

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X
4772807777000 0.03.8.9
Edição 188 - Abril de 2016
R\$ 16,90

PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, MINISTRO DO STJ

O ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

EDITORIAL: E agora, José?



Considerações acerca da prisão domiciliar em face da Lei nº 13.257/16

Rômulo Moreira | Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia

A Lei nº 13.257/16, publicada no dia 9 de março deste ano de 2016, alterou o art. 318 do Código de Processo Penal para acrescentar mais duas hipóteses em que será possível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, além de deixar de exigir que este direito somente possa ser usufruído pela mulher gestante em risco ou acima do sétimo mês de gravidez.

Assim, com a alteração, deverá o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante; mulher com filho de até doze anos de idade

incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos. A modificação foi extremamente salutar e põe em relevo a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente das mulheres e das crianças.

Esta nova lei soma-se à Lei nº 12.403/2011, que alterou substancialmente o Título IX do Livro I do Código de Processo Penal que passou a ter a seguinte epígrafe: “Da Prisão, Das Medidas Cautelares e Da Liberdade Provisória”, estabelecendo que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se

um dos seguintes requisitos: a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (*periculum libertatis*).

Além destes requisitos (cuja presença não precisa ser cumulativa, mas alternativa), a lei prevê critérios que deverão orientar o Juiz no momento da escolha e da intensidade da medida cautelar, a saber: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado (*fumus commissi delicti*). Evidentemente, merecem críticas tais critérios, pois muito mais condizentes com as circunstâncias judiciais a serem aferidas em momento posterior quando da aplicação da pena, além de se tratar de típica opção pelo odioso Direito Penal do Autor.

Procurou-se, portanto, estabelecer os critérios justificadores para as medidas cautelares no âmbito processual penal, inclusive no que diz respeito às prisões provisórias, incluindo-se a prisão temporária, “pois são regras abrangentes, garantidoras da sistematicidade de todo o ordenamento.”¹

Assim, quaisquer das medidas cautelares de natureza penal só se justificarão quando presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (ou o *periculum in mora*, conforme o caso) e só deverão ser mantidas enquanto persistir a sua necessidade, ou seja, a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua manutenção, obedecerá à cláusula *rebus sic stantibus*.

As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente e serão decretadas pelo Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Somente poderão ser decretadas de ofício pelo Juiz durante a fase processual. Antes, no curso de uma investigação criminal, apenas quando instado a fazê-lo, seja pelo Ministério Público, seja pela Polícia. Ainda que tenha sido louvável esta limitação, parece-nos que no sistema acusatório é sempre inoportuno deferir ao Juiz a iniciativa de medidas persecutórias, mesmo durante a instrução criminal. É absolutamente desaconselhável permitir-se ao Juiz a possibilidade de, *ex officio*, ainda que em juízo, decidir acerca de uma medida cautelar de natureza criminal (restritiva de direitos, privativa de liberdade, etc.), pois que lembra o velho e pernicioso sistema inquisitivo.

Claro que há efetivamente certo distanciamento dos postulados do sistema acusatório, mitigando-se a imparcialidade² que deve nortear a atuação de um Juiz criminal, que não se coaduna com a determinação pessoal e direta de medidas cautelares. “Este sistema se va imponiendo en la mayoría de los sistemas procesales. En la práctica, ha demostrado ser mucho más eficaz, tanto para profundizar la investigación como para preservar las garantías procesales”, como bem acentua Alberto Binder.³

Como ensina Muñoz Conde, “el proceso penal de un Estado de Derecho no solamente debe lograr el equilibrio entre la búsqueda de la verdad y la dignidad de los acusados, sino que debe entender la verdad misma no como una verdad absoluta, sino como el deber de apoyar una condena sólo sobre aquello que indubitada e intersubjetivamente puede darse como probado. Lo demás es puro fascismo y la vuelta a los tiempos de la Inquisición, de los que se supone hemos ya felizmente salido.”⁴

Com efeito, não se pode, por conta de uma busca de algo muitas vezes inatingível (a verdade...) permitir que o Juiz saia de sua posição de supra partes, a fim de auxiliar, por exemplo, o Ministério Público a provar a imputação posta na peça acusatória. Sobre a verdade material ou substancial, ensina Ferrajoli, ser aquela “*carente de limites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta pretendida ‘verdad sustancial’, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicio de valor, ampliamente arbitrario de hecho, así como que el cognoscitivismo ético sobre el que se basea el sustancialismo penal resulta inevitablemente solidario con una concepción autoritaria e irracionalista del proceso penal*”. Para o mestre italiano, contrariamente, a verdade formal ou processual é alcançada “*mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdad no pretende ser la verdad; no es obtenible mediante indagaciones inquisitivas ajenas al objeto procesal; está condicionada en sí misma por el respeto a los procedimientos y las garantías de la defensa. Es, en suma, una verdad más controlada en cuanto al método de adquisición pero más reducida en cuanto al contenido informativo de cualquier hipotética ‘verdad sustancial’*”⁵.

Vê-se, portanto, que se permitiu um desaconselhável “agir de ofício” pelo Juiz. Não é possível tal disposição em um sistema jurídico acusatório, pois que lembra o sistema inquisitivo caracterizado, como diz Ferrajoli, por “*una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad*”, ou seja, este sistema “*confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga*”⁶.

Atendendo à exigência constitucional do contraditório, dispõe o § 3º do art. 282 que, ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (quando, então, será tomada *inaudita altera pars*, como, por exemplo, uma interceptação telefônica), o Juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias; neste caso, os autos devem permanecer em juízo. Parece-nos que mesmo no caso da medida ser determinada de ofício pelo Juiz, deve assim também se proceder, ou seja, ouvir-se a parte a quem a medida possa trazer algum prejuízo, ressalvadas, evidentemente, as hipóteses de urgência ou de perigo para a eficácia da decisão. Não há devido processo legal sem o contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma

correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais.

Esta exigência do contraditório (prévio ou postergado) aplica-se, inclusive, quando se tratar da prisão provisória (temporária ou preventiva), pois típica medida cautelar, ressalvando-se, obviamente, a urgência e a possibilidade de sua ineficácia (prisão preventiva para aplicação da lei penal, por exemplo).

Caso haja descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o Juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do art. 312, parágrafo único do Código de Processo Penal. Observa-se que a lei é expressa ao considerar a prisão cautelar (incluindo-se a temporária) como *ultima ratio*. É imposição legal a excepcionalidade da prisão provisória, que somente deverá ser decretada quando não for absolutamente cabível a sua substituição por outra medida cautelar. E na respectiva decisão, esta imprescindibilidade deve restar claramente demonstrada, nos termos do art. 93, IX da Constituição.

Como dissemos acima, a medida cautelar decretada poderá ser revogada ou substituída quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a ser decretada, se sobrevierem razões que a justifiquem (é a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*). Aqui também, deve-se atender à exigência constitucional do contraditório, na forma do § 3º do art. 282.

Pois bem.

A prisão domiciliar é uma espécie de medida cautelar consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Não se trata de novidade em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o art. 117 da Lei de Execução Penal⁷. A prisão domiciliar, portanto, pode ser decretada como uma medida cautelar autônoma.

Nada obstante, havendo prova idônea das exigências legais, esta medida cautelar também poderá servir como sucedâneo da prisão preventiva quando o agente for maior de oitenta anos. A prova desta condição, por evidente, só poderá ser feita pela respectiva certidão de nascimento ou documento de igual valor, à luz do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Aqui faço uma observação: por que não se estabeleceu idade igual ou superior a sessenta anos, coerentemente com o disposto no art. 1º, da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso?

Também cabível a substituição quando o preso preventivamente estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave, a ser confirmada por



Foto: Depositphotos

atestado médico ou, em caso de dúvida, por perícia oficial.

Igualmente exigível a substituição quando a presença (física, moral ou psicológica) do preso for imprescindível, independentemente de parentesco, aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade. Urge também neste caso perguntar por que não se estabeleceu a idade até doze anos incompletos, também coerentemente com o art. 2º, da Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente. Outrossim, substituir-se-á a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando for imprescindível, também independentemente de relação de parentesco, aos cuidados especiais de pessoa com deficiência. Já para a prova destas circunstâncias poderá o Juiz, além da respectiva certidão de nascimento para prova da idade, valer-se de profissionais de serviço social para atestar a imprescindibilidade dos cuidados, além de perícia médica em caso de dúvida fundada quanto à existência de deficiência.

Agora, por força da alteração legislativa, também tratando-se de gestante, independentemente do mês de gestação, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Como dito acima, sendo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, preenchidas as exigências legais, um direito subjetivo público do indiciado ou acusado, é passível de ser garantido por meio de *habeas corpus*.

Importante ressaltar, repita-se, interpretando-se de maneira conjugada os arts. 317 e 318 que a prisão domiciliar não é meramente uma medida cautelar substitutiva da prisão preventiva, podendo ser determinada de maneira autônoma, consoante os requisitos gerais previstos no art. 282.⁸

Por fim, impõe-se agora a seguinte indagação: esta nova lei deve ser aplicada retroativamente, ou seja, em relação aos réus ou investigados que supostamente cometeram infrações penais anteriormente à sua vigência? Ou, ao contrário, tão somente em relação aos fatos vindouros, tendo em vista tratar-se de uma lei processual penal?

Sabemos que há dois princípios que regem o direito intertemporal em matéria criminal: a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o acusado (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição da República) e a lei processual penal aplica-se imediatamente (art. 2º do Código de Processo Penal: *tempus regit actum*).

O princípio da irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica, insere-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, tendo

força vinculante, “no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos”, como afirma Perez Luño⁹, tendo também uma conotação imperativa, “porque dotada de carácter jurídico-positivo”¹⁰.

Logo, à vista desses dois princípios, haveremos de analisar o disposto no novo art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal. Desde logo, é preciso definir a natureza da norma contida neste dispositivo legal: seria ela de conteúdo processual ou penal? É certo que ela trata de uma medida cautelar, impondo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em determinados casos. Neste aspecto, ela tem uma conotação claramente processual. Se admitirmos tratar-se de norma processual não há que se falar, obviamente, em retroatividade, fenômeno jurídico típico do direito intertemporal relativo às normas penais.

Porém, é preciso atentar que esta medida cautelar diz respeito ao direito de liberdade (provisória) do investigado/acusado, matéria, obviamente, de direito material, prevista no art. 5º, LXVI da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de uma norma processual material, ainda que tal diferença, em alguns casos, não seja tão perceptível. Klaus Tiedemann, por exemplo, “destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais.”¹¹

No Brasil, comentando a respeito de tais normas, Tucci entende que elas “deverão ser aplicadas, em face da conotação prevalente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, – estas excepcionais por natureza.”¹²

No mesmo sentido é a opinião de Grandinetti Castanho de Carvalho: “Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.”¹³ Atente-se “que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio.”¹⁴

Assim, sendo uma norma processual penal material, é possível a sua aplicação a partir de uma visão mais benéfica para o suposto autor do fato, seja para fazer incidir a regra (do jogo) anterior (em uma espécie de “ultratividade”), seja proibindo a “retroatividade” da nova regra (do jogo) para casos passados.

Saliente-se que por lei mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois “en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que “la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto, tal como ensina Zaffaroni.”¹⁵

Concluindo: a partir de agora, é preciso que os juízes e tribunais revejam todos os casos em que réus (ou indiciados) estejam presos provisoriamente e em uma das situações indicadas nos três últimos incisos do art. 318, ora modificados. Neste sentido, devem fazê-lo de ofício, independentemente, portanto, de requerimento. Se não o fizerem, ou negarem o direito (subjetivo público do preso), cabível será a impetração de *habeas corpus*, tendo em vista a patente ilegalidade perpetrada. 

Notas

¹ Pierpaolo Bottini. ob. cit., p. 457.

² Como diz o Professor da Universidade de Valencia, Juan Montero Aroca, “en correlación con que la Jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que éste no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.” (Sobre la Imparcialidad del Juez y la Incompatibilidad de Funciones Procesales, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186).

³ *Iniciación al Proceso Penal Acusatorio*. Buenos Aires: Campomanes Libros, 2000, p. 43.

⁴ *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Depalma: 2000, p. 107.

⁵ *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, pp. 44 e 45.

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 3ª. ed., 1998, p. 604.

⁷ Art. 117 – Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.

⁸ Neste mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini, “Medidas Cautelares – Projeto de Lei 111/2008”, in *As Reformas no Processo Penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 482.

⁹ *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editora Tecnos, 1993, p. 67.

¹⁰ *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2001, p. 62.

¹¹ *Apud* Taipa de Carvalho. *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 220.

¹² *Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 124.

¹³ *O Processo Penal em Face da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.

¹⁴ Eduardo J. Couture, *Interpretação das Leis Processuais*, Rio de Janeiro: Forense, 4ª. ed., 2001, p. 36.

¹⁵ *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.