



Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a Lei nº 13.257/2016 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP

Renato Marcão

Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, Professor no curso de pós-graduação em Ciências Criminais na Estácio/CERS

publicado em 27.04.2017

[✉ \[enviar este artigo\]](#) [🖨 \[imprimir\]](#)

1 Considerações gerais

A prisão cautelar domiciliar, substitutiva da prisão preventiva, é instituto introduzido no Brasil com a Lei nº 12.403/2011, e possibilita, dentre outras, as seguintes vantagens: 1º) restringir cautelarmente a liberdade do indivíduo preso em razão da decretação de prisão preventiva, sem, contudo, submetê-lo às conhecidas mazelas do sistema carcerário; 2º) tratar de maneira particularizada situações que fogem da normalidade dos casos e que, em razão disso, estão a exigir, por questões humanitárias e de assistência, o arrefecimento do rigor carcerário; 3º) reduzir o contingente carcerário, no que diz respeito aos presos cautelares; e 4º) reduzir as despesas do Estado advindas de encarceramento antecipado.

Permite, ainda, respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), bem como assegura às mulheres presas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (CF, art. 5º, L), além de evitar que, em certos casos, ocorra tratamento desumano (CF, art. 5º, III).

Cuida a hipótese de medida cautelar de natureza pessoal; modalidade de prisão cautelar.

Pressuposto da prisão cautelar domiciliar é a antecedente decretação da prisão preventiva, e disso resulta incogitável sua fixação quando se estiver diante de infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade, já que, nesses casos, não se admite prisão preventiva, por força de vedação expressa estampada no § 1º do art. 283 do CPP.

Na fase de investigação, a decretação está condicionada à existência de requerimento do investigado ou do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

Durante o processo, pode ser decretada em razão de provocação ou ex officio (CPP, § 2º do art. 282).

2 Cabimento

As hipóteses de cabimento da substituição estão reguladas no art. 318 do CPP, que é taxativo e, portanto, não comporta interpretação extensiva. Segundo o texto legal, **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.”(1)

Conforme pensamos, e observados os apontamentos que seguem, presentes os requisitos legais, qualquer que seja a situação listada no art. 318, a substituição traduz direito subjetivo do encarcerado e, portanto, **poder-dever** conferido ao magistrado.

Em sentido contrário,(2) argumenta-se com a literalidade do art. 318, *caput*, que, ao regular a matéria, diz que o juiz **poderá** substituir a prisão preventiva pela domiciliar, e, então, conclui-se que não basta que a pessoa presa preventivamente se encaixe em qualquer dos modelos listados no tipo. Sustenta-se que o juiz deve avaliar aspectos de ordem subjetiva atrelados à pessoa custodiada – caso a caso – e só após deferir ou não a substituição da custódia clássica pela domiciliar.

Tomemos para análise os incisos IV, V e VI do art. 318. Por aqui, embora sedutores os argumentos contrários ao que defendemos, quem enxerga a possibilidade de apreciação de requisitos subjetivos – com todo respeito – está com os olhos voltados para o lado errado; olha para a pessoa presa e deixa de contemplar a pessoa sobre a qual recai a proteção perseguida pela providência excepcional. Essa forma de considerar o quadro processual deixa fora das molduras protetivas da lei – e por isso ao desamparo – exatamente aquele a quem se encontram endereçados os cuidados normativos.

Ainda no que diz respeito aos incisos IV, V e VI do art. 318, é importante observar que a atual redação foi determinada pela Lei nº 13.257/2016, que estabelece políticas públicas para a primeira infância, no assim denominado Estatuto da Primeira Infância, e é aqui que se encontra a chave para a adequada compreensão da questão. Não se trata de “dar ou não uma chance” a quem se encontra custodiado. O foco é outro.

Qualquer que seja a situação listada no art. 318, não é adequado esquecer que a pessoa presa preventivamente continuará presa, porém, em regime domiciliar. Entenda-se: deverá permanecer recolhida em sua residência em período integral, 24 horas por dia, e, em caso de descumprimento injustificado da(s) condição(ões) imposta(s), ocorrerá o retorno ao cárcere.

A prisão domiciliar, ademais, poderá ser aplicada cumulativamente com outra(s) medida(s) cautelar(es) restritiva(s), mostrando-se eficiente, *in casu*, o monitoramento eletrônico (CPP, § 1º do art. 282, c.c. o art. 319, IX).

Há mais.

Entender que é possível avaliar aspectos de ordem subjetiva daquele que se encontra preso por força de prisão preventiva, que é medida extrema, somente aplicável em casos excepcionais e em relação a quem não seja suficiente e adequada nem mesmo a aplicação de medidas cautelares restritivas (CPP, art. 310, II, última parte; arts. 319 e 320), tem por consequência negar, via de regra – para não dizer sempre –, a substituição da custódia preventiva pela modalidade domiciliar.

Como dizer que a pessoa presa para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312, *caput*) desfruta de mérito; reúne atributos subjetivos positivos que possam ser valorados em seu favor para os fins do art. 318?

É imprescindível buscar a genuína finalidade da lei, que não pode ser alcançada com a interpretação puramente gramatical, exceto se a pretensão for negar a substituição, sempre e sempre.

3 Os incisos IV, V e VI, conforme a Lei 13.257/2016

3.1 Gestante

Até a vigência da Lei nº 13.257/2016, o inc. IV do art. 318 do CPP envolvia duas ordens de ideias: 1ª) gestação a partir do sétimo mês de gravidez, ou 2ª) gestação, a qualquer tempo, de alto risco.

Atualmente, o dispositivo se refere apenas à gestante.(3) Portanto, para a substituição da prisão preventiva por domiciliar, sob tal fundamento, basta que se prove o estado gestacional,(4) em qualquer estágio e independentemente de qualquer possibilidade de risco.(5)

No século XVIII, quando discorreu sobre a necessidade de suspensão da pena de morte aplicada em face de ré em estado gestacional, Francesco Carrara afirmou que *"aquí, el principio jurídico no se deriva de consideraciones a la condenada, sino de la obligación de no hacer aberrante la pena al darle muerte a la inocente criatura que esa mujer llevaba en sus entrañas. Esta costumbre de suspender la ejecución capital contra la mujer encinta, se remonta hasta tiempos antiquísimos"*.(6)

Sem desconhecer as divergências de grau entre as situações jurídicas contrapostas – prisão preventiva *versus* execução da pena de morte –, não se pode negar que o enfoque protetivo das cautelas distintas aplicáveis a cada realidade jurídica permanece o mesmo. O olhar complacente recai sobre o nascituro, e não sobre a gestante.

Ainda que assim não fosse, mesmo que se pretenda olhar apenas para a gestante, é forçoso concluir que, sob tal situação particularizada, ainda que em tese, não é desarrazoado supor que ela sentirá o encarceramento com maior intensidade negativa do que qualquer outra pessoa, o que torna excessiva a medida; aberrante na proporção que deve haver entre o mal cometido e a resposta jurídica.

A regulamentação sob análise tem relação com as "Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Delinquentes (Regras de Bangkok)", que, em sua regra nº 58, dispõem:

"Tendo em conta as disposições do parágrafo 2.3 das Regras de Tóquio, não se separarão as delinquentes de seus parentes e de sua comunidade sem prestar a devida atenção a sua história e seus vínculos familiares. Quando proceda e seja possível, utilizar-se-ão mecanismos opcionais no caso das mulheres que cometam delitos, como medidas alternativas e outras que substituam a prisão preventiva e a condenação."

De relevo para o estudo da matéria, impende destacar que o § 3º do art. 14 da LEP assegura o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, mas essa regra é diuturnamente descumprida.

O § 1º do art. 82 da LEP determina que a mulher e o maior de 60 anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

O § 2º do art. 83 da LEP diz que os estabelecimentos penais destinados a mulheres devem ser dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade, mas essa **garantia** também não se vê efetivar na realidade prática.

Conforme o art. 5º, L, da CF, “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

Mesmo estando diante de prisão cautelar, portanto prisão sem pena, não é desarrazoado afirmar que a prisão domiciliar permite corrigir, em parte, distorções evidenciadas no sistema e preserva o princípio da intranscendência ou personalidade **da pena**, segundo o qual a pena (e também o processo) não passará da pessoa do acusado (CF, art. 5º, XLV), deixando de atingir diretamente o recém-nascido, que poderá vir à luz em ambiente mais saudável e com melhores chances de saúde e felicidade.

3.2 Mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos

O atual inc. V foi introduzido no art. 318 do CPP pela Lei nº 13.257/2016,(7) que dispõe sobre políticas públicas para a primeira infância.

É necessário destacar que a hipótese regulada não contraria ou envolve, tampouco se confunde com aquela disposta no inc. III do art. 318, que se refere à situação em que a pessoa presa preventivamente – homem ou mulher – for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.

Por aqui – nos limites do inc. V –, a proteção recai especificamente sobre quem seja filho de mulher presa preventivamente, sendo que tais requisitos específicos não são exigidos no dispositivo contraposto.

Para obter o benefício, é preciso que a presa tenha filho menor de 12 (doze) anos de idade, com ou sem deficiência.

Mas não é só.

É imprescindível que, por ocasião da custódia cautelar – contemporaneamente, entenda-se –, o filho se encontre sob os cuidados e a responsabilidade de sua genitora presa.(8) Se estiver sob os cuidados de outrem, como invariavelmente ocorre, não há sentido lógico em conceder a substituição benéfica, porquanto ausente o fundamento ético que animou o legislador ao tratar das políticas públicas protetivas da primeira infância.

A regra – que institui benefício em prol do **filho menor** em situação de risco – não visa ao desencarceramento injustificado de genitoras irresponsáveis.

3.3 Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos

Também aqui são válidas as reflexões lançadas no tópico anterior no que diz respeito ao confronto com o inc. III do art. 318, que reiteramos com vistas a evitar o enfaro da repetição.

É necessário acrescentar, entretanto, que, nos limites do inc. VI do art. 318 do CPP – que é expresso ao restringir sua aplicação ao homem preso preventivamente –, a prisão domiciliar substitutiva só terá cabimento se, em razão da custódia do genitor, o filho menor de 12 (doze) anos ficar em situação de completo desamparo; em típica situação de risco, o que pressupõe convivência contemporânea, pleno exercício do poder familiar e do dever de assistência.⁽⁹⁾

De tal modo, se, no momento da prisão de seu genitor, o **filho menor** já se encontrava sob a responsabilidade de outrem, ou, ainda que sob os cuidados do genitor ao tempo da prisão, puder ser colocado sob responsabilidade de terceiro, não necessariamente sua mãe ou qualquer familiar, a substituição não será permitida.

A regra jurídica não visa estimular a procriação a ponto de permitir a utilização da prole como salvo-conduto contra o encarceramento preventivo. A elaboração da matriz normativa está permeada de evidente e indissociável fundamento ético, que não pode e não deve ser desconsiderado em hipótese alguma.

Notas:

1. Redação em conformidade com as alterações determinadas pelo art. 41 da Lei nº 13.257/2016.

2. “Não obstante as alterações havidas no Código de Processo Penal pelo Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) e o *munus* do Estado no ‘fortalecimento da família no exercício de sua função de cuidado e educação de seus filhos na primeira infância’ (art. 14, § 1º), certo é que a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que não se trata de ‘dever’ do julgador a determinação do cumprimento da prisão preventiva em custódia domiciliar quando se verificarem as condições objetivas previstas em lei. Posto isso, o verbo ‘poderá’ constante do *caput* do art. 318 da lei adjetiva criminal não há de ser interpretado como uma obrigação judicial, sob pena de se extrair do magistrado a possibilidade de decidir de acordo com as peculiaridades concretas. Desse modo, nem toda pessoa com prole na idade indicada pelo dispositivo legal terá direito à cautela domiciliar, caso a medida não seja demonstrada como única providência cabível ao desenvolvimento infantil apropriado (Precedentes)” (STJ, RHC 74.933/MT, 6ª T., rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 18.10.2016, **DJe** de 10.11.2016). Nessa mesma linha de pensamento: STJ, RHC 73.914/SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 20.10.2016, **DJe** de 21.11.2016; STJ, RHC 71.697/SP, 5ª T., rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 17.11.2016, **DJe** de 23.11.2016; STJ, RHC 73.399/RJ, 6ª T., rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 23.08.2016, **DJe** de 01.09.2016; STJ, HC 370.269/MG, 6ª T., rel. Min.

Rogério Schietti Cruz, j. 18.10.2016, **DJe** de 10.11.2016.

3. "Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor" (STF, HC 134.069/DF, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21.06.2016, **DJe** 159, de 01.08.2016).

4. "Não obstante a gravidade do delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários com o seu nascimento e futura fase de amamentação, cruciais para seu desenvolvimento" (STF, HC 131.760/SP, 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 02.02.2016, **DJe** 097, de 13.05.2016).

5. Em sentido contrário: "A Lei nº 13.257/2016 estabelece conjunto de ações prioritárias a serem observadas na primeira infância (0 a 6 anos de idade), mediante 'princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas [...] em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano' (art. 1º), em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente. A novel legislação teve reflexos no Código de Processo Penal, imprimindo nova redação ao inciso IV do seu art. 318, além de acrescentar-lhe os incisos V e VI. Tais mudanças 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). A despeito da benéfica legislação, que se harmoniza com diversos tratados e convenções internacionais, vale o registro de que o uso do verbo 'poderá', no *caput* do art. 318 do Código de Processo Penal, 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. 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" (STJ, HC 370.269/MG, 6ª T., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 18.10.2016, **DJe** de 10.11.2016).

6. CARRARA, Francesco. **Programa de Derecho Criminal**: parte general. Bogotá: Temis. v. II. § 726. p. 192.

7. "Por evidente que a nova redação do artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), veio a lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente, insculpido no artigo 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo, do qual fazem parte o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto nº 99.710/1990), dentre outros" (STJ, HC 357.470/RS, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.08.2016, **DJe** de 29.08.2016).

8. Conforme o entendimento que prevalece no STJ: "O inciso V, introduzido pela Lei nº 13.257/2016, não trouxe 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” (STJ, RHC 71.697/SP, 5ª T., rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 17.11.2016, **DJe** de 23.11.2016). No mesmo sentido: STJ, RHC 73.914/SP, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 20.10.2016, **DJe** de 21.11.2016; STJ, HC 359.302/SP, 6ª T., rel. Min. Néfi Cordeiro, j. 08.11.2016, **DJe** de 21.11.2016.

9. “Não comporta acolhimento a pretensão de substituição da prisão preventiva por domiciliar na hipótese em que o paciente não preenche os requisitos legais necessários à concessão da benesse (CPP, art. 318). *In casu*, o juiz apontou que o paciente ‘não demonstrou que é o único responsável pelos cuidados do seu filho’(...)” (STJ, HC 372.717/SC, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.10.2016, **DJe** de 08.11.2016).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

MARCÃO, Renato. Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a Lei nº 13.257/2016 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI, do CPP. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 77, abr. 2017. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao077/Renato_Marcao.html>

Acesso em: 08 maio 2017.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO

PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS