

PRISÃO CAUTELAR DOMICILIAR SUBSTITUTIVA DA PRISÃO PREVENTIVA: ANÁLISE DOS REQUISITOS AUTORIZADORES

Rayssa Lopes Braga

Universidade Federal de Campina Grande/UFPG, rlbragaadv@gmail.com.

Resumo: O presente trabalho propõe-se a investigar a prisão cautelar domiciliar e as suas possibilidades de substituição da prisão preventiva, hipóteses estas previstas no art. 318 do Código de Processo Penal, incluindo os incisos IV, V e VI que foram acrescentados recentemente pela Lei nº 13.257/2016. Por meio de uma pesquisa fundamentada no método de abordagem hipotético-dedutivo, propõe-se apresentar a faculdade do juiz de julgar cada caso concreto para a aplicação ou não da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. O escopo das hipóteses elencadas no CPP é de em determinadas situações especiais que fogem da normalidade dos casos, restringir cautelarmente a liberdade do autor de um delito em razão da prisão preventiva, sem submetê-los ao sistema carcerário, possibilitando que este tenha sua liberdade restrita ao âmbito de sua residência. Consequentemente, diminuindo a quantidade de presos provisórios no cárcere brasileiro, bem como desonerando os cofres públicos. Buscar-se-á na presente pesquisa o estudo do rol taxativamente previsto no art. 318 do CPP e demonstrar que o juiz tem a faculdade para decidir cada caso específico, de admitir ou não a substituição da prisão preventiva.

Palavras-chave: Prisão domiciliar, Substitutiva, Prisão preventiva, Faculdade, Juiz.

1 INTRODUÇÃO

A prisão domiciliar, como indica a denominação, é a possibilidade de que o autor de um delito tenha sua liberdade restrita ao âmbito de sua residência. Esta espécie de privação de liberdade pode ser de natureza cautelar, bem como pode representar uma forma de cumprimento de pena. A prisão em domicílio era prevista apenas no art. 117 da Lei de Execuções Penais enquanto prisão pena. A reforma de 2011, pela Lei nº 12.403/11 acrescentou ao Código de Processo Penal uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, a chamada prisão domiciliar.

O art. 318 do CPP prevê de modo taxativo quem pode ser beneficiado com a substituição da prisão preventiva em domiciliar, quais sejam: I- quando o agente for maior de 80 (oitenta) anos; II- extremamente debilitado por motivo de doença grave; III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV- gestante; V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI- homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho menor de 12 (doze) anos de idade.

A substituição na maneira de cumprir a prisão preventiva tem como vantagens evitar submeter presos cautelares com condições especiais às mazelas do sistema carcerário, bem como

reduzir a quantidade de presos provisórios e as despesas do Estado advindas de antecipado encarceramento.

Essa medida de substituição é sempre decretada por ordem judicial, e é de fundamental importância estudar caso a caso, para demonstrar se a substituição é medida adequada à situação concreta, se a existência de um dos pressupostos indicados no art. 318 do CPP, isoladamente considerado, assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva em domiciliar, e se ao juiz é uma faculdade ou um dever conceder tal direito.

2 METODOLOGIA

O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, que consiste em uma discussão crítica sobre os fatos, a fim de construir hipóteses, partindo-se da análise dos artigos no Código de Processo Penal que tratam da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar confrontando com o estudo de casos concretos na jurisprudência dos nossos tribunais pátrios.

A pesquisa explicativa foi utilizada, pois é necessário identificar, analisar e explicar as hipóteses taxativamente previstas no CPP, bem como a faculdade do juiz em analisar o direito subjetivo e conceder tal substituição.

Como método de procedimento foi adotado o monográfico que consiste numa investigação de casos estudados em profundidade, porque a partir do estudo específico de casos concretos será possível a explicação da jurisprudência utilizada pelo ordenamento jurídico dos tribunais.

Por fim, como técnica de pesquisa foi adotada o método de pesquisa em análise de documentação direta e indireta.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

A prisão domiciliar está elencada no art. 317 do CPP, o qual preceitua que consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Os eminentes juristas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar assim relatam a respeito da prisão domiciliar:

A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial

(para os acusados que detêm essa prerrogativa por força da lei), em razão de condições especiais, mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.940)

Neste mesmo sentido, Eugenio Pacelli (2014) afirma que a prisão domiciliar, prevista no art. 317 do CPP, determina o recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, dali não podendo ausentar-se senão por meio de autorização judicial expressa.

É importante esclarecer que a prisão domiciliar não é, por evidência, uma nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas uma forma especial de cumprir a prisão preventiva, restrita aos casos estabelecidos no art. 318 do CPP, desde que comprovada a inconveniência ou a desnecessidade de manter o indigitado recolhido em cárcere, sendo necessário demonstrar que a medida é adequada e suficiente para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, do regular andamento da instrução criminal e da futura aplicação da lei penal. Portanto, a prisão em domicílio tem o caráter de medida provisória, de cunho processual, precário, cautelar e não se inclui como alternativa à prisão preventiva, tal como ocorre com as medidas previstas no art. 319 do CPP.

O Código de Processo Penal prevê que:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:
I- maior de 80 (oitenta) anos;
II- extremamente debilitado por motivo de doença grave;
III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
IV- gestante; (incluído pela Lei nº 13.257/16).
V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (incluído pela Lei nº 13.257/16).
VI- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”. (incluído pela Lei nº 13.257/16).

A alteração e acréscimos feitos ao art. 318 do CPP encontram suporte no próprio fundamento que subjaz à Lei nº 13.257/2016, notadamente a garantia do desenvolvimento infantil integral, com o “fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância” (art. 14, §1º).

O dispositivo legal acima aludido trata de hipóteses verdadeiramente humanitárias, guardando enorme semelhança com o já disposto no art. 117 da Lei de Execução Penal, que disciplina a prisão domiciliar para o apenado que cumpre pena em regime aberto.

Numa análise inicial do art. 318 do CPP foi constatado que, embora exista entendimento no sentido de que o verbete do “pode”, no *caput* do dispositivo, mereça ser interpretado como imposição de um verdadeiro dever do magistrado de substituir a prisão preventiva decretada por uma prisão domiciliar caso objetivamente atendida uma das hipóteses constantes dos seus doravante

seis incisos, prevalece a posição que exige que não só a aferição da hipótese legal, mas também um juízo valorativo a respeito da adequação, necessidade e suficiência da substituição.

Em outras palavras, o mero enquadramento do agente numa das hipóteses elencadas nesse artigo do CPP, não autoriza, de forma automática, o deferimento da benesse da prisão domiciliar. É preciso, constatar o atendimento ao que dispõe a literalidade do dispositivo, buscar elementos no caso concreto que reforçam o entendimento de que a substituição da prisão se mostra realmente adequada, necessária e suficiente.

Alexandre Cebiran e Victor Gonçalves, em comentário sobre a prerrogativa conferida ao julgado de conceder a intitulada prisão preventiva domiciliar no caso do inciso II do art. 318 do CPP, mas com argumentação extensível à totalidade dos incisos, com os devidos ajustes, assim contextualizam a temática:

De ver-se, entretanto, que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar constitui mera faculdade do juiz, não sendo obrigatória. Com efeito deve sempre prevalecer a defesa da coletividade em detrimento das pretensões particulares, de modo que não é aceitável que o indiciado ou réu como considerável periculosidade possa usufruir, automaticamente, do benefício em questão, durante o tramitar das investigações ou da ação, apenas pelo fato de ser responsável por menor de 6 anos ou pessoa deficiente (...). Se a prisão domiciliar fosse obrigatória em tais casos, o agente teria uma espécie de imunidade. É claro, portanto, que os juízes devem interpretar tal dispositivo com cautela, recordando-se sempre que é dever do Estado proteger a sociedade, uma vez que o constituinte consagrou no art. 5º, caput, da Carta Magna o direito à vida, à segurança, à liberdade etc. Dessa forma, conclui-se que o criminoso responsável por criança menor de 6 anos ou por pessoa deficiente não tem direito subjetivo a cumprir a prisão preventiva em domicílio, podendo o juiz determinar que o indiciado ou réu permaneça no cárcere quando entender que sua periculosidade extremada justifica o indeferimento da prisão domiciliar ou quando entender que há grande risco às testemunhas ou de fuga etc.

Não é outro o entendimento expressado por Eugênio Pacelli, ao versar sobre a comprovação das hipóteses de índole mais subjetiva, como as previstas nos incisos II, III e IV (redação antiga) do art. 318 do CPP, e, com o advento da Lei nº 13.257/2016, também constantes de seus incisos V e VI:

Em relação às questões de natureza mais subjetiva, tal como ocorre em relação à comprovação do alto risco da gestação, à necessidade de cuidados especiais de menor de seis anos ou deficiente, bem como a doença grave, há que se exigir prova técnica, nos casos em que sejam necessários diagnósticos e atestados médicos e comprovação fática das circunstâncias pessoais do acusado, a fim de se demonstrar a necessidade da sua presença na residência.

Nota-se, portanto, que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, exige, a um só tempo, o objetivo enquadramento do agente numa das suas hipóteses legais e um juízo positivo a respeito da adequação, necessidade e suficiência da medida, a partir da percepção conglobada da

conduta imputada ao agente (circunstâncias do crime e suficiência da medida substitutiva). Nada impede, nesses termos, que o agente, embora preencha os contornos legais sob a ótica objetiva, permaneça segregado dadas as peculiaridades do caso concreto.

Numa outra perspectiva a substituição do tipo de pena tem como objetivo, além de tudo, não submeter um acusado que é presumidamente inocente em condições especiais ao falho sistema carcerário, conseqüentemente, reduzindo a quantidade de presos provisórios, evitando um contato e aprendizado com outros agentes de alto grau de periculosidade que respondem por crimes graves e desonerando os cofres estatais.

É uma forma alternativa de cumprimento da prisão preventiva, podendo ser deferida em casos onde estão presentes os requisitos para a decretação de prisão preventiva, mas em decorrência de circunstâncias específicas do acusado, o mesmo pode ter modificada sua segregação em estabelecimento estatal pelo recolhimento domiciliar.

O juiz exigirá para a substituição, prova dos requisitos estabelecidos neste artigo (art. 318, parágrafo único, CPP). Ou seja, os incisos em debate devem ser provados de forma idônea e não somente por meras alegações para, após análise e caso seja constatada a possibilidade e necessidade, o magistrado deferir a substituição.

Não existe um direito absoluto à prisão domiciliar, tem o juiz a faculdade de admitir ou não, dentro das hipóteses previstas em lei e de sua eficácia em relação ao caso concreto.

Sobre o assunto, afirma o doutrinador Renato Brasileiro (2015, p. 998):

O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per si, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o *periculum libertatis* que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido de que a concessão de prisão domiciliar não se trata de direito subjetivo, reconhecido automaticamente. É uma mera faculdade judicial, tendo em vista que não basta à condição elencada em um dos incisos do art. 318 do CPP, sendo necessário analisar as circunstâncias da prisão, como a personalidade do agente, o exame favorável da conduta, a natureza do crime cometido, a conveniência de tal direito, adotando uma adequada ponderação, respeitando o princípio da proporcionalidade, evitando-se, com isso, uma precoce liberdade. Cabe ao juiz, portanto, sopesar os direitos colocados em jogo (de uma lado, a

proteção à criança e, de outro, a defesa da coletividade), para, somente a partir dessa premissa, decidir sobre o pedido que, tornamos a ressaltar, não se satisfaz com o mero preenchimento de requisitos objetivos.

Nesse contexto, vale destacar duas decisões do STJ que tratam expressamente dos requisitos subjetivos:

A previsão insculpida na lei reformadora do art. 318 do Código de Processo Penal não é de caráter puramente objetivo e automático, cabendo ao magistrado avaliar em cada caso concreto a situação da criança e, ainda, a adequação da benesse às condições pessoais da presa. (RHC 83.488/SP, j, 23/05/2017).

O inciso III do art. 318 do CPP, introduzido pela Lei n. 12.403/2011, bem como o inciso V do mesmo artigo, introduzido pela Lei n. 13.257/16, não trouxeram maiores detalhamentos sobre os requisitos subjetivos a serem atendidos para conversão da prisão preventiva em domiciliar. No *caput* do art. 318 do Código de Processo Penal encontra-se a previsão de que o Juiz poderá converter a prisão preventiva em domiciliar. Dessa forma, essa análise deve ser feita caso a caso, pois se por um lado não existe uma obrigatoriedade da conversão, por outro a recusa também deve ser devidamente motivada. O requisito objetivo está atendido, uma vez que a paciente é mãe de criança de 4 anos de idade, acometida por “atraso no desenvolvimento da marcha”, distúrbio no qual a criança apresenta quadros de crises convulsivas, sendo necessário o acompanhamento da genitora dados comprovados por meio da certidão de nascimento e relatório médico acostados aos autos). No tocante ao preenchimento do requisito subjetivo, ainda que se trate de crime equiparado a hediondo, pesa em favor da paciente o fato de se tratar de acusada primária, com bons antecedentes e residência fixa. Assim, considerando que a presente conduta ilícita se trata de fato isolado na vida da paciente, acrescido ao fato de que até o momento da prisão era ela a responsável pela guarda, criação e orientação das menores, mostra-se adequada a conversão da custódia cautelar em prisão domiciliar. (HC 394.039/SP, j, 23/05/2017).

Com efeito, um cotejo meramente objetivo ao que dispõe o art. 318 do CPP, levaria a uma distorção da sistemática de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar, cuja razão de ser encontra justificativa nas peculiaridades das situações previstas em seus incisos.

Desse modo, não soa recomendada sua aplicação nas ocasiões em que, não obstante o agente atenda, em abstrato, ao que dispõe a hipótese legal, a medida substitutiva mostra-se insuficiente em comparação às circunstâncias concretas do crime.

A prisão cautelar é uma excepcionalidade, a qual deve encontrar limites nos seus requisitos e pressupostos, os quais dizem com o acautelamento do processo em si. Portanto, sendo necessário para substituir a prisão preventiva pela cautelar domiciliar, além dos requisitos objetivos, os requisitos subjetivos, utilizando o juiz de uma ponderação que se mostre adequada, necessária e suficiente para o caso em específico.

4 CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal, ao tratar da prisão domiciliar, prevê a possibilidade de o réu, ao invés de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido 24 horas do dia em sua residência. Trata-se, pois, de uma medida cautelar que substitui a prisão preventiva pelo recolhimento da pessoa em seu domicílio.

As novidades trazidas pela Lei nº 13.257, de 08 de março de 2016, no que toca ao regime de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, ainda provocará acesos debates a fim de que se consolide entendimento no sentido de impor balizas razoáveis que impeçam a generalização do benefício previsto ao art. 318 do CPP, nos casos em que tal concessão não pareça justificada.

O artigo 318 do CPP é claro quando dispõe que a prisão domiciliar é medida alternativa ao cárcere, uma forma especial de cumprimento de pena, podendo (poderá e não deverá) o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar, nas hipóteses taxativamente previstas em seus incisos I, II, III, IV, V e VI.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial é prevalente, no sentido de que o simples enquadramento do agente numa das hipóteses legais previstas nos incisos do art. 318 do CPP, não induz, de forma automática, à concessão do benefício ali previsto, também soma esforços no sentido de se exigir do julgador que, ao compulsar pedidos dessa natureza, processa a um juízo de adequação, necessidade e suficiência tanto da prisão preventiva quanto da prisão domiciliar, de modo a emitir decisão em conformidade com as diretrizes desse regime de substituição.

Desta forma, percebe-se que a prisão cautelar domiciliar substitutiva da prisão preventiva trata-se de uma faculdade do juiz de constatar a possibilidade e necessidade do caso concreto e aplicar o direito de deferir a substituição, e não um direito subjetivo do preso preventivamente. Pois os requisitos presentes nos incisos do art. 318 do CPP por si só não autorizam a concessão da prisão domiciliar, conforme analisado, tais pressupostos precisam ser provados (pela defesa) de maneira clara e idônea, não sendo admitidas meras alegações.

Enfim, é de se exigir dos operadores do direito que atuam no âmbito do processo penal e da execução penal, uma necessária ponderação a respeito dos interesses que estão em jogo para a concessão, ou não, da medida substitutiva da prisão preventiva consistente em prisão domiciliar, para que não se incida no equívoco de levar ao descrédito de tão importante inovação para a legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF. Decreto-Lei nº 3.689 de 03. out. 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**, nº 7.210. Brasília, DF, 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 18ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Processo Penal, Parte Especial – Procedimentos, Nulidades e Recursos**. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPODVIM, 2017.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Direito de Processo Penal**. 3ª ed, Salvador: Editora JusPODVIM, 2015.

LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOREIRA, Rômulo. **Considerações acerca da prisão domiciliar em face da Lei nº 13.257-16**. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/2016/04/consideracoes-acerca-da-prisao-domiciliar-em-face-da-lei-no-13-25716>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Novas hipóteses de prisão domiciliar após a Lei 13.257/2016**. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/335548560/novas-hipoteses-de-prisao-domiciliar-apos-a-lei-13257-2016>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: São Paulo: Atlas, 2014. p. 572.

REIS, Alexandre Cebiran Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 396.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODVIM, 2016.

