

Prisão domiciliar de mães e gestantes: atual estado da arte

Douglas Pinto Nunes

Técnico do MPU/Assistente Técnico do Gabinete do 2º Ofício da Procuradoria da República em Uruguaiana. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela LFG/Anhanguera. Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar a legitimidade do ato de negação da conversão de prisão preventiva em domiciliar a presas grávidas e mães e a responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, com fulcro na identificação de situações excepcionais pelo magistrado (STF, *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641) após a edição da Lei n. 13.769/2018, que inseriu o art. 318-A no Código de Processo Penal. Nesse interesse, adentrou-se ao teor do projeto de lei originário e confrontou-se com o entendimento exarado no aresto do Supremo Tribunal Federal, buscando desvelar a real intenção do legislador nas modificações legislativas produzidas, bem como angariaram-se os apontamentos iniciais trazidos pela doutrina acerca da temática. Constatou-se, a partir do estudo proposto, que o legislador não almejou em nenhum momento automatizar a concessão da benesse, mas sim normatizar o entendimento jurisprudencial trazido pela Corte. Nessa toada e em consonância com as disposições trazidas no art. 282 do CPP, percebe-se que ainda é totalmente justificável a aplicabilidade dessa hipótese de “situações excepcionais” para a rejeição do benefício, desde que devidamente analisada e fundamentada pelo magistrado em cada caso específico.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. HCC n. 143.641/2018. Lei n. 13.769/2018. Alterações no CPP. Prisão preventiva. Conversão. Prisão domiciliar. Situações excepcionais. Indeferimento. Possibilidade.

Abstract: This paper aims to address the legitimacy of the act of denying the conversion of preventive detention at home to preg-

nant prisoners and mothers and to those responsible for children or persons with disabilities, with a focus on the identification of exceptional situations by the magistrate (STF, Coletive *Habeas Corpus* n. 143.641) after the enactment of Law 13.769/2018, which inserted the article 318-A in the Criminal Procedure Code. In this interest, the original law project was analyzed and the understanding expressed in the STF judgement was confronted, seeking to unveil the real intention of the legislator in the legislative modifications produced, as well as raising the initial notes brought by the doctrine about the topic. It was found that, based on this proposed study, the legislator did not, at any time, aim to automate the concession of benefits, but rather to standardize the jurisprudential understanding brought by the Court. In that way and in consonance with the provisions brought by the article 282 of the Code of Criminal Procedure, it is clear that the applicability of this “exceptional situations” hypothesis for the rejection of the benefit is still fully justified, provided that it is properly analyzed and based on the magistrate’s decision in each specific case.

Keywords: Preventive prison. Home prison. Conversion. Exceptional situations. Law 13.769/2018.

Sumário: 1 Introdução. 2 A tese fixada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/2018 e o Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018 (PL n. 10.269/2018). 3 Prisão domiciliar e as alterações promovidas pela Lei n. 13.769/2018. 4 Posicionamentos doutrinários. 5 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo científico terá por finalidade apreciar a legitimidade da manutenção do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de *Habeas Corpus* Coletivo, para o indeferimento da conversão da prisão preventiva em domiciliar à mulher gestante, mãe ou a responsável por crianças ou pessoas com deficiência, após a inserção do art. 318-A no Código de Processo Penal, pela Lei n. 13.769/2018.

Assim sendo, o artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a orientação fixada pelo STF no jul-

gamento do HCC n. 143.641/2018 e promovida sua análise em confrontação com o teor da proposta trazida no Projeto de Lei n. 64, de 2018, visando auferir a real intenção do legislador na edição da Lei n. 13.769/2018. No segundo capítulo, o foco é direcionado à análise do instituto de prisão preventiva e das alterações trazidas pela Lei n. 13.769/2018. Por fim, no terceiro capítulo, serão abordados alguns posicionamentos doutrinários acerca da temática.

Para alcançar o objetivo científico proposto, será realizada a análise do processo de tramitação do Projeto de Lei n. 64/2018 (PL 10.269/2018) até a edição da Lei n. 13.769/2018, assim como perfectibilizada pesquisa jurisdicional e doutrinária das razões de decidir exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no citado HCC e em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. A metodologia escolhida (pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e doutrinária) contempla a proposta trazida no presente artigo, que tem por escopo realizar a análise, a confrontação e a ponderação da posição controvertida em questão.

Por fim, o objeto desta pesquisa consiste em apurar uma possível intervenção ilegítima do Superior Tribunal de Justiça (ativismo judicial) em matéria plenamente regradada pela Lei n. 13.679/2018, o que poderia estar ocorrendo de encontro à real intenção do legislador ao editar a normativa que acrescentou os arts. 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal.

2 A tese fixada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/2018 e o Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018 (PL 10.269/2018)

O Colegiado da Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP, firmou entendimento, em sede de repercussão geral, de que as disposições contidas nos incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal abrangiam todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e (ou) de deficientes sob sua guarda que estivessem presentes no *writ*, bem como todas as demais em idêntica situação no solo nacional.

No dispositivo do voto condutor do *Habeas Corpus* n. 143.641/SP¹, porém, o Colegiado excepcionou a concessão do instituto de conversão da prisão preventiva em domiciliar, nas hipóteses em que: (I) os crimes fossem praticados com violência ou grave ameaça; (II) os delitos fossem praticados contra descendentes; (III) as situações excepcionais fossem devidamente fundamentadas:

[...] Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, 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 pela DEPEN e outras autoridade estaduais, enquanto perdurar tal condição, *excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.*

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em relação às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. [...] (Grifos nossos).

A Lei n. 13.769/2018, de 19 de dezembro de 2018, que inseriu os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal, foi

1 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 5 set. 2019.

gerada a partir do Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018 (PL n. 10.269/2018)², de autoria da senadora Simone Tebet.

O projeto de lei mencionado tinha por escopo disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação, e comportava, na redação originária apresentada pela senadora, a presença de seis artigos, que estão abaixo transcritos:

Art. 1º Esta Lei flexibiliza as regras de progressão de regime prisional previstas no art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

Art. 2º A pena privativa de liberdade imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando a presa atender aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II - não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente; III - tenha cumprido ao menos um oitavo da pena no regime anterior; IV - seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não tenha integrado organização criminosa. Parágrafo único. No caso de não atendimento a qualquer dos requisitos previstos nos incisos I a V ou do cometimento de novo crime doloso ou falta grave após o deferimento do benefício previsto nesta Lei, aplicam-se as regras dispostas no art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) ou no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Art. 3º A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, observados os mesmos requisitos do art. 2º desta Lei, com exceção de seu inciso III.

2 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1559744609696&disposition=inline>. Acesso em: 18 ago. 2019.

Art. 4º Cumprirá ao Departamento Penitenciário Nacional e aos departamentos ou órgãos similares locais, na forma dos artigos 71 a 74 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.

Parágrafo único. Os departamentos ou órgãos similares locais encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos.

Art. 5º Aplicam-se, no que couber, as demais disposições da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A conversão da prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência em prisão domiciliar foi prevista no art. 3º e trazia os mesmos requisitos previstos para a progressão de regime de pena privativa de liberdade aplicada, com exceção da necessidade de cumprimento de, no mínimo, um oitavo da pena no regime anterior, por notória incompatibilidade lógica dos institutos.

Segundo a redação originária do art. 3º do Projeto Lei n. 64/2018, a concessão do benefício de conversão de prisões cautelares previa o atendimento cumulativo dos seguintes requisitos: (I) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; (II) não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente; (IV) seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (V) não tenha integrado organização criminosa.

Na justificação apresentada pela senadora para a elaboração do projeto de lei, consta menção expressa à decisão do Supremo Tribunal Federal adotada no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP³. *In verbis*:

3 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 5 set. 2019.

[...] Tais circunstâncias foram recentemente apontadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP. O Egrégio Tribunal entendeu não restar dúvidas de que a segregação terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Além disso, seriam evidentes os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças.

Assim, o STF decidiu que deveriam ser substituídas todas as prisões preventivas por domiciliares, sem prejuízo da aplicação concomitantemente 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, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/2008) e da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deveriam ser devidamente fundamentadas pelos juízes.

[...] No art. 3º, permitimos a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos mesmos moldes do art. 2º do Projeto, com exceção do cumprimento mínimo da fração da pena. Para as mulheres que não consigam cumprir referidos requisitos, ainda restará a previsão legal do mencionado art. 318 do CPP.

Neste contexto, observe-se que não são beneficiadas pelo Projeto as criminosas habituais, que não manifestam interesse na ressocialização e no retorno ao convívio social. Assim, compreendemos ponderável exigir-se como requisito a não reincidência da presa, conquanto não a tenha a decisão do STF.

Ainda que extensa a transcrição realizada, ela se faz importante para contextualizar que, em nenhum momento, houve a apreciação ou a intenção da autora do projeto de lei de afastar o poder do juiz de indeferir a conversão com fulcro em situações excepcionalíssimas, superando o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O que se aufere, através da leitura do corpo do projeto de lei, é a clara intenção, expressamente desvelada, da senadora, autora do projeto lei, em vedar a concessão do benefício às criminosas habi-

tuais, posicionamento mais restritivo em comparação à decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendia que, nesses casos, o juiz deveria avaliar as circunstâncias do caso concreto.

Há de salientar-se que a controvérsia citada no parágrafo inexistente e é utilizada a título argumentativo tão somente, uma vez que o critério da reincidência, originariamente previsto pela autora na redação do projeto de lei e anteriormente mencionado, foi afastado durante o trâmite legislativo para a conversão em lei (Lei n. 13.769/2018), subsistindo tão somente os dois critérios objetivos previstos nos incisos I e II do art. 318-A do Código de Processo Penal.

3 Prisão domiciliar e as alterações promovidas pela Lei n. 13.769/2018

O Capítulo IV do Código de Processo Penal dispõe sobre o instituto da prisão domiciliar e, inicialmente, foi disciplinado pela Lei n. 12.403/2011, de 4 de maio de 2011, que inseriu em seu bojo os arts. 317 e 318. *In verbis*:

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

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;

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

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

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos nesse artigo. (Grifos nossos).

Em momento posterior, mediante a edição da Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, o legislador pátrio inseriu os arts. 318-A e 318-B ao Capítulo IV do Código de Processo Penal, trazendo critérios objetivos específicos para a substituição da prisão preventiva imposta à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência por prisão domiciliar. *In verbis*:

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:

I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II – não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 deste Código.

O legislador, na redação do art. 318-A do CPP, diversamente do procedimento adotado no art. 318, inseriu o verbo nuclear “será”, o que ensejou questionamentos acerca do possível afastamento da discricionariedade do juiz para a concessão ou indeferimento da benesse, nas hipóteses em que atendidos os dois requisitos legais previstos nos incisos I e II do art. 318-A do CPP.

Em julgamentos proferidos após a edição da Lei n. 13.769/2018, os ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (HCs 426.526 e 470.549), em que pese tenham entendido que a nova normativa afastava a discricionariedade do magistrado, impondo-lhe o dever de aplicar a benesse quando evidenciado o atendimento aos critérios objetivos previstos nos incisos I e II do art. 318-A do CPP (não tenha o crime sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou cometido contra seu filho ou dependente), firmaram posição pela manutenção da possibilidade de indeferimento fundamentada em casos de situações excepcionais, em consonância com o aresto proferido no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641.

Nesse prisma, destaca-se trecho do voto exarado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no bojo do Recurso de *Habeas Corpus* n. 106.377-RS⁴ (2018/0329899-9):

[...] Embora relevante a argumentação da defesa da paciente, observo que a interpretação do inciso II do artigo 318-A do CPP comporta uma análise sistemática e protetiva das crianças envolvidas (proteção integral e prioritária).

Logo, se o crime de tráfico é praticado na residência da própria recorrente, na presença ou com o auxílio dos menores, parece que a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos).

[...] No caso, como a traficância ocorre na residência da recorrente, local onde afirmam que enteado menor também reside, e há reiteração da conduta delitiva, não é adequada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, pois a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos).

Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado de ofício, por esta Corte Superior.

A título de contextualização da situação fático-jurídica analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso de *Habeas Corpus* n. 106.377-RS, aponta-se que o recurso foi interposto por paciente, madrastra de dois menores de doze anos e que supostamente traficava no âmbito do lar. Consta nos autos, ainda, informação de que a paciente já havia sido condenada por tráfico de drogas (sem trânsito em julgado) à pena de seis anos de reclusão em regime inicial fechado (215.0001331-5).

4 Posicionamentos doutrinários

Percebe-se que o legislador buscou alcançar, através da edição da Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018, e da inserção do art.

4 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/inteiro-teor-686889782>. Acesso em: 5 set. 2019.

318-A no Código de Processo Penal, a efetivação dos princípios constitucionais de proteção à maternidade e à infância, bem como o atendimento às orientações internacionais trazidas nas Regras de Bangkok, primando pelos interesses e o bem-estar da criança.

Em princípio, em uma leitura literal da normativa, a nova disposição trazida no art. 318-A não permite linha de interpretação ao magistrado, pois, contrariamente ao art. 318 do CPP, que traz o verbo “poderá”, a nova normativa utiliza o verbo nuclear “será” e critérios objetivos que, caso atendidos, em uma interpretação literal da lei, imporiam ao magistrado a concessão do benefício.

Ocorre que aceitar essa linha interpretativa e o afastamento da possibilidade de o órgão jurisdicional, no caso concreto, aferir situações excepcionais que não recomendariam a concessão da benesse e impor a manutenção da prisão preventiva abriria a possibilidade de conjecturas ilícitas direcionadas à busca do benefício da prisão domiciliar.

Nesse sentido, o artigo do juiz Fernando Barbagalo – publicado em 4 de fevereiro de 2019, no caderno *Direito & Justiça do Jornal Correio Braziliense*, intitulado: “Lei 13.769/2018: Primeiras impressões” – sustenta que a normativa impõe, sem deixar margem interpretativa, a substituição da prisão preventiva por domiciliar, quando atendidos seus requisitos objetivos, e não estabelece ressalva, restringindo, de forma quase absoluta, a análise judicial do caso.

Argumenta o autor que, embora manifeste como louvável a intenção da nova lei na busca da efetivação de princípios constitucionais de proteção à maternidade e à informação, a automatização da prisão domiciliar causaria perplexidade, na medida em que criaria uma modalidade legal de constrição domiciliar obrigatória com o conseqüente afastamento do controle judicial da prisão (reserva de jurisdição) e ainda das suas conformidades ao princípio da proibição de proteção penal deficiente.

Conforme devidamente demonstrado em tópico anterior, a tese fixada no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP e o regramento trazido pela edição da Lei n. 13.769/2018 desvelam, em um primeiro momento,

que a intenção do legislador foi positivar, no Código de Processo Penal, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, o acolhimento, pelo legislador, do entendimento firmado pelo STF no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP não foi integral, em virtude de que apresentou restrições, quando em comparativo com a tese firmada no aresto, sendo uma delas a previsão originária, posteriormente afastada, de negativa da benesse às mulheres reincidentes. Outra previsão restritiva de alcance do benefício trazida pela Lei n. 13.769/2018 foi a troca do termo “descendente” por “filho ou dependente”.

Assim, evidencia-se que, quando o legislador teve a vontade de restringir o entendimento do STF firmado no *habeas corpus* coletivo, ele a realizou expressamente na nova normativa, pelo que se entende que o silêncio do legislador relativamente à possibilidade de indeferimento da conversão da prisão preventiva em domiciliar, devidamente fundamentada em situações excepcionais, deve ser visto como omissão, e não como uma superação parcial de entendimento.

Debruçando-se sobre essa controvérsia, o juiz Márcio Cavalcante⁵ firmou entendimento no sentido de que a terceira exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal continuava existindo, pois havia sido fixada, não por conta da interpretação da lei, mas em uma verdadeira construção jurisprudencial, não presente em qualquer normativa. Entendeu-se que o legislador não poderia prever todas as hipóteses excepcionais, o que justificaria que o juiz, em um caso concreto, pudesse identificar que a concessão da prisão domiciliar ameaçaria a garantia da ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou colocaria em risco a aplicação da lei penal.

No artigo “Breves comentários às Leis 13.769/2018 (prisão domiciliar), 13.771/2018 (feminicídio) e 13.772/2018 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)”⁶, Rogério Cunha aponta

5 Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/12/comentarios-lei-13769201>. Acesso em: 13 ago. 2019.

6 Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/20/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13-7691813769-18-prisao-domiciliar-13->

o equívoco do legislador nas alterações promovidas pela Lei n. 13.769/2018 ao Código de Processo Penal, na medida em que deixou de considerar o cometimento de crimes graves, como o tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à traficância, as fraudes de grande vulto ou determinadas figuras tipificadas na Lei n. 13.260/2016.

Sustenta que a prisão domiciliar, por ser uma medida de natureza cautelar, deveria ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 282 do Código de Processo Penal, que determina que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas em conformidade com a necessidade e a adequação à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Da simples leitura da redação dos arts. 318-A e 318-B, evidencia-se que a adoção do entendimento de substituição automática, quando da presença dos requisitos previstos, realmente vai de encontro às diretrizes fixadas no art. 282 do CPP, para a concessão de medidas cautelares, uma vez que afasta a análise do magistrado acerca das circunstâncias do crime cometido, se a conversão é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e apta a garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

O doutrinador Dezem (2019)⁷, em seu Curso de Processo Penal, manifesta que, diante da amplitude da terceira hipótese prevista pelo STF, a de “situações excepcionalíssimas”, ela não poderia ser aceita como válida, pois permitiria a burla à regra criada pelo STF.

Ressalta, todavia, que, em tendo sido criada e admitida como válida, era necessário alocar a regra no seu devido lugar no sistema, não podendo estar ligada a crime com violência ou grave ameaça, já previsto em outra hipótese de exceção, devendo ser aplicada em situações envolvendo réu reincidente, por exemplo.

7711813771-18-feminicidio-e-13-77218-registro-nao-autorizado-de-nudez-ou-ato-sexual/13772-18.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

7 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. Livro eletrônico. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Título 13 – Medidas Cautelares Pessoais/Subtítulo 13.6 – Medida substitutiva da prisão preventiva – Prisão domiciliar.

Há de se pontuar que, em análise à doutrina de Dezem, entende-se que o autor, implicitamente, reconhece a necessidade de que haja uma certa margem de discricionariedade ao magistrado para apreciação de situações excepcionais, ao comentar, em sua obra, a exceção fixada pelo STF para hipóteses de crime cometido com violência ou grave ameaça. *In verbis*:

A segunda restrição pode ser questionada. Com efeito, não está prevista em lei e seria desarrazoado criar restrição onde o legislador não o fez. No entanto, mesmo para ela, em caráter excepcional, é possível entender com algum grau de razoabilidade a restrição criada pela nossa suprema corte. Nesse sentido o julgado abaixo do STJ:

“3. Na espécie, é inadequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, isso porque a recorrente foi denunciada por delito praticado com extrema barbárie. Segundo consta, a recorrente, em concurso de agentes, teria privado a liberdade das vítimas Thuane e Rudimar e, mediante intenso sofrimento moral, submeteram-nas a um ‘rigoroso interrogatório’ e ‘julgamento’ por supostamente terem delatado as atividades ilícitas de um determinado grupo criminoso. Recebida a autorização da facção criminosa para a execução das vítimas, no dia seguinte, os acusados teriam as levado para um terreno baldio, onde foram agredidas com golpes de facção, tapas, socos e chutes e tiveram fogo ateado ao corpo, enquanto ainda estavam vivas. Os homicídios teriam sido gravados e divulgados nas redes sociais. Infere-se, ainda, da denúncia, que os réus teriam retornado aos locais dos crimes e teriam produzido novo vídeo, também divulgado nas redes sociais, onde foi colocada uma placa com os dizeres ‘morreu pq é cagueta’ em frente ao cadáver carbonizado da vítima Rudimar. Os acusados destruíram parcialmente o cadáver da vítima Thuane ao arrancar-lhe a cabeça para enterrar em local próximo a fim de dificultar a identificação da vítima. 4. Ademais, no caso, conforme determinado pelo Tribunal de origem, as crianças vão ser assistidas pelo Conselho Tutelar, que já foi devidamente oficiado, consoante se extrai das informações apresentadas pelo juízo de primeira instância. 5. Evidenciada nos autos a periculosidade da recorrente, acusada de delitos graves cometidos mediante extrema violência, não há falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do decidido

pela Suprema Corte no julgamento do HC n. 143.641/SP.” (STJ, RHC 98184/SC, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, *DJe* 28.06.2018).

No entanto temos específica compreensão aqui para que a decisão do STF não se mostre *contra legem*. Não é qualquer crime com violência ou grave ameaça que autoriza a negativa de prisão domiciliar. É necessário que a violência ou grave ameaça cometida seja de tal monta que justifique o afastamento da prisão domiciliar, como no caso acima. Caso contrário, ameaça praticada por mulher, em tese, iria autorizar a prisão preventiva sem possibilidade de prisão domiciliar. (Grifo nosso).

5 Conclusão

Através do trabalho de pesquisa proposto, buscou-se apurar uma possível, em tese, intervenção ilegítima do Superior Tribunal de Justiça (ativismo judicial) em matéria plenamente regradada pela Lei n. 13.679/2018, o que poderia estar ocorrendo de encontro à real intenção do legislador ao editar a normativa que acrescentou os arts. 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal.

Entretanto, em análise da documentação elaborada durante a tramitação do Projeto de Lei n. 64/2018 (proposições, pareceres, requerimentos) constante no sítio virtual do Senado Federal⁸, não se verificou, em nenhum momento, proposta ou menção do legislador que apontasse a sua intenção de afastar a discricionariedade do magistrado para o indeferimento, diante de situações excepcionais e devidamente fundamentadas, da conversão da prisão preventiva em domiciliar.

À luz disso, conclui-se que, quando o legislador usou o verbo “será” no *caput* do art. 318-A do CPP, tinha, em princípio, a intenção de ressaltar que a conversão da medida de prisão preventiva em domiciliar deveria ser adotada como regra, quando presentes os requisitos legais estabelecidos, e não de estabelecer um regramento para a conversão, automatizado e regido unicamente por critérios objetivos.

8 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132359>. Acesso em: 17 ago. 2019.

A assomar o entendimento da possibilidade de indeferimento, pelo magistrado, do benefício de conversão da prisão preventiva em domiciliar previsto no art. 318-A do CPP, estão as disposições contidas no art. 282 do CPP, que rezam que as medidas cautelares devem ser aplicadas observando a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Assim, como parte do sistema processual penal, os arts. 318-A e 318-B devem observar os demais regramentos previstos no CPP e não serem aplicados como normativas isoladas.

O trabalho de pesquisa elaborado propiciou uma mudança do entendimento em que se alicerçou a proposta inicial do projeto, que apontava a defesa de uma possível intervenção ilegítima do Superior Tribunal de Justiça (ativismo judicial) em matéria, à primeira vista, totalmente disciplinada pela Lei n. 13.769/2018. Diversamente das percepções iniciais, entende-se, ao final desta pesquisa, que plenamente aplicável a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo após a edição da Lei n. 13.769/2018 e a inserção dos arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal.

Referências

BARBAGALO, Fernando. Lei 13.769/2018: Primeiras Impressões. *Correio Braziliense*, Brasília, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.269/2018*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2175798>. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 64/2018*. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com

deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132359>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 470549*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 20 de setembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=87931491&num_registro=201802472603&data=20180925. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 426526/RJ*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Habeas Corpus n. 106.377 RS-2018/0329899-9*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/relatorio-e-voto-686889799?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus Coletivo n. 143641/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+143641%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybaf4zt8>. Acesso em: 14 maio 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Mesmo após a inserção do art. 318-A CPP, é possível que o juiz negue a prisão domiciliar para

a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que presente situação excepcionalíssima. *Buscador Dizer o Direito*, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ec20019911a77ad39d023710be68aaa1>. Acesso em: 15 maio 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Breves Comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/2018 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico.