente, no que tange aos crimes econômicos. Em razão da proximidade teórica, surgem os mesmos questionamentos sobre a constitucionalidade do fundamento.

---

<sup>59</sup> MENDONÇA, Andrey de Borges. Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais. São Paulo: Editora Método, 2011, p.262.

<sup>60</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 553.

Não obstante a presença de tais requisitos, estes somente podem ser avaliados quando existir alguma das hipóteses que o legislador previu no artigo 313, do CPP. Ou seja, quando houver crime doloso punido com pena privativa de liberdade superior a 4 anos, ou se o acusado for reincidente em crimes dolosos, ou para assegurar a execução de medidas protetivas de urgência decretadas no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou se houver dúvida insanável sobre a identidade civil do preso.

Os pressupostos devem estar cumulativamente presentes, a ausência de um implica na desnecessidade da prisão preventiva, e por consequência da prisão cautelar domiciliar. Como já visto, a prisão cautelar domiciliar depende de uma prisão preventiva anteriormente decretada, em que estejam presentes algumas das hipóteses autorizadoras à conversão, que serão enfrentadas em momento posterior.

## Capítulo III- Hipóteses e Obrigatoriedade da Conversão da Prisão Preventiva em Domiciliar.

### 3.1 –Hipóteses de Conversão.

Esse capítulo traz a ideia principal da presente monografia, tomando como ponto de partida os parâmetros principiológicos estudados, onde se compreende os pressupostos da prisão preventiva, bem como os direitos fundamentais do indivíduo que se submeterá ao cárcere.

Não obstante, merece destaque para se tratar da conversão, a intenção do legislador ao criar a prisão cautelar domiciliar. Nota-se a virada de paradigmas na legislação de modo que a prisão domiciliar fosse aplicada como medida substitutiva da prisão preventiva, por causar menos restrição aos direitos fundamentais daquele que está sofrendo a medida cautelar.

Os direitos fundamentais são garantias mínimas para evitar arbitrariedade e ingerência do poder coercitivo estatal na vida do indivíduo. Trata-se de verdadeira limitação ao *ius puniendi*<sup>61</sup> estatal. Sendo sua observância obrigatória para o cerceamento da liberdade dos indivíduos.

Além disso, deve se ter em mente que com a cláusula constitucional da presunção de inocência, a regra é a liberdade e não a prisão, para todos os indivíduos. Nesse contexto, é essencial que a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar seja amplamente assegurada, como medida de efetivação e maximização dos direitos fundamentais do acusado.

---

<sup>61</sup> O *Ius puniendi* é o direito próprio do Estado de punir. E este direito divide-se em *Ius puniendi in abstracto* e *Ius puniendi in concreto*. Segundo exposto por Tourinho Filho, o *Ius puniendi abstracto* é o próprio direito de punir que não foi aplicado porque não houve transgressão da norma penal. E quando ocorre a transgressão da norma penal, surge o *Ius puniendi in concreto*, no qual o Estado deve aplicar a pena ao autor do intento criminoso.



Impõe ressaltar que a prisão domiciliar também implica em cerceamento da liberdade, atingindo, portanto, os mesmos fins a que se destina a prisão preventiva. Como destaca André Luiz Nicolitt: “a prisão domiciliar é uma modalidade de prisão, quase tão grave quanto o cárcere, pois é totalmente cerceadora da liberdade.”<sup>62</sup> Desse modo, não se vislumbra nenhum prejuízo ao interesse estatal em manter uma pessoa presa na modalidade domiciliar. Os propósitos são cumpridos, ao passo que permite-se maior proteção aos direitos fundamentais do acautelado.

Levando em consideração o cenário do sistema penitenciário nacional, sua superlotação, o custo que os presos têm para o estado com alimentação, vestuário, saúde, segurança. É muito mais conveniente que o indivíduo que reúna ao mesmo tempo as características para uma prisão preventiva e também cautelar domiciliar seja a esta última submetido.

Superadas tais premissas, ressalta-se que a conversão da prisão preventiva em domiciliar é uma hipótese legal, que está expressamente disposta no *caput*, do artigo 318, do Código de Processo Penal, que prevê:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”

Converter a prisão, implica em substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar. Ou seja, existem elementos autorizadores da decretação da prisão preventiva, no entanto, também estão presentes as hipóteses de prisão domiciliar, não se justificando o encarceramento em estabelecimentos prisionais.

Adotando-se este norte, no momento da análise de um requerimento de decretação da prisão preventiva é que o juiz deverá observar sobre a conversão em prisão cautelar domiciliar. A conversão depende da ocorrência de determinadas hipóteses autorizadoras, que serão a seguir dirimidas.

---

<sup>62</sup> NICOLITT, André Luiz. Processo Penal Cautelar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 340.

A partir dessas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência. Para que ocorra essa substituição, que só pode ser determinada pela autoridade judiciária, deve se exigir prova idônea dos requisitos estabelecidos no art. 318 do CPP.<sup>63</sup>

Sobre tal questão, convém enunciar que as hipóteses de substituição demandam prova cabal e idônea, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 318, do CPP. O ônus da prova incumbirá ao requerente, normalmente o investigado ou acusado que tenha a prisão preventiva decretada contra si.<sup>64</sup>

Desse modo, nas hipóteses em que a lei autorizar, como será analisado a seguir, admite-se a que uma prisão preventiva seja substituída por uma prisão domiciliar. Assim, quando o juiz for apreciar a existência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva poderá convertê-la em domiciliar. A questão é enfrentada por André Luiz Nicolitt, *in verbis*:

*“Na verdade, a prisão domiciliar é uma modalidade de prisão (...), está submetida aos mesmos requisitos da prisão preventiva.” (p.111)*

Aprofundando o debate, passa-se à análise das hipóteses de conversão, ou seja, quando a lei determina que a prisão domiciliar seja decretada. São seis as hipóteses que estão previstas no mesmo artigo, como se observa a seguir:

“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)

---

<sup>63</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador:JusPodivm, 2017, p. 1021.

<sup>64</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p.179.

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)”

A primeira hipótese tem caráter puramente objetivo e é facilmente verificável, trata-se de um critério etário que garante à pessoa maior de 80 anos a prisão domiciliar. Desse modo, se uma pessoa no dia de seu aniversário de 80 anos reunir elementos para decretação de sua prisão preventiva deverá ser beneficiada pela prisão domiciliar.

Para comprovar que o agente faz jus à conversão da prisão nesta hipótese, basta que apresente seus registros civis que atestem sua data de nascimento. A data paradigma para verificar o preenchimento dessa condição é o dia da decretação da prisão preventiva. De acordo com a especificidade do caso, o domicílio do acusado, seu grau de instrução é possível que o agente não possua documentos que atestem sua idade. Diante dessa especificidade, é possível a realização de perícia médica que comprove, ou pelo menos, estime o tempo de vida do acusado.

A segunda hipótese assegura ao preso extremamente debilitado por motivo de doença grave o cumprimento da prisão preventiva em sua modalidade domiciliar. A verificação dessa hipótese depende de comprovação de debilidade física do acusado, decorrente de doença grave.

Assim, é necessário demonstrar a gravidade da doença e a extensão da debilidade. Segundo a jurisprudência, além da necessidade de evidenciar doença grave, que acarrete extrema debilidade, seria necessário demonstrar à impossibilidade de se prestar a devida assistência médica no estabelecimento penal.

Entretanto, como pontua Gustavo Henrique Badaró, a prestação de serviços médicos pelo estabelecimento prisional, conforme supracitado, não é um requisito legal, o que leva a uma discussão se seria de fato admissível. Acredita-se que a criação de requisitos além dos expostos na lei deturpa a intenção do legislador ao propor um rol de

medidas cautelares para evitar o encarceramento preventivo. Nos termos do que ensina o autor: “A lei não estabeleceu tais condicionantes e, não cabe ao juiz criar restrições não impostas pelo legislador. Por tal motivo, não é possível concordar com a posição da jurisprudência.”<sup>65</sup>

A terceira hipótese de conversão engloba duas possibilidades, quais sejam: a garantia da prisão domiciliar para o preso que seja imprescindível para os cuidados de pessoa menor de 6 anos ou para pessoa com deficiência. Destaque-se que, no caso do inciso III, não é necessário a relação de parentesco, embora muito provavelmente, esta estará presente. Ou seja, provavelmente o preso terá algum parente menor de 6 anos de idade ou algum integrante de sua família com deficiência.<sup>66</sup>

Não há distinção do gênero desse preso, pode ser homem ou mulher, bastando que seja imprescindível aos cuidados do menor de 6 anos. Conforme a doutrina de Gustavo Henrique Badaró, a imprescindibilidade é verificada quando:

*“Isto é, o preso deve ser mais do que necessário, indispensável ou insubstituível.” (p.177)*

Nessa situação, verifica-se que a imprescindibilidade é o instituto chave para permitir a aplicação da medida cautelar sob esse fundamento. Assim, é preciso delimitar seu conteúdo, tendo em vista que possui certa margem ou vagueza que dependerá do que o julgador entenderá como imprescindibilidade.

Como a atuação judicial deve buscar os fins da lei, e do instituto da prisão domiciliar, opera-se certo esforço argumentativo para demarcar o que seria a imprescindibilidade nesse caso, a fim de verificar com mais clareza a hipótese de incidência. Nesse sentido, a imprescindibilidade verifica-se quando não é possível dispensar os cuidados do agente que foi preso para com o menor ou o deficiente sob sua guarda. Não se pode esquecer que se os cuidados com o deficiente e com o menor de 6

---

<sup>65</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p.174.

<sup>66</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p.179.

anos forem realizados por mais de uma pessoa, e uma delas for o preso, a existência de mais de um cuidador não retira a imprescindibilidade. Como visto anteriormente não é uma necessidade que possa ser suprimida por outra pessoa.

Nitidamente, o objetivo da prisão domiciliar do art. 318, III, do CPP, é não prejudicar a criança menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência em decorrência da decretação da prisão preventiva da pessoa indispensável aos seus cuidados. Trata-se de situação excepcional, tanto que o próprio legislador refere-se à imprescindibilidade do agente para os cuidados especiais.<sup>67</sup>

Conforme ensina Gustavo Henrique Badaró, há certa dificuldade teórica em definir o que seriam os cuidados especiais. No entanto, o autor explicita que: “cuidados especiais, para uma criança menor de 6 (seis) anos, são os cuidados que não decorrem das necessidades normais e ordinárias de tal faixa etária. Difícil definir, *a priori*, e fora dos casos de deficiência.”<sup>68</sup>

Sobre a quarta hipótese autorizadora, tem-se que a mulher grávida possui direito à conversão da prisão preventiva em domiciliar. A verificação dessa condição é facilmente atestável por exames médicos, ultrassonografias. Com essa proteção às mulheres grávidas, vislumbra-se a tentativa de tutela de uma condição de vulnerabilidade. A gravidez provoca tanto restrições físicas de mobilidade, como emocionais, em decorrência das alterações hormonais. O legislador reconheceu que a gestante, independentemente do tempo de gravidez, pode necessitar de cuidados especiais que não são oferecidos, como regra, nas cadeias públicas brasileiras, nem tampouco nas penitenciárias.<sup>69</sup>

É notório que também se busca a proteção da criança em gestação, que poderá se desenvolver em um ambiente mais calmo, com mais acesso a insumos necessários para

---

<sup>67</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador:JusPodivm, 2017, p.1024.

<sup>68</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p.178.

<sup>69</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 956.

seu regular crescimento. Em que pese a disposição legal facilmente perceptível, a jurisprudência, de modo equivocadamente, entendia que não havia ilegalidade na negativa da substituição da preventiva em domiciliar se não houvesse comprovação de que o estabelecimento prisional fosse inadequado para a gestante.

Essa posição foi alterada, recentemente, pelo STF, no julgamento do Habeas Corpus 143.641/SP, em que foi concedida a ordem que se denominou “habeas corpus coletivo”, para “determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças até 12 anos sob sua guarda ou pessoa com deficiência, listadas no processo pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição.”<sup>70</sup>

Nesse mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça, recentemente realizou uma pesquisa, intitulada “Saúde materno-infantil nas prisões”, em que constatou: “A vulnerabilidade social do grupo das mulheres presas, especialmente as mães que tiveram filhos na cadeia, também foi constatada pelo fato de 30% delas chefiarem suas famílias – 23% delas tinham famílias chefiadas pelas próprias mães. Praticamente metade delas (48%) não tinha concluído o ensino fundamental, ou seja, uma em cada duas mulheres presas entrevistadas estudou sete anos ou menos.”<sup>71</sup>

Ainda nessa linha, a pesquisa “Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional”, realizada na extensão do complexo Penitenciário de Salvador – Bahia, demonstrou que: “com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em

---

<sup>70</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p.175.

<sup>71</sup> [http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=85402:jovem-negra-emaesolteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-na-prisao&catid=813:cnj&Itemid=4640](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=85402:jovem-negra-emaesolteira-a-dramatica-situacao-de-quem-da-a-luz-na-prisao&catid=813:cnj&Itemid=4640), acesso em 04 de abril de 2019, às 12:37.

desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social.”<sup>72</sup>

Assim sendo, inadmissível a posição da doutrina e da jurisprudência que considera necessário demonstrar que inexistem condições adequadas hospitalares nos estabelecimentos prisionais, para que a conversão seja deferida. Trata-se de uma falácia acreditar que o sistema carcerário nacional dá conta de conceder condições adequadas às grávidas presas em condições cautelares.

Prosseguindo na análise das situações autorizadoras da conversão, visualiza-se que as duas últimas hipóteses foram inseridas pela Lei do Marco Legal da Primeira Infância, a Lei nº 13.257/2016 que buscou abranger situações outras que podem ensejar, concretamente, risco a filho menor de doze anos ou incapaz.<sup>73</sup>

A Primeira Infância, nome dado ao período que vai da concepção da criança até os seis anos de idade, é uma fase crucial no desenvolvimento infantil. Durante essa época, a criança estabelecerá seus primeiros vínculos afetivos, aprenderá regras de convivência e, pelas experiências vivenciadas até então, também desenvolverá habilidades para lidar com a complexidade de futuras situações. Deste modo, é na Primeira Infância que o ser humano é moldado.<sup>74</sup>

Sobre a quinta hipótese autorizadora, garante-se o direito à conversão para a mulher mãe de filho com até doze anos de idade incompletos. Nesses termos, para que ocorra a substituição é necessário que a mãe com os requisitos para decretação da prisão preventiva, apresente no momento de sua privação de liberdade, os documentos de identificação de seu filho atestando que este é menor de doze anos.

---

<sup>72</sup> SANTOS, Denise et al. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde.

<sup>73</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 956.

<sup>74</sup> <http://www.crianca.mppr.mp.br/2016/10/12602,37/>, visto em 04/04/2019, às 12:08.

Vale dizer, sendo mulher, com filho de até doze anos de idade incompletos, não se exige que ela seja a única responsável pelos cuidados daquele. Ela pode, então, contar com a ajuda de terceira pessoa, tal como o cônjuge, companheiro ou outro membro da família. No entanto, a necessidade deve ser comprovada com documentos que evidenciem, por exemplo, a residência comum da mulher relativamente ao seu filho de até doze anos. Também é intuitivo que a genitora presa deva ter condições jurídicas de exercer o poder familiar, sem incompatibilidades.<sup>75</sup>

A respeito das últimas duas hipóteses analisadas, da presa mulher gestante ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, a própria lei 13.769 de 2018 alterou o CPP para reconhecer que a substituição deve se operar obrigatoriamente quando a agente não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça ou não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente, como se denota do artigo transcrito:

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

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

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

Sobre a sexta hipótese autorizadora, garante-se a conversão ao preso homem que seja o único responsável por filho de até doze anos incompletos. Quanto ao homem, a lei é mais restritiva. Para que seja concedida a prisão domiciliar é indeclinável que ele seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos. As mesmas razões que expusemos quanto à adequação do estabelecimento feminino devem ser invocadas para o caso de ser homem o imputado.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 957.

<sup>76</sup> TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal, 2017, p. 957.



A respeito desta hipótese de conversão, Gustavo Henrique Badaró explica que: “mais do que imprescindível, o preso deverá ser absolutamente insubstituível, sendo a única pessoa que, sem o auxílio de qualquer outra, cuide do filho menor de 12 anos.”<sup>77</sup>

Tomando como base as hipóteses autorizadoras da conversão, se uma prisão preventiva for decretada em um momento que havia qualquer das situações supracitadas, a prisão deve ser considerada ilegal e a medida adequada para combatê-la é o relaxamento, na forma do que dispõe o artigo o artigo 5º, da CRFB, a seguir transcrito:

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

(...)

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

### **3.2 – Obrigatoriedade da Conversão.**

Nesse contexto, considerando as garantias individuais dos presos estudadas, bem como os limites constitucionais e legais da prisão supracitados, defende-se que a prisão preventiva nas hipóteses em que lei autorizar deve ser convertida em prisão domiciliar, não sendo uma faculdade do magistrado, mas sim, uma obrigação.

A conversão não pode ser uma faculdade, mas sim um dever, sob pena de abrir margens ao arbítrio e ao ativismo judicial exacerbado. Quando se fala em prisão, deve sempre ser buscada a máxima compatibilização entre o controle do direito de ir e vir e as outras garantias fundamentais da pessoa.

É nesse contexto que a prisão domiciliar cautelar deve ser entendida, ou seja, como uma medida de proteção do indivíduo que possuir objetivamente as hipóteses autorizadoras estudadas no capítulo anterior. Com efeito, haverá menos restrição de

---

<sup>77</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p. 179.

direitos fundamentais do acusado e ainda assim existirá uma situação de privação de liberdade.

Note-se que com a conversão não há nenhum prejuízo ao estado, o réu continua acautelado e privado de sua liberdade. Ao contrário, há um benefício, eis que ocorre uma desoneração das despesas que comumente decorrem do encarceramento.

Aprofundando o debate sobre a conversão, impõe ressaltar que existem divergências acerca da natureza da prisão domiciliar cautelar em relação a sua conversão. Discute-se sobre ser uma medida substitutiva ou alternativa à prisão preventiva.

Uma parte da doutrina considera que a prisão domiciliar é uma medida substitutiva em relação à prisão preventiva. Essa é a tese clássica defendida pela maioria da doutrina, tendo autores como Eugênio Pacelli defendendo a teoria, como se observa a seguir:

*“A prisão domiciliar, portanto, não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no art. 319. Ela somente será aplicada como substitutivo da prisão preventiva e desde que estejam presentes algumas das hipóteses arroladas no art. 318, CPP.” (p. 564)*

A substituição é defendida pela maior parte da doutrina em decorrência da leitura gramatical extraída do caput, do artigo 318 do Código de Processo Penal, que traz expressamente a previsão de que: “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar (...)”.

A esse respeito assevera Aury Lopes Júnior: “Assim como as demais medidas cautelares, é substitutiva da prisão preventiva, estando, portanto, submetida aos mesmos requisitos e princípios. Não se trata, por evidente, de uma nova modalidade de prisão

cautelar, mas apenas de uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no art. 318 do CPP.”<sup>78</sup>

Em contrapartida, há posição divergente e minoritária sobre o tema, que visa à maximização dos direitos fundamentais do acusado ou indiciado, autores como Andrey de Mendonça defendem que a prisão cautelar domiciliar seria uma medida alternativa à prisão, e que poderia ser aplicada antes mesmo da existência de uma prisão preventiva. Nas palavras do autor:

*“não há como negar que poderá o juiz, se entender cabível e adequada a medida, decretar a prisão domiciliar como medida alternativa à prisão preventiva, evitando a decretação desta.” (p.418)*

Na mesma linha de raciocínio, Pierpaolo Bottini assevera que a prisão domiciliar prevista no artigo 317, do Código de Processo Penal teria caráter autônomo podendo ser aplicada independentemente da pré-existência da prisão preventiva. Contudo, como visto anteriormente, essa não é a posição mais aceita. Até porque, se assim fosse, o legislador teria enunciado a prisão domiciliar como uma das hipóteses de medida alternativa à prisão, tal como fez no artigo 319, do Código de Processo Penal. Além disso, apesar de ser uma posição considerada mais garantista, não é aplicada nem adotada pelos Tribunais Superiores, como se verá adiante.

Não obstante a divergência doutrinária, o fato da prisão cautelar domiciliar não ser considerada uma medida alternativa à prisão preventiva não prejudica a obrigatoriedade da conversão, que se torna uma medida imperativa ao Magistrado, quando presentes os requisitos objetivos previstos no artigo 318, do CPP.

Defende-se que a prisão domiciliar seja sempre aplicada quando puder ser substituída por atender melhor aos parâmetros de aplicação das medidas cautelares e porque em outros momentos o legislador já utilizou a expressão “poderá”, quando o correto seria “deverá”.

---

<sup>78</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. Prisões Cautelares. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 4.

Esse fenômeno ocorreu com o livramento condicional previsto no artigo 83, do Código Penal, em que há previsão de que o Juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado, quando preencher certos requisitos objetivos e subjetivos. No entanto, ficou pacificado na jurisprudência que não se trata de uma faculdade do juiz, mas sim, de uma obrigação, criando um direito subjetivo para o condenado, é o que se observa no julgado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. EXECUÇÃO PENAL. ART. 111, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 7.210/1984. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA CONDENAÇÃO. NOVA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS EXECUTÓRIOS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. EXCEÇÃO. SÚMULA 441/STJ. 1. O livramento condicional é direito subjetivo do reeducando, sendo que, por ausência de previsão legal, a prática de falta disciplinar de natureza grave não interrompe o lapso para aferição do tempo devido ao deferimento de livramento condicional. (...) 4. Agravo regimental improvido. (STJ - AGINT NO RESP 1651383 / MS 2017/0021153-9. Data da Publicação:15/05/2017. Órgão Julgador:T6 - SEXTA TURMA. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR)

Utilizando o entendimento supracitado de modo analógico, o réu também teria o direito subjetivo da conversão, quando presentes os requisitos da prisão domiciliar, independente da previsão do Código de que seria uma faculdade do juiz. Essa é também a posição defendida por Gustavo Henrique Badaró, como se observa a seguir:

“Embora o art. 318 utilize o verbo “poderá”, é de considerar que, demonstrada a hipótese de incidência do art. 318 (p. ex.: a mãe ser gestante ou ter filho de até 12 anos), o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar”. Ou seja, deve-se ler o “poderá” como “deverá”.<sup>79</sup>

O autor também constatou que: “nada impede que, desde que no momento em que se decreta a prisão preventiva, o juiz determine o seu cumprimento em prisão domiciliar, caso a hipótese legal já esteja demonstrada (por exemplo, se no inquérito policial já houve cópia da certidão de nascimento ou de documento de identidade, comprobatório de que o investigado é maior de 80 anos).<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p.180

<sup>80</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, E-book, p.180.

Corroborando a tese da obrigatoriedade da conversão, outros doutrinadores também se alinham à posição, é o que se depreende do trecho extraído da obra *Processo Penal Cautelar* de André Luiz Nicolitt, a seguir transcrito:

“Com efeito, sendo a medida típica e o sistema cautelar regido por princípio de adequação, necessidade, proporcionalidade, observando uma gradação, nada obsta, a nosso sentir, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar em outras situações, além das previstas no art. 318 do CPP. Na verdade, o art. 318 nos parece mais uma barreira, no sentido de que naquelas situações (maior de 80 anos; cuidados com menor de seis anos e gestante a partir do 7.º mês) nunca poderá ser imposta prisão preventiva, senão na modalidade domiciliar, sem, contudo, amarrar o magistrado, impossibilitando-o de efetuar a substituição em outros casos que entender adequado.”

Sobre a matéria, existem alguns tímidos posicionamentos do STF, reafirmando o dever do magistrado na conversão. Na jurisprudência: STF: ‘Em nosso sistema, notadamente a partir da Lei 12.403/2011, que deu nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal, o juiz tem não só o poder, mas o dever de substituir a prisão cautelar por outras medidas sempre que se revestirem de aptidão processual semelhante. Impõe-se ao julgador, assim, não perder de vista a proporcionalidade da medida cautelar a ser aplicada no caso, levando em conta, conforme reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Corte, que a prisão é medida extrema que somente se legitima quando ineficazes todas as demais (HC 106446, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 209/09/2011; HC 114098, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 12/12/2012).

Em oposição à tese aqui defendida, setores da doutrina e a maioria da jurisprudência sustentam que em decorrência do poder geral de cautela do Magistrado, ele não poderia ser obrigado a converter a prisão preventiva em domiciliar. A jurisprudência também está alinhada com esse entendimento. É o que se observa no posicionamento adotado pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Habeas Corpus nº 351.494/SP, julgado em 10 de março de 2016:

“A despeito da benfazeja legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro, com o mesmo raciocínio que imprime ao relatar o HC n. 291.439/SP (DJe 11/6/2014), de que o uso do verbo 'poderá', no caput do art. 318 do CPP, não deve ser interpretado com a semântica que lhe dão certos setores da doutrina, para os quais seria 'dever' do juiz determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar ante a verificação das condições objetivas previstas em lei.

Reafirmo que semelhante interpretação acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. Outrossim, importaria em assegurar a praticamente

toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema.” (trecho do voto do Min. Rogério Schietti Cruz, p. 03)

Nota-se que os Tribunais reconhecem que a intenção do legislador ao estabelecer a prisão cautelar domiciliar era harmonizar a prisão preventiva com os parâmetros principiológicos estudados. No entanto, preferem não estar obrigados pela legislação nem pelo contexto citado que permite a clara conclusão de que há um dever do juiz em converter a prisão preventiva em domiciliar.

Ademais, também se observa em outros julgamentos sobre restrição de direitos fundamentais que estes prevalecem. Contudo, em se tratando de sistema carcerário, como são presos, em sua maioria, setores marginalizados da sociedade, não há interesse que essa parte da população tenha acesso a suas garantias fundamentais.

Considerando os fatos citados, vale destacar que não se pode cogitar em matéria criminal de um ‘poder geral de cautela’, por meio do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação da liberdade, é imprescindível a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à ‘legalidade da inteira repressão’, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta”.<sup>81</sup>

A respeito do poder geral de cautela, este se pretende como uma construção doutrinária da teoria geral do processo unitária. Por esta teoria entende-se que há uma unidade entre o processo civil, que consagra o poder geral de cautela do magistrado, e o processo penal. A problemática e, conseqüentemente, a refutação à concepção teórica

---

<sup>81</sup> MAGALHÃES, Gomes Filho. Presunção de inocência e prisão cautelar. 1991, São Paulo, Ed: Saraiva, p. 57.

unitária da seara processual, paira em torno das diferenças epistemológicas, conceituais, estruturais, funcionais e práticas que compõem cada área Processual.<sup>82</sup>

Ocorre que o processo civil tem seu próprio conteúdo substancial, enquanto o processo penal possui matéria totalmente diversa, lidando com a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais dos indivíduos. O processo penal legitima a limitação das garantias que acobertam a população, portanto, não pode ser tratado com um ramo único em relação ao processo civil.

A forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu. É crucial para compreensão do tema o conceito de *fattispecie giuridica processuale*, isto é, o conceito de tipicidade processual e de tipo processual, pois forma é garantia. Isso mostra, novamente, a insustentabilidade de uma teoria unitária, infelizmente tão arraigada na doutrina e jurisprudência brasileiras, pois não existe conceito similar no processo civil.<sup>83</sup>

No processo civil, explica CALAMANDREI, é reconhecido o poder geral de cautela (*potere cautelare generale*) confiado aos juízes, em virtude do qual eles podem, sempre, onde se manifeste a possibilidade de um dano que deriva do atraso de um procedimento principal, providenciar de modo preventivo a eliminar o perigo, utilizando a forma e o meio que considerem oportunos e apropriados ao caso. Significa dizer que o juiz cível possui amplo poder de lançar mão de medidas de cunho acautelatório, mesmo sendo atípicas as medidas, para efetivar a tutela cautelar. Tanto que o processo civil, além das medidas de antecipação da tutela, consagra um rol de medidas cautelares nominadas e a aceitação das medidas inominadas, em nome do poder geral de cautela.

Por outro lado, no processo penal não possui o juiz criminal um poder geral de cautela. No processo penal, forma é garantia. Logo, não há espaço para “poderes gerais”, pois todo poder é estritamente vinculado a limites e à forma legal. O processo penal é um instrumento limitador do poder punitivo estatal, de modo que ele somente pode ser exercido e legitimado a partir do estrito respeito às regras do devido processo.

---

<sup>82</sup> <https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-geral-do-processo/>, visto em 03/04/2019 às 14:31.

<sup>83</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1, item 2.3.

<sup>84</sup>E, nesse contexto, o princípio da legalidade é fundante de todas as atividades desenvolvidas, haja vista que o *due process of law* estrutura-se a partir da legalidade e emana daí seu poder.<sup>85</sup>

Desse modo, inaplicáveis as disposições processuais civis sobre o poder geral de cautela do Magistrado ao processo penal, sobretudo, para fundamentar a restrição de direitos fundamentais do indivíduo.

---

<sup>84</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1, item 2.3.

<sup>85</sup> JÚNIOR, Aury Lopes. *Prisões Cautelares*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, E-book, capítulo 1, item 2.3.



#### Capítulo IV – O Papel do Supremo Tribunal Federal na Conversão.

Ao longo desse estudo, foi construído um arcabouço teórico, baseado na maximização dos direitos constitucionais do indivíduo que se encontra preso provisoriamente, bem como nas limitações à prisão, de modo que fosse possível visualizar a obrigatoriedade da conversão da prisão preventiva em domiciliar, como uma forma de combater a cultura do encarceramento cautelar e provocar uma menor restrição sobre a liberdade do preso.

O parâmetro utilizado para obtenção da tese citada foi a leitura constitucional dos artigos do Código de Processo Penal que dispõem sobre a substituição da prisão preventiva por domiciliar, bem como das hipóteses em que se admite.

No entanto, tal esforço argumentativo precisa estar aliado em algum grau à prática jurídica. É preciso questionar se os juízes utilizam as ferramentas de redução da limitação às liberdades do indivíduo. Sobre essa questão, Fernando da Costa Tourinho Filho aponta brilhantemente que:

“Concedeu-se ao Juiz uma série de medidas cautelares de natureza pessoal, e o sucesso dessas providências tomadas pelo legislador vai depender, e muito, da maior ou menor sensibilidade do Magistrado. Certamente não haverá maiores problemas para aqueles que ingressaram na Magistratura por vocação.”<sup>86</sup>

De fato, os instrumentos para desestimular o cárcere provisório estão presentes na legislação, mas se houver distanciamento na aplicação destes pelo Poder Judiciário, nada pode ser alterado no sistema penitenciário e no “estado de coisas inconstitucional” em que se encontram os presídios na atualidade.

Por tais razões, se defende a conversão obrigatória da prisão preventiva em domiciliar, apesar da disposição do artigo 318, do Código de Processo Penal, que prevê ser a conversão uma possibilidade, a critério do julgador.

---

<sup>86</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 430.

Isso porque conferir margem de liberdade ao julgador acaba implicando em arbitrariedades, faz-se necessária uma limitação da atuação judicial, sobretudo em matéria penal. Para analisar se a obrigatoriedade da conversão vem sendo aplicada em alguma medida, toma-se como base algumas jurisprudências recentes do Supremo Tribunal Federal.

Tal Corte foi escolhida como parâmetro porque defende-se que a obrigatoriedade decorre de uma leitura constitucional de dispositivos processuais penais. Como no Brasil é o STF que detém responsabilidade sobre a defesa e interpretação final sobre os direitos e garantias do indivíduo, é preciso analisar em que proporção a tese aqui defendida já foi enfrentada ou se é acolhida.

Tomando como base alguns precedentes recentes do referido Tribunal, especialmente da Segunda Turma, observa-se que somente em dois casos entendeu-se que a conversão deve ser obrigatória. São as hipóteses de prisão preventiva das mulheres grávidas ou com filhos menores de 12 anos, previstas nos artigos 318, IV, V, do CPP.

Ainda que existam seis hipóteses de conversão somente em duas delas foi reconhecida como obrigatória, evidenciando uma posição ainda conservadora e resistente do Poder Judiciário em relação à aplicação obrigatória da prisão domiciliar, nas hipóteses em que se admite.

Com relação à hipótese em que se entendeu ser obrigatória a conversão, o tema foi amplamente debatido com a sociedade civil, tendo sido ouvida a opinião de diversos especialistas na matéria, sob a forma de “amicus curiae”. No debate, se entendeu que a manutenção preventiva da prisão na hipótese narrada violava os direitos humanos internacionais e nacionais das mulheres presas e de seus filhos, bem como o Estatuto da Primeira Infância.

A decisão é emblemática e foi proferida em um *habeas corpus* coletivo impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, tendo sido concedida a ordem para determinar, de forma obrigatória, a conversão da prisão preventiva em domiciliar, é o que se observa na ementa acostada, senão vejamos:

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 PRÉNATAL 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. Existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis. II – Conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico, conhecida como doutrina brasileira do habeas corpus. III – Entendimento que se amolda ao disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, o qual outorga aos juízes e tribunais competência para expedir, de ofício, ordem de habeas corpus, quando no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal. IV – Compreensão que se harmoniza também com o previsto no art. 580 do CPP, que faculta a extensão da ordem a todos que se encontram na mesma situação processual. V - Tramitação de mais de 100 milhões de processos no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, a qual exige que o STF prestigie remédios processuais de natureza coletiva para emprestar a máxima eficácia ao mandamento constitucional da razoável duração do processo e ao princípio universal da efetividade da prestação jurisdicional VI - A legitimidade ativa do habeas corpus coletivo, a princípio, deve ser reservada àqueles listados no art. 12 da Lei 13.300/2016, por analogia ao que dispõe a legislação referente ao mandado de injunção coletivo. VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante

que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima. (STF. HC 143641 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS COLETIVO. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 24/10/2018. órgão Julgador: Segunda Turma)

O entendimento adotado nessa decisão coletiva utilizou como fundamentos: o combate à cultura do encarceramento provisório, o estado de coisas inconstitucional dos presídios, a proteção da mãe e da primeira infância dos filhos e de seus direitos fundamentais, para determinar que todas as mulheres grávidas, ou mães de filhos menores de 12 anos presas preventivamente sejam colocadas em prisão domiciliar.

Com esse precedente, a prisão cautelar domiciliar não foi tratada como uma medida subsidiária em relação à prisão preventiva, senão como o legislador a idealizou,

de modo autônomo. Também é possível observar que a conversão não foi avaliada como uma faculdade do julgador, mas sim, como um direito subjetivo das presas que reúnem as condições. Em oposição ao que defende setores menos garantistas da doutrina, de que seria uma faculdade do juiz.

A determinação judicial fora proferida em sede de controle difuso, e por tal razão sem efeitos vinculantes, conquanto o STF estabeleceu efeitos ultrapartes na decisão para que fosse possível atingir todas as presas nas condições mencionadas.

A despeito de não se tratar de entendimento com efeitos erga omnes, ou seja, de observância obrigatória por todos os juízes e Tribunais, a decisão vem sendo reverberada e aplicada para todos os casos, sobretudo, pela Segunda Turma do STF, que proferiu a decisão no HC coletivo. Tal conclusão pode ser observada no julgado a seguir transcrito:

Agravo regimental em habeas corpus. 2. Crimes de roubo, receptação, cárcere privado, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Prisão preventiva. 3. Jurisprudência do STF consolidada no sentido de ser idônea a prisão decretada para resguardo da ordem pública considerada a gravidade concreta dos crimes. Custódia cautelar justificada. 4. Paciente mãe de 2 filhos menores de 12 anos. No julgamento do HC coletivo (143.641/SP), a Segunda Turma do STF determinou a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar às mulheres encarceradas que estejam gestantes ou sejam mães de filhos menores de 12 anos, salvo quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, ou estejam em causa crimes praticados contra os próprios descendentes da agente ou quando as circunstâncias concretas desautorizarem a substituição. As peculiaridades do caso desautorizam o benefício pretendido. Ordem denegada. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental desprovido. (STF. HC 162182 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 05/04/2019. Órgão Julgador: Segunda Turma)

Como consequência das posições judiciais acima observadas, infere-se de modo tímido um grau de aplicabilidade mínimo da posição aqui defendida acerca da obrigatoriedade da conversão prisão preventiva em domiciliar. Em razão das hipóteses de admissibilidade serem carregadas de um viés humanitário certamente o debate sobre a obrigatoriedade será novamente posto em tela.

Não obstante o avanço supracitado trata-se de suposição isolada em que se determinou de modo obrigatório a conversão da prisão preventiva em domiciliar. Nas demais hipóteses em que esta é admitida, a conversão não é operada, mantendo-se a cultura do encarceramento provisório.

Na verdade, analisando os precedentes do STF, o que acaba ocorrendo é a criação de novos requisitos, além dos legalmente previstos, em flagrante violação ao princípio da legalidade. Ressalte-se que os únicos pressupostos admitidos para que se opere a conversão são aqueles que permitem a decretação da prisão preventiva, cumulados com as hipóteses de admissibilidade da conversão. No entanto, não é essa posição que vem sendo aplicada pelo STF, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE CUMPRIMENTO DA PRISÃO EM REGIME DOMICILIAR NEGADO. EXCESSO DE PRAZO. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Não há violação ao princípio da colegialidade quando o relator, utilizando-se da faculdade conferida pelo art. 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nega seguimento a pedido manifestamente inadmissível, improcedente ou contrário à jurisprudência dominante ou a Súmula do Tribunal. 2. A justa causa é exigência legal para o recebimento da denúncia, instauração e processamento da ação penal, nos termos do artigo 395, III, do Código de Processo Penal, e consubstancia-se pela somatória de três componentes essenciais: (a) TIPICIDADE (adequação de uma conduta fática a um tipo penal); (b) PUNIBILIDADE (além de típica, a conduta precisa ser punível, ou seja, não existir quaisquer das causas extintivas da punibilidade); e (c) VIABILIDADE (existência de fundados indícios de autoria). 3. A exordial narrou de forma objetiva a conduta atribuída à paciente, adequando-a, em tese, aos tipos descritos na peça acusatória, circunstância apta a permitir o pleno exercício do direito de defesa. Ademais, conforme entendimento chancelado pelo STJ, há indicação dos elementos indiciários mínimos, com destaque para as circunstâncias de que TÂNIA CRISTINA LIMA DE MOURA e terceiro identificado por ora apenas como Fabrício conversam sobre esquematizar tráfico de drogas com conexão em cidades do Estado de São Paulo, tanto de maconha ('verdinha') como cocaína ('pó'); [c]onforme carta encontrada em sua residência (também constante no material apreendido), TÂNIA CRISTINA LIMA DE MOURA mantém contato com o guerrilheiro Maurício Hernandez Norambuena, um dos autores do sequestro do publicitário Washington Olivetto; e foi encontrado em seu poder manuscrito sobre 'Abuso de Poder contra os presidiários', do Primeiro Comando da Capital. 4. O recebimento da peça acusatória não representa cognição exauriente sobre os fatos, mas mero juízo de delibação quanto à existência de crime e indício mínimo de autoria. Precedentes. 5. Prisão preventiva devidamente fundamentada na necessidade da custódia para resguardar a ordem pública, notadamente em razão da periculosidade da agente, da gravidade concreta dos delitos que lhe foram imputados e da existência de fortes indícios, segundo ressaltaram as instâncias ordinárias, de que seria integrante do Primeiro Comando da Capital (PCC). 6. Avaliado o caso concreto, entenderam as instâncias

antecedentes não haver elementos nos autos que indiquem que o estado de saúde da Paciente seja grave e de que não esteja recebendo tratamento da sua moléstia no estabelecimento prisional, bem como de que a Paciente é imprescindível aos cuidados de seu neto, situação a obstar a pretendida substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Não cabe, assim, falar em flagrante ilegalidade na decisão ora combatida. 7. O ato impugnado não enfrentou a alegação de retardo no andamento do feito, de modo que é inviável a esta SUPREMA CORTE conhecer dela originariamente, sob pena de indevida supressão de instância e violação das regras constitucionais de repartição de competências. Precedentes. De todo modo, o período de trâmite retratado nestes autos não revela quadro de flagrante omissão ilegal imputável ao Poder Judiciário, ante a pluralidade de réus, a complexidade e a natureza da causa. 8. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF. HC 167549 AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL. AG.REG. NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 22/03/2019. Órgão Julgador: Primeira Turma)

Neste julgado, o Ministro Alexandre de Moraes não converteu a prisão preventiva em domiciliar, requerida com fundamento nos artigos 318, II e III do CPP. Segundo o relator, não restou demonstrado que a presa possuía moléstia grave, nem que não estava sendo atendida no estabelecimento prisional, ou que seria responsável pelos cuidados de seu neto.

De fato, como já enfrentado no capítulo anterior quando se deseja denegar direitos, o melhor caminho é criar requisitos. Assim, se foi demonstrado que a presa possui moléstia grave, cabe ao estabelecimento prisional demonstrar que está prestando o devido auxílio e não ao preso, sob pena de ser impossível fazer tal prova. Até porque essa demonstração não é exigida pela lei, o artigo 318, do CPP não prevê tal imposição.

Desse modo, não cabe ao requerente da conversão fazer prova da realização de tratamentos pelo estabelecimento prisional. Nessa decisão, observa-se clara criação judicial de requisito não expresso na lei. A estipulação de requisitos além dos que já estão previstos representa denegação do direito à conversão. Como já visto, é difícil fazer prova das hipóteses em que se admite a prisão domiciliar porque não são claramente delimitados pelo legislador, deixando margem de interpretação ao julgador, que não pode ser utilizada para criação de outras disposições.

Em outra decisão, o ministro Alexandre de Moraes também denegou a conversão sob o fundamento de que “a prisão domiciliar não tem aplicação irrestrita ou

automática”. Além disso, entendeu que a gravidade do crime não autorizaria a incidência da prisão domiciliar. Esse é o teor da decisão aqui acostada:

AGRAVO REGIMENTAL HABEAS CORPUS. PECULATO (ART. 312, CP); FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR (ART. 298, CP); FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, CP); USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304, CP); LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, CAPUT, DA LEI 9.613/1998) E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, CAPUT, C/C § 4º, DA LEI Nº 12.850/2013). PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR PRISÃO DOMICILIAR. MEDIDA NÃO RECOMENDADA DIANTE DA GRAVIDADE DOS FATOS IMPUTADOS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. A decisão que determinou a segregação cautelar apresenta fundamentação jurídica idônea, já que lastreada nas circunstâncias do caso para resguardar a ordem pública, porque a agravante foi apontada como integrante de organização criminosa voltada para prática de crimes contra recursos da saúde pública municipal. A prisão preventiva também se justifica para conveniência da instrução criminal, em razão do fundado receio de que possa constringer pessoas relevantes para a apuração dos fatos. 2. A regra prevista no art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal não implica reconhecer que a prisão domiciliar tem aplicação irrestrita ou automática. Na espécie, os graves fatos imputados à agravante não revelam quadro apto a justificar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. 3. A controvérsia acerca do excesso de prazo da prisão preventiva não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça e, portanto, qualquer juízo desta CORTE sobre a matéria implicaria supressão de instância, o que não é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF. HC 153528 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 29/06/2018. Órgão Julgador: Primeira Turma)

Com esse entendimento, vislumbra-se uma total oposição à tese aqui defendida de que a conversão deve se operar de modo obrigatório. O ministro afirmou explicitamente que a prisão domiciliar não tem aplicação automática, negando eficácia à disposição prevista no artigo 318-A, do CPP que prevê a obrigatoriedade da substituição, sob fundamentos não previstos na lei, baseados na gravidade abstrata do delito e na necessidade da prisão preventiva para conveniência da instrução criminal.

Ainda, impõe ressaltar que o Magistrado sequer enfrentou a hipótese que fundamentava o requerimento de conversão, qual seja a do artigo 318, V, do CPP, que é uma situação acobertada pela obrigatoriedade da substituição. Além de se tratar de hipótese para a qual já existia o entendimento de que as presas nessa condição deveriam ser colocadas obrigatoriamente em prisão domiciliar, conforme o HC coletivo já analisado.



Nesses termos, é possível visualizar que a Primeira Turma do STF é mais resistente na aplicação de teses que buscam maximizar os direitos fundamentais do acusado, em relação à Segunda Turma do mesmo Tribunal. Assim, em que pese a existência do HC coletivo que entende como obrigatória apenas duas hipóteses de conversão, esta obrigatoriedade é aplicada conforme a Turma do STF que analisa o requerimento.

Por tais razões, é possível visualizar que em certa medida a conversão obrigatória da prisão preventiva em domiciliar é denegada na maioria das vezes. Entretanto, o fundamento da denegação geralmente não se coaduna com a legislação. De outro lado, em duas hipóteses, a Primeira Turma do STF entendeu como obrigatória a conversão para as situações previstas no artigo 318, IV e V, do CPP e vêm reverberando a aplicação obrigatória da conversão.

## Conclusão

Partindo da premissa empiricamente demonstrada da superpopulação carcerária do Brasil, verificou-se a existência de um estado de coisas inconstitucional nos presídios nacionais, sobretudo, pelo fato da imensa maioria dessas prisões possuírem natureza cautelar. As prisões cautelares a uma primeira vista esbarram em uma série de garantias constitucionais, no entanto, são toleradas pelo ordenamento para assegurar a tutela que resultará do processo criminal.

O sistema cautelar é necessário em um estado democrático de direito visto que o estado é titular do *ius puniendi* e tem o dever de apresentar uma resposta à sociedade na repressão de crimes. Em contraposição, o indivíduo que suportará as medidas cautelares possui arcabouço de direitos e garantias com a finalidade de evitar arbitrariedade e a ingerência estatal, sob pena do acautelado se tornar um inimigo do estado.

No processo penal nacional, o sistema cautelar não contava com ferramentas hábeis a propor medidas contra o encarceramento. Não havia opção para o réu que respondesse a uma ação penal que corresse risco de não atingir o resultado útil pretendido pela persecução.

O acusado ficava preso preventivamente ou era colocado em liberdade provisória, configurando um sistema cautelar bipolarizado. O encarceramento precoce decorre de uma prisão sem pena que não é determinada com fundamento em uma sentença penal condenatória transitada em julgada. Essa modalidade de prisão esbarra nas garantias individuais do indivíduo, gerando os presos provisórios, que, atualmente contribuem para formação de uma superpopulação presidiária.

Levando em conta tais premissas, o legislador propõe uma série de medidas que pudessem frear essa política criminal que não resolve os problemas da criminalidade.

Surge, então, a Lei 12.403/2011 que pretende reformular o sistema cautelar, de modo a tentar conciliar tais medidas restritivas com os direitos fundamentais do acautelado.

Era necessário que fossem atendidas, de modo mais efetivo e concreto, garantias do preso provisório, que ainda não é um culpado para a sociedade, como a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a excepcionalidade, a motivação, a duração razoável do processo, a proporcionalidade. Bem como, os pressupostos de decretação de uma prisão preventiva.

Em que pese o intento legislativo foi possível observar que a prisão preventiva ainda continua sendo a medida cautelar decretada na imensa maioria dos casos. Diante desse cenário, ganha destaque a prisão cautelar domiciliar, que já era um instituto conhecido na Lei de Execuções Penais, mas com a reforma do sistema cautelar, se tornou uma medida genuinamente cautelar.

A prisão domiciliar foi estabelecida como uma medida substitutiva da prisão preventiva, por tal razão se defendeu que nas hipóteses previstas no CPP, o juiz deve operar a conversão obrigatória da preventiva em domiciliar. Tal espectro decorre do caráter humanitário dessa medida, bem como da maximização dos direitos individuais do preso, ao caráter excepcional da preventiva e do interesse ao poder público, visto que o réu encontra-se preso, no entanto, sem custos de alimentação, saúde, integridade física ao estado.

Esta construção foi obtida por meio de uma leitura constitucional dos dispositivos processuais penais, bem como do reconhecimento da obrigatoriedade da concessão do livramento condicional, que dispunha assim como na conversão se tratar de uma faculdade do juiz. Outrossim, não se pode em matéria criminal conferir tamanha discricionariedade ao magistrado, sob pena da ocorrência de arbitrariedades, como visto, não se pode falar em falar em um poder geral de cautela que existe em âmbito cível.

Analisando os entendimentos do STF, para verificar em que medida se aplica de modo obrigatório a conversão, foi possível verificar que tal tese é aplicada em alguma medida pelo Tribunal. A primeira turma reconhece como obrigatória a conversão tão somente no que tange às situações de mulher grávida e mãe com filho de até 12 anos incompletos. Já a segunda turma não reconhece a obrigatoriedade e ainda apresenta novos requisitos para manutenção da prisão preventiva como a gravidade abstrata do delito e a ausência de tratamento médico em instituições penitenciárias.

De fato, a conversão obrigatória pode não resolver em um primeiro momento as violações que decorrem da decretação de uma prisão preventiva para um preso provisório. No entanto, diante da situação em que se encontra o sistema carcerário nacional, bem como da fragilidade natural que acoberta o preso que faz jus à conversão, tal hipótese apresenta-se adequada.

## Referências Bibliográficas

ALVES, Moreira Barreto Leonardo. *Processo Penal Procedimentos, Nulidades, Recursos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, E-book, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BRASIL. Presidência da República. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>.

BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*. 5. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Pádova: Cedam, 1936.

CARVALHO, Salo. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed., ver. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CRUZ, Rogerio Schietti. *Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas*. 3. Ed. São Paulo: Editora: JusPodivm, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual penal*. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. *Prisões Cautelares*. São Paulo. 5. Ed. São Paulo: Saraiva. E-book, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. *Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, tradução de Fauzi Hassan Choukr. 2002.

MENDONÇA, Andrey de Borges. *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*. São Paulo: Editora Método, 2011.

NETTO, André L. Borges. A RAZOABILIDADE CONSTITUCIONAL (*o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos*), Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto Nº 12 - MAIO/2000, extraído do site: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 10/02/2019.

NICOLITT, André Luiz. *Processo Penal Cautelar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. *A cultura do encarceramento e a segurança pública brasileira*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40317/a-cultura-do-encarceramento-e-a-seguranca-publica>- Acesso em 28/03/2019.

PACELLI, Eugênio e FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ROIG, Rogério Duque Estrada. *Execução Penal teoria crítica*. São Paulo. Editora: Saraiva, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, volume 3. 34 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar de. *Curso de Direito Processual Penal*. 13. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.