



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
CURSO DE DIREITO

LUCAS ROCHA MACHADO

**AS RAZÕES DA POSITIVAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE PRISÃO
PREVENTIVA DOMICILIAR DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

FORTALEZA

2019

LUCAS ROCHA MACHADO

AS RAZÕES DA POSITIVAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE PRISÃO
PREVENTIVA DOMICILIAR DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Mestre Lino Edmar de Menezes.

FORTALEZA

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M132r Machado, Lucas Rocha.
As razões da positivação das hipóteses de cabimento de prisão preventiva domiciliar do código de processo penal / Lucas Rocha Machado. – 2019.
65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Prof. Me. Lino Edmar de Menezes.

1. Processo penal. 2. Prisão preventiva domiciliar. 3. Hipóteses de cabimento. 4. Razões humanitárias. 5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. I. Título.

CDD 340

LUCAS ROCHA MACHADO

AS RAZÕES DA POSITIVAÇÃO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE PRISÃO
PREVENTIVA DOMICILIAR DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Professor Mestre Lino Edmar de Menezes (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Doutor Samuel Miranda Arruda
Universidade Federal do Ceará (UFC)

B.el Jéssica Maria Rodrigues de Lima
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A todos que, de alguma forma, colaboraram comigo nesta fantástica jornada em busca do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Saboreando-me de uma dose não letal de egoísmo, em primeiro lugar, agradeço a mim mesmo, por ter sido forte e resistente nos momentos de fraqueza, por ter acreditado, mesmo diante das dificuldades impostas pela vida, que este momento seria possível, por ter sido honesto comigo mesmo, e por ter renunciado, mesmo que momentaneamente, de certas atividades em prol de um bem maior.

Ao meu pai, Francisco Júnior Alves Machado, que cumpre, nos mais perfeitos moldes, diariamente, seu papel de pai e de companheiro, acreditando piamente no seu filho até mesmo quando este duvida de sua capacidade, dando, no mais, todo o suporte ao longo dos meus, momentâneos, 23 anos de vida.

À minha amada mãe, Valdelina Rocha Machado, por se sacrificar todos os dias pelos seus filhos, possibilitando, por óbvio, que seu filho mais velho chegasse a este momento inesquecível.

Ao meu orientador, Professor Mestre Lino Edmar de Menezes, não apenas pelos momentos compartilhados na confecção desta obra, mas por edificantes dois anos de estágio no Ministério Público Federal, onde aprendi a admirar um homem de inestimável conhecimento e sabedoria, não apenas no ramo do Direito, mas, principalmente, na vida.

Às Defensoras Públicas do Estado do Ceará Luciana Maria Oliveira do Amaral e Patrícia de Sá Leitão e Leão, que, além de compartilharem conhecimento jurídico, mostraram-me o lado mais humano do Direito, fazendo-me com que eu me apaixonasse pelo trabalho exercido pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, destacando, ainda, que esta ideia de tema surgiu quando da minha estadia na 8ª Defensoria Pública Criminal, de titularidade de Patrícia de Sá Leitão e Leão.

Aos meus colegas de Ministério Público Federal, servidores e estagiárias, que contribuem diariamente com meu enriquecimento jurídico e pessoal, sendo figuras importantes na construção de dias mais leves e bem proveitosos do ponto de vista laboral.

Aos membros desta banca, Professor Doutor Samuel Arruda Miranda, de quem tive o privilégio de ser aluno, e Mestranda Jéssica Maria Rodrigues de Lima, com quem compartilho sincera amizade e horas de conversa sobre literatura, em especial russa.

Ao escritor Fiódor Mikhailovitch Dostoiévski, por ser figura indispensável na minha construção como humano, sendo, mesmo após 130 anos de sua morte, um dos sujeitos que mais exerceram influência na minha vida, chegando a existir um Lucas Rocha antes de

“Crime e Castigo” e “Os Irmãos Karamazov”, e um Lucas Rocha após a leitura dessas grandes obras.

Aos meus colegas de graduação, por compartilharem momentos agradáveis ao longo do curso, bem como colaborarem com o processo de aprendizagem na faculdade.

Aos meus professores, por compartilharem parte de seus conhecimentos jurídicos comigo, possibilitando, por óbvio, a confecção desta obra.

Aos meus amigos e familiares em geral, uma vez que todas as pessoas do nosso ciclo social, mesmo que indiretamente, possibilitam e contribuem com nossos progressos e nossas conquistas.

“Se queres vencer o mundo inteiro, vence a ti mesmo” (Fiódor Dostoiévski).

RESUMO

Assim como toda normatização, a positivação das hipóteses legitimadoras da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar possui suas causas. Esta obra tem por objetivo apresentar as razões da positivação das hipóteses de cabimento de prisão preventiva domiciliar previstas no Código de Processo Penal. Diante da péssima reputação atribuída a esse instituto após o julgamento do *Habeas Corpus* 151.057, do Distrito Federal, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo a paciente Adriana Ancelmo, ex-primeira-dama do Rio de Janeiro, o direito a cumprir prisão preventiva em seu domicílio, passou-se a questionar o que animou o legislador quando da estipulação das hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar. Por meio de revisão de literatura, de obras, principalmente, de Direito Processual Penal, tangenciando, ainda, pelas searas do Direito Constitucional, Direito da Criança e do Adolescente e Direito do Idoso, bem como pelas alegações acerca do assunto apresentadas por magistrados em julgados dos tribunais superiores, observou-se que o legislador, ao estipular as ditas hipóteses, fundou-se em razões humanitárias, amparando-se em princípios constitucionais, tais como a Dignidade da Pessoa Humana, a Prioridade Absoluta e o Superior Interesse da Criança e do Adolescente. Dito isso, portanto, verifica-se que a prisão preventiva domiciliar é uma forma de efetivação de preceitos de ordem constitucional, possibilitando que o Estado se consolide como um Estado Democrático de Direito, ao concretizar ditames principiológicos previstos em sua Constituição.

Palavras-chaves: Processo penal. Prisão preventiva domiciliar. Hipóteses de cabimento. Razões humanitárias. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

RESUMÉ

Ainsi comme toute normalisation, la positivation des hypothèses de légitimation de la substitution de la détention provisoire par la détention domiciliaire a ses causes. L'objectif de cet œuvre est de présenter les raisons de positivation des hypothèses de admission de détention provisoire à domicile prévues dans le Code de Procédure Pénale. Face à la terrible réputation attribuée à cet institut après le jugement du *Habeas Corpus* 151.057, du District Fédéral, jugé par la Suprême Cour Fédérale, accordant à la patiente Adriana Ancelmo, ancienne première dame du Rio de Janeiro, le droit à exécuter la détention provisoire dans son domicile, on s'interrogeait sur ce qui encourageait le législateur à fixer les hypothèses de détention provisoire à domicile. Par une revue de la littérature, de œuvres, principalement, sur Droit de Procédure Pénale, en se communiquant, encore, avec les domaines du Droit Constitutionnel, du Droit de l'Enfant et de l'Adolescent et du Droit des Personnes Agées, ainsi que pour les allégations présentées sur ce sujet par des magistrats devant les tribunaux supérieures, on a été observé que, en fixant ces hypothèses, le législateur s'était fondé sur des raisons humanitaires, fondés sur des principes constitutionnels, comme la Dignité de la Personne Humaine, la Priorité Absolue et l'Intérêt Supérieur de l'Enfant et l'Adolescent. Donc, cela dit, on se vérifie que la détention provisoire à domicile est une forme de mise en œuvre des préceptes constitutionnels, permettant à l'État de se consolider comme un État Démocratique de Droit, en appliquant les principes dictés par sa Constitution.

Mots-clés: Procédure pénale. Détention provisoire à domicilie. Hypothèses de admission, Raisons humanitaires. Principe de la Dignité de la Personne Humaine.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ES	Espírito Santo
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LEP	Lei de Execução Penal
MG	Minas Gerais
MS	Mato Grosso do Sul
PE	Pernambuco
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
RJ	Rio de Janeiro
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR	15
2.1 Definição de prisão preventiva domiciliar	15
2.2 Diferença da prisão preventiva domiciliar de outros institutos similares.....	18
<i>2.2.1 Prisão domiciliar e prisão-albergue</i>	<i>18</i>
<i>2.2.2 Prisão domiciliar e recolhimento domiciliar noturno</i>	<i>20</i>
3 PRESSUPOSTOS, FUNDAMENTOS E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR.....	23
3.1 Pressupostos da prisão preventiva domiciliar	24
<i>3.1.1 Pressupostos positivos.....</i>	<i>24</i>
<i>3.1.2 Pressupostos negativos</i>	<i>25</i>
3.2 Fundamentos da prisão preventiva domiciliar	26
<i>3.2.1 Garantia da ordem pública.....</i>	<i>27</i>
<i>3.2.2 Garantia da ordem econômica</i>	<i>30</i>
<i>3.2.3 Conveniência da instrução criminal.....</i>	<i>31</i>
<i>3.2.4 Assegurar a aplicação da lei penal</i>	<i>32</i>
<i>3.2.5 Descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão.....</i>	<i>32</i>
3.3 Requisitos de admissibilidade da prisão preventiva domiciliar	34
<i>3.3.1 Crimes dolosos e com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos ...</i>	<i>34</i>
<i>3.3.2 Agente reincidente em crime doloso</i>	<i>36</i>
<i>3.3.3 Crime envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência.....</i>	<i>36</i>
<i>3.3.4 Existência de dúvidas sobre a identidade do indiciado ou do acusado</i>	<i>37</i>
4 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS RAZÕES DE SUA POSITIVAÇÃO.....	39

4.1	Maior de 80 (oitenta) anos	42
4.2	Extremamente debilitado por motivo de doença grave	44
4.3	Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.....	46
4.4	Gestante	48
4.5	Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos	51
4.6	Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos	57
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	59
	REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Deparando-se com o Código de Processo Penal, diploma normativo do longínquo ano de 1941, observa-se que a prisão preventiva domiciliar foi incluída, legalmente, no ordenamento jurídico brasileiro tão somente em 2011, tratando-se, portanto, de um instituto recente na ordem jurídica do Brasil.

Destaca-se, porém, que a prisão preventiva domiciliar é um pouco mais antiga, sendo, em tese, dentro da ordem jurídica brasileira, uma criação do Poder Judiciário, conforme se observa em julgados tais como o *Habeas Corpus* 179621 do STJ, e o *Habeas Corpus* 25195/MS do TRF da 3ª Região.

Essa invenção é oriunda de uma interpretação extensiva, ou de uma aplicação analógica, do artigo 117, da Lei de Execução Penal, possibilitando, aos presos preventivos, a concessão de tal benefício, nos casos de possibilidade de deferimento de prisão-albergue (MENDONÇA, 2011, p. 405-406).

No entanto, com o objetivo de regular de uma maneira mais precisa a prisão preventiva domiciliar, o legislador, por meio da Lei nº 12.403/11, normatizou esse instituto, expondo as hipóteses próprias, previstas no artigo 318, do Código de Processo Penal, de cabimento do supramencionado instituto.

Porém, o legislador não se limitou as hipóteses trazidas pela Lei nº 12.403/11. Diante de circunstâncias que mereciam uma atenção especial, por meio da Lei nº 13.257/2016, foram acrescentadas, ao Código de Processo Penal, novas situações que autorizariam a concessão da prisão preventiva domiciliar.

Um dessas novas hipóteses, qual seja, a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando a presa possui filho de até 12 anos de idade incompletos, deu origem, talvez, ao que seja o caso mais famoso de deferimento de prisão preventiva domiciliar.

Trata-se do caso de Adriana Ancelmo, ex-primeira-dama do Estado do Rio de Janeiro, conforme noticiado pelo portal de notícia G1, presa preventivamente na Operação Calicute, um desdobrado da Operação Lava-Jato, sendo essa detenta beneficiada com a prisão domiciliar, uma vez que possuía filho menor de doze anos, estando essa situação prevista como legitimadora da prisão domiciliar.

Ocorre que muito se questionou essa decisão tendo em vista que Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, pessoa de alto poder aquisitivo e que pagava, de acordo com o exposto pelo G1, por volta de R\$ 20.000,00 (vinte

mil reais) à babá de seus filhos, foi beneficiada com a prisão domiciliar, enquanto isso, outras inúmeras detentas espalhadas pelo Brasil com, por vezes, mais de um filho menor de doze anos para cuidarem e de baixo poderio financeiro têm seus pedidos indeferidos.

Esse caso acabou fazendo que, de alguma forma, a prisão preventiva domiciliar ganhasse uma reputação ruim perante a sociedade, que em geral, é leiga em Direito e concluiu que esse instituto seria apenas mais um para permitir alguma regalia ao réu, causando, assim, perante a coletividade, um sentimento de impunidade.

No entanto, sabe-se, certamente, que não foi intenção do legislador criar, legalmente, um instituto jurídico penal com o objetivo de que o mesmo seja um instrumento de impunidade. Considerando essa assertiva e a necessidade de maiores esclarecimentos diante dessas conclusões equivocadas sobre os motivos da prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, oriundas do senso comum popular, leigo em Direito, indaga-se, então, quais seriam as razões da positivação das hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar do Código de Processo Penal?

Esta obra, portanto, tem por objetivo principal responder a indagação suscitada no parágrafo anterior, ou seja, demonstrar os motivos da positivação das hipóteses legais de concessão de prisão preventiva domiciliar com base no ordenamento jurídico pátrio.

No mais, antes de demonstrar possíveis respostas, serão abordadas temáticas como a definição precisa de prisão preventiva domiciliar; a indicação da natureza jurídica desse instituto; a diferenciação da prisão preventiva domiciliar de outros institutos similares previstos nas normas brasileiras; a delimitação e exposição dos pressupostos, dos fundamentos e dos requisitos da prisão domiciliar; bem como a demonstração de como dispositivos de outras searas do Direito acabam por influir nesse instituto e de quem é, de fato, o principal beneficiário da prisão preventiva domiciliar.

Com o intuito de expor de uma forma clara e fundamentada as devidas conclusões, apresentar-se-á argumentos suscitados em obras jurídicas, sejam livros, artigos científicos ou dissertações que abordem temáticas que, pelo menos, tangenciem questões pertinentes à prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva.

Além disso, há a análise de jurisprudências e de textos normativos, uma vez ser imprescindível uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro como um todo para determinar quais são, de fato, as razões para a positivação das hipóteses de cabimento de prisão preventiva domiciliar.

Por fim, ressalta-se que esta obra está dividida, exatamente, em três capítulos. De início, no primeiro capítulo, abordar-se-á noções introdutórias da prisão domiciliar

substitutiva da prisão preventiva. Já no segundo capítulo, tratar-se-á dos pressupostos, dos fundamentos e dos requisitos da prisão preventiva domiciliar. Por fim, no terceiro capítulo, serão expostas as hipóteses de cabimento do supramencionado instituto, bem como as razões da positivação dessas hipóteses de deferimento de prisão preventiva domiciliar do Código de Processo Penal.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DA PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR

Neste primeiro momento, versar-se-á, principalmente, acerca da definição da prisão preventiva domiciliar, delimitando-a e diferenciando-a de demais institutos jurídicos que, analisados genericamente, possuem similaridade com a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva.

2.1 Definição de prisão preventiva domiciliar

Conforme destacado em momento oportuno, a positivação da prisão preventiva domiciliar é recente dentro da ordem jurídica brasileira. Apesar de estar dentro de uma codificação da década de 1940, tal instituto só foi posto, legalmente, no ordenamento jurídico do Brasil em 2011, com o advento da Lei nº 12.403/11.

Por meio desta norma, além de estipular as hipóteses, momentâneas, de cabimento do supracitado instrumento processual, o legislador, em uma função, em tese, atípica, preocupou-se em estabelecer um conceito para prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva.

Diz-se atípica, pois, de maneira geral, a definição de instrumentos jurídicos fica a cargo dos cientistas do Direito, restando ao editor das normas jurídicas a estipulação de hipóteses que podem vir a se concretizarem no mundo fático, gerando, conseqüentemente e em razão desses dispositivos legais, conseqüências jurídicas.

Porém, no que se refere à prisão domiciliar, como citado, a própria Lei nº 12.403/11, que editou o Código de Processo Penal, tratou de trazer sua definição, constante, exatamente, no artigo 317, do CPP, informando que “a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial” (BRASIL, 2019a).

Diante do disposto no supramencionado artigo, realça-se, de início, que a prisão preventiva domiciliar é concedida ao indiciado ou ao acusado, podendo-se concluir, então, que o referido instituto pode ser deferido tanto durante a fase inquisitorial da persecução penal, quanto na fase de ação penal (MARCÃO, 2018, p. 752).

Dito isso, é importante ressaltar que, quando em fase de inquérito policial, a prisão preventiva domiciliar pode ser concedida por meio de representação da autoridade policial, de requerimento do Ministério Público ou pode ser solicitada pelo investigado (MARCÃO, 2018, p. 752).

Já durante o trâmite de ação penal, o supracitado instrumento processual penal pode ser determinado de ofício pelo magistrado, bem como pode ser requerido por qualquer das partes, seja o próprio réu, seja o Órgão Ministerial (MARCÃO, 2018, p. 752).

Além disso, verifica-se, diante de uma interpretação literal, que a prisão preventiva domiciliar deverá ser cumprida na casa do indiciado ou do acusado. Perante a literalidade do texto normativo, questiona-se sobre a possibilidade de concessão da prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva para o sem-teto, uma vez que pessoa que se encontra nessa situação não possui residência.

Gonçalves e Reis (2018, p. 228), provavelmente se baseando na interpretação literal do artigo 317, do Código de Processo Penal, afirmam que o morador de rua, por não possuir casa, não pode ser beneficiado com a prisão domiciliar, posto que seria impossível o mesmo estabelecer todos os critérios legais que permitem a concessão do benefício.

Por outro lado, Marques e Martini (2012, p.123) concluem que é possível a substituição da prisão preventiva em domiciliar em favor de pessoa que não possui casa, estabelecendo-se, para tanto, residência de familiar ou de amigo como local de cumprimento da medida cautelar.

No mais, ainda abordando o teor do artigo 317, do Código de Processo Penal, percebe-se a necessidade de autorização judicial para que o preso possa se ausentar de casa quando submetido à prisão domiciliar. Ou seja, é indispensável determinação judicial que possibilite a ausência, mesmo que momentânea, daquele que se encontra preso preventivamente em seu domicílio.

Conforme narra Marcão (2018, p. 762),

A autorização para saída da residência em que deva permanecer sob cumprimento de pena é medida excepcional que, em regra, deverá ser solicitada e concedida previamente a cada saída, até porque demanda a demonstração das hipóteses autorizadoras, que deverão ser analisadas contemporaneamente ao pedido.

Apesar do exposto, não há empecilho no sentido de limitar o juiz a determinar as situações que possibilitam a saída do preso de sua residência no momento da concessão do benefício (MARCÃO, 2018, p. 762), devendo, com base no artigo 318, § 1º, do Código de Processo Penal, o juiz dispor de elementos suficientes para justificar sua decisão (BRASIL, 2019a).

Entretanto, não é qualquer situação que permite a saída do preso. Por exemplo, segundo Lopes Júnior (2017, p. 407), não se pode admitir que o preso domiciliar trabalhe, uma vez que essa circunstância seria contrária a natureza do instituto, ao ponto de

descaracterizar a restrição à liberdade, característica, por óbvio, pertinente à prisão preventiva domiciliar.

Dito isso, ressalta-se que são poucas as situações que legitimam a saída do preso domiciliar de sua casa, tais como consultas médicas, audiências judiciais, cultos religiosos e consultas advocatícias (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 407); bem como sessões de hemodiálise e de quimioterapia, no caso de pessoas extremamente debilitadas por motivo de doença grave (MARCÃO, 2018, p. 762).

Além disso, é indispensável salientar que “em situações justificáveis, emergenciais, em que a integridade física da pessoa está em risco, obviamente poderá sair de seu domicílio, sem que sua prisão domiciliar seja revogada” (MARQUES; MARTINI, 2012, p. 123).

Porém, o disposto no artigo 317, do Código de Processo Penal, não é suficiente para delimitar um conceito legal preciso da prisão preventiva domiciliar. Para tanto, faz-se essencial a leitura do artigo 318, do CPP, narrando, em parte, que “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar [...]” (BRASIL, 2019a).

Com base na compreensão literal do supramencionado dispositivo, percebe-se que a prisão domiciliar “[...] é substitutiva da prisão preventiva, estando, portanto, submetida aos mesmos requisitos e princípios” (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 171), não sendo, portanto uma alternativa à prisão preventiva, mas sim uma substituta (PACELLI, 2018, p. 581).

Assim sendo, diante dessas constatações, informa-se que a prisão domiciliar é uma forma de cumprimento de prisão preventiva (AVENA, 2018, p. 1187), só que cumprida na residência do preso, não sendo, portanto, uma cautelar pessoal autônoma (BADARÓ, 2018, p. 1081), uma vez que a mesma sequer está prevista no rol taxativo das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, estampado no artigo 319, do Código de Processo Penal.

Aponta-se, ainda, que a prisão domiciliar só é cabível em casos que seja possível a decretação de prisão preventiva, uma vez que a prisão domiciliar é uma prisão preventiva, só que cumprida em local diverso do presídio, qual seja, a residência do preso (MARQUES; MARTINI, 2012, p. 123). Isto é, diante de sua natureza substitutiva, a prisão domiciliar procede a prisão preventiva anteriormente decretada (FISHER; PACELLI, 2018, p. 720).

Exposto o conceito legal do instituto e feita as devidas considerações pertinentes ao artigo 317, do Código de Processo Penal, e ao *caput* do artigo 318, do mesmo diploma normativo, ressalta-se uma definição atribuída por Marcão (2018, p. 752), informando que

A prisão domiciliar substitutiva da preventiva é modalidade de prisão cautelar em regime domiciliar, cuja concessão se encontra condicionada à satisfação de

determinados requisitos e sua permanência ao atendimento de outros, a ser determinada pelo juiz, em decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial, mediante requerimento do Ministério Público ou do próprio investigado.

Na presença dessa definição doutrinária, extraem-se conclusões obtidas, e aqui já expostas, com base na análise dos artigos 317 e 318, *caput*, do Código de Processo Penal, tais como o fato da prisão domiciliar prevista nesses dispositivos se tratar de uma prisão substitutiva da preventiva e que a prisão preventiva domiciliar pode ser concedida tanto ao indiciado quanto ao acusado, isto é, tanto na fase inquisitorial da persecução penal, quanto na fase processual.

Por fim, complementa Marcão (2018, p. 751), ao dispor sobre a prisão preventiva domiciliar, que são vantagens desse instituto a restrição cautelar da liberdade do indivíduo sem submetê-lo às mazelas do sistema carcerário; o tratamento diferenciado em virtude de situações que fogem da esfera da normalidade, circunstâncias essas que serão oportunamente e devidamente abordadas; a redução da população carcerária; e a redução de despesas do Estado em razão do encarceramento, verificando-se, desta maneira, que a prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva, de alguma forma, também pode ser benéfica ao Estado.

2.2 Diferença da prisão preventiva domiciliar de outros institutos similares

A fim de delimitar com maior precisão a prisão preventiva domiciliar, é necessário estabelecer e apontar diferenças entre esse instituto e outros parecidos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que esta obra tem, conforme oportunamente narrado, por objetivo identificar, tão somente, as razões da positivação das hipóteses de cabimento de prisão preventiva domiciliar do Código de Processo Penal, sendo, portanto, totalmente dispendioso e desnecessário uma abordagem, sob esta perspectiva, de instrumentos penais e processuais penais de caráter similar.

Nesta oportunidade, abordar-se-á, mais precisamente e sob uma análise comparativa em relação à prisão preventiva domiciliar, a prisão-albergue, prevista no artigo 117, da Lei de Execução Penal, e o recolhimento domiciliar noturno, medida cautelar diversa da prisão, com base legal no artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal.

2.2.1 Prisão domiciliar e prisão-albergue

Prevista no artigo 117, da Lei de Execução Penal, a prisão-albergue, conforme predica Marcão (2012, p. 84), “[...] é o cumprimento de pena no regime aberto, em residência particular; em casa”.

Narra-se, de início, que o supramencionado dispositivo, quando da inexistência da prisão preventiva domiciliar no Código de Processo Penal, mediante uma interpretação extensiva, possibilitava o cumprimento de prisão preventiva em domicílio, conforme se verifica nos já citados *Habeas Corpus* 179621 do STJ, e o *Habeas Corpus* 25195/MS do TRF da 3ª Região.

Conforme consta no HC 179612, do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 27 de agosto de 2010,

A concessão da prisão domiciliar a presos provisórios somente é possível em casos excepcionalíssimos, quando verificada a gravidade da moléstia e a urgência de um tratamento ou um procedimento cirúrgico, que só possa ser realizado fora da unidade prisional [...]. (STJ – HC: 179621, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Publicação: DJe 27/08/2010).

No mesmo sentido é o HC 25195/MS do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que possui a seguinte redação:

O benefício da prisão domiciliar aos presos provisórios só pode ser concedido em casos excepcionais, quando a situação médica efetivamente demonstre a necessidade do tratamento e resta impossível ao estabelecimento prisional provê-lo. (TRF-3 – HC: 25195 MS 2010.03.00.025195-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI, Data de Julgamento: 19/10/2010, PRIEMIRA TURMA).

Com base nesses julgados, conclui-se, de imediato, que, antes do advento da Lei nº 12.403/11, que era possível a substituição da prisão preventiva em domiciliar em situações de excepcionalidade, com respaldo principiológico e aplicando-se, extensivamente, o disposto no artigo 117, da Lei de Execução Penal, sendo, portanto, essas situações excepcionais determinadas e estabelecidas pelo Poder Judiciário, cabendo ao mesmo decidir se o caso em questão era passível de substituição da prisão preventiva pela domiciliar ou não.

No entanto, com a instituição legal da prisão preventiva domiciliar no ordenamento jurídico, por meio da Lei nº 12.403/11, essa medida cautelar passou a ter suas próprias hipóteses normativas, não sendo mais necessário, em tese, juízo de valor do magistrado quanto à excepcionalidade da situação, uma vez que as circunstâncias descritas no artigo 318, do Código de Processo Penal, por si só, já são excepcionais.

Ademais, essa previsão normativa é a primeira diferença entre os destacados institutos. A prisão-albergue é versada na Lei de Execução Penal, sendo a prisão preventiva domiciliar tratada no Código de Processo Penal.

Superada essa questão, cabe destacar, neste momento, que o supramencionado dispositivo da LEP, em seu *caput*, informa que a prisão-albergue só será admitida ao beneficiário de regime aberto. Ou seja, “[...] o condenado que estiver em regime fechado ou semiaberto, ainda que se encontre numa daquelas situações listadas no art. 117 da LEP, não poderá cumprir pena na modalidade domiciliar” (MARCÃO, 2012, p. 85).

Aqui surge a segunda diferença essencial entre a prisão-albergue e a prisão preventiva domiciliar. Enquanto a prisão-albergue é um benefício concedido a quem já está cumprindo pena, ou seja, já foi condenado, a prisão preventiva domiciliar possui uma natureza cautelar, isto é, ela é deferida antes de condenação transitada em julgado de seu beneficiário.

Por fim, outra diferença marcante entre esses institutos são suas hipóteses de cabimento. A prisão-albergue é concedida quando se trata de condenado maior de 70 anos, acometido de doença grave, bem como condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental, e gestante (BRASIL, 2019b).

Já as hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar, previstas no artigo 318, do Código de Processo Penal, e que serão melhor versadas em momento oportuno, possibilitam a concessão do benefício para preso maior de 80 anos; extremamente debilitado por motivo de doença grave; imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; gestante; mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos; e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 anos de idade incompletos (BRASIL, 2019a).

Ressalta-se, ainda, que, tratando-se das hipóteses que abordam a situação da mulher gestante ou responsável por criança ou deficiente, a prisão preventiva será substituída pela prisão domiciliar, salvo se o crime praticado pelo preso tiver sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa ou se o crime tiver sido cometido sobre a criança ou o deficiente em responsabilidade da agente (BRASIL, 2019a), conforme se extrai do artigo 318-A, do Código de Processo Penal.

2.2.2 Prisão domiciliar e recolhimento domiciliar noturno

Previsto no artigo 319, inciso V, do Código de Processo Penal, o recolhimento domiciliar noturno é consistente na manutenção do acusado ou do investigado em residência, durante o período noturno e nos dias de folga, quando o mesmo tiver trabalho fixo (MARCÃO, 2018, p. 820), sendo essa medida imposta alternativamente a prisão, quando

inexistente a necessidade da manutenção da prisão em cárcere tradicional (REBOUÇAS, 2017, p. 860).

No mais, conforme Lopes Júnior (2017, p. 163), o recolhimento domiciliar noturno se trata de uma medida cautelar diversa da prisão secundária, tendo em vista que, para assegurar sua máxima eficácia, faz-se indispensável a cumulação dessa medida com o monitoramento eletrônico, já que a imposição tão somente desta medida poderia fazer com que a mesma restasse ineficiente, diante da dificuldade de fiscalização do investigado ou do acusado.

Diante do conceito acima atribuído ao recolhimento domiciliar noturno, conclui-se que para a concessão da medida cautelar de recolhimento domiciliar noturno, é indispensável a existência de três requisitos básicos, quais sejam, residência fixa, atividade laboral fixa e ocorrência de noites sem atividade laboral e dias de folga (AVENA, 2018, p. 1077).

Dito isso, entende-se, primeiramente, que é sem sentido a imposição de recolhimento domiciliar noturno em alternativa a prisão preventiva caso o investigado ou o acusado não possua casa ou emprego (MARCÃO, 2018, p. 821).

Num segundo momento, informa-se que, como predica Marcão (2018, p. 821), “se o agente estiver ativado em trabalho noturno, a restrição não poderá ser imposta, por representar medida desnecessária, inadequada e limitadora da subsistência do inculpado e de seus eventuais dependentes”, destacando que, ainda de acordo com Marcão (2018, p. 820), período noturno é aquele entre as 20 horas de um dia e às 6 horas do outro.

Sendo assim, em tese, não seria possível uma interpretação extensiva do artigo 319, V, do Código de Processo Penal, no sentido de conceder a medida cautelar de recolhimento noturno durante o dia, uma vez que, por se tratar de norma que limita o direito à liberdade, deve ser interpretada restritivamente (AVENA, 2018, p. 1077).

Feitas as devidas considerações iniciais acerca do recolhimento domiciliar noturno, abordar-se-á, nesta oportunidade, as diferenças desse instituto e da prisão preventiva domiciliar, destacando, de início, uma diferença retirada do conceito atribuído ao recolhimento domiciliar noturno no começo desta seção terciária.

Como já reproduzido, conforme Rebouças (2017, p. 860), o recolhimento domiciliar é medida alternativa a prisão preventiva, podendo ser aplicada autonomamente, diferentemente da prisão preventiva domiciliar, que não possui existência própria, sendo apenas uma substituta da restrição preventiva (AVENA, 2018, p. 1187).

Outra diferença, citada por Avena (2018, p. 1187), é que

Nas hipóteses dos arts. 317 e 318 do CPP, opera-se a decretação da preventiva, que, não obstante, tem determinado o seu cumprimento em forma de prisão domiciliar; já no caso do art. 319, V, do CPP, ocorre o inverso, pois o que o juiz impõe é uma medida cautelar diversa da prisão (o recolhimento domiciliar) que, entretanto, poderá vir a ser convertida em prisão preventiva, se descumprida injustificadamente pelo agente e se não for cabível sua substituição ou cumulação com outra não privativa da liberdade (arts. 282, § 4.º, e 312, parágrafo único, do CPP).

Além disso, realça-se que “a prisão domiciliar que substitui a preventiva possui conotação de tempo integral, apenas podendo o agente ausentar-se da residência mediante autorização judicial (art. 317). Já na hipótese do recolhimento domiciliar do art. 319, inciso V, deve ocorrer apenas no período noturno e nos dias de folga” (AVENA, 2018, p. 1187).

Finalizando as diferenças entre esses dois institutos, Avena (2018, p. 1187) explica que

Enquanto a prisão domiciliar destina-se a determinados beneficiários, levando em conta suas condições pessoais particularizadas, o objetivo presumível da medida cautelar de recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga é dificultar a prática de novas infrações penais.

Por fim, segundo informa Capez (2018, p. 349), é importante salientar a distinção entre prisão preventiva domiciliar e recolhimento domiciliar noturno, pois, além de se tratarem de institutos diversos, no caso de cumprimento da supracitada medida cautelar diversa da prisão não será cabível a detração penal, sendo, em seu turno, aplicável no caso de prisão domiciliar substitutiva da prisão preventiva.

3 PRESSUPOSTOS, FUNDAMENTOS E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR

Nesta oportunidade, abordar-se-á os pressupostos, os fundamentos e os requisitos de admissibilidade da prisão preventiva domiciliar, elementos indispensáveis para que a mesma possa ser concedida.

Num primeiro momento, deparando-se com os artigos do Código de Processo Penal que versam sobre a prisão domiciliar, não se verifica a existência de pressupostos, fundamentos e requisitos de admissibilidade para concessão desse benefício, levando-se, portanto, primeiramente, a uma falsa conclusão da inexistência desses elementos.

No entanto, é importante lembrar, conforme já mencionado anteriormente, que a prisão preventiva domiciliar nada mais é do que uma substituta da prisão preventiva (PACELLI, 2018, p. 581), estando submetida aos requisitos e princípios dessa prisão cautelar (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 171).

Ou seja, a prisão domiciliar, prevista nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal é uma forma de cumprimento de prisão preventiva (AVENA, 2018, p. 1187), podendo-se concluir, a partir dessas informações que os pressupostos, os fundamentos e os requisitos de admissibilidade da prisão preventiva domiciliar são os mesmos da prisão preventiva, estipulada no artigo 311, do CPP.

Caso ausentes esses elementos pertencentes à prisão preventiva, não resta justificada a manutenção da prisão domiciliar, posto que, se esta existisse sem os pressupostos, fundamentos e requisitos de admissibilidade da prisão preventiva, a prisão preventiva domiciliar perderia sua natureza jurídica de substituta da prisão preventiva, passando a ser uma espécie de figura atípica e não prevista no rol taxativo do artigo 319 do Código de Processo Penal de medida cautelar diversa da prisão, o que seria, então, uma aberração jurídica e uma afronta ao ordenamento jurídico.

Neste sentido, Mendonça (2011, p. 407) defende que

[...] o legislador considera a prisão domiciliar como uma forma de prisão preventiva domiciliar e não como medida cautelar alternativa à prisão. Em outras palavras, a prisão domiciliar não foi estipulada, em princípio, com a finalidade de impedir a decretação da prisão preventiva, mas justamente de substituí-la [...].

Por fim, destaca-se que tais elementos, como se observa no supramencionado diploma normativo, encontram-se, precisamente, nos artigos 312, 313 e 314, que serão explorados de maneira mais detalhada a partir deste momento.

3.1 Pressupostos da prisão preventiva domiciliar

De início, é importante ressaltar que este tópico será dividido em duas partes, adotando-se, neste momento, a classificação e as terminologias utilizadas por Badaró (2018, p. 1062-1063).

Dito isso, informa-se que tal autor discorre sobre a existência de duas espécies de pressupostos da prisão preventiva e, conseqüentemente, pelas razões já expostas, da prisão domiciliar, quais sejam, os pressupostos positivos e os pressupostos negativos, que serão a seguir explanados.

3.1.1 Pressupostos positivos

Conforme narra Badaró (2018, p. 1062), os pressupostos positivos da prisão preventiva domiciliar estão presentes no artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal, sendo, mais precisamente, em consonância com a redação do supracitado dispositivo processual, “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (BRASIL, 2019a), elementos esses que compõe o que é chamado de *fumus comissi delicti* por autores como Avena (2018, p. 1156) e Badaró (2018, p. 1062).

Dito isso, é indispensável realçar que, segundo expõe Capez (2018, p. 342), “não se admite a prisão preventiva quando improvável, à luz do *in dubio pro societate*, a existência do crime ou a autoria imputada ao agente”. Logo, conclui-se logicamente, que não se deve ser admitida prisão preventiva domiciliar diante da ausência de elementos de informação que apontem a autoria ou a existência delitiva.

Quanto à prova da existência do crime, Avena (2018, p. 1156) assevera que a prova da existência do crime se trata da demonstração efetiva nos autos da ocorrência do delito. Isto é, para que seja possível a existência da prisão domiciliar, tem-se que haver certificada a existência do crime, não se aceitando, portanto, a mera possibilidade de acontecimento de conduta delitiva.

No que tange aos indícios suficientes de autoria, estes, segundo Bonfim (2017, p. 606), são elementos idôneos capazes de criar no magistrado a percepção que o imputado, de alguma forma, contribuiu, volitivamente, para a prática da ação nuclear do tipo penal. No mesmo sentido, Avena (2018, p. 1156) discorre que indício suficiente de autoria

[...] é aquele que, muito embora situado no campo da probabilidade, baseia-se em fatores concretos indicativos de que o indivíduo, efetivamente, possa ter praticado a infração penal sob apuração. Não se demanda, enfim, neste juízo provisório, prova plena de autoria, já que este é grau de certeza exigido por ocasião do mérito da ação penal, quando se visa à condenação do acusado.

Ou seja, não é necessário que o julgador tenha plena certeza da autoria delitiva, sendo, tão somente, suficiente, a existência de elementos de informação que permitam o magistrado apontar que o imputado pode ter sido o autor ou o partícipe do delito (BADARÓ, 2018, p. 1063).

Por fim, ressalta-se que, apesar do artigo 312 do Código de Processo Penal trazer em sua redação a expressão “indício suficiente de autoria”, é possível a decretação da prisão preventiva domiciliar àqueles que não praticaram, diretamente, os atos de execução do crime, mas tiveram participação ensejadora de responsabilização penal, ou seja, aos partícipes do delito (AVENA, 2018, p. 1156).

3.1.2 Pressupostos negativos

Conforme prescreve Badaró (2018, p. 1063), os pressupostos negativos da prisão preventiva e, conseqüentemente, da prisão domiciliar estão previstos no artigo 314 do Código de Processo Penal, que narra, em síntese, que a prisão preventiva não será decretada, portanto, em consequência, nem substituída pela prisão domiciliar, se o magistrado verificar que a conduta dos agentes se deu em decorrência da legítima defesa, do estado de necessidade, do exercício regular de um direito ou do estrito cumprimento de dever legal (BRASIL, 2019a).

Ou seja, não se decreta prisão preventiva e nem a substitui, por óbvio, por prisão domiciliar, se o magistrado observar que a conduta está resguardada por alguma das causas excludentes da ilicitude ou da antijuridicidade (BADARÓ, 2018, p. 1063). Nesse mesmo sentido, Lopes Júnior (2017, p. 113) explica que

Se houver prova razoável de que o agente tenha praticado o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, tais como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não caberá a prisão preventiva, por ausência de fumaça de ilicitude na conduta.

Portanto, para a decretação da prisão preventiva e substituição pela prisão domiciliar, é indispensável que a conduta seja, de fato, ilícita, do ponto de vista criminal, justificando, assim, a aplicação dos supramencionados institutos.

Além disso, imprescindível é destacar que Badaró (2018, p. 1065) defende que “se o juiz verificar, pela prova dos autos, que o agente praticou o fato em condições que

exclua a culpabilidade, não poderá decretar a prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar, por analogia com o art. 314 do CPP”. Isto é, não seriam as causas excludentes de ilicitude os únicos pressupostos negativos da prisão preventiva domiciliar, mas as causas excludentes de culpabilidade ocupariam, também, essa posição, em decorrência de analogia do artigo 314 do Código de Processo Penal, sendo, então, preciso a demonstração da existência dos elementos componentes da culpabilidade penal para a decretação da prisão preventiva e da prisão domiciliar (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 97).

Em razão disso, conclui-se que para a decretação e manutenção da prisão preventiva domiciliar é fundamental a existência de indícios contundentes de que a conduta perpetrada pelo agente seja típica, ilícita ou antijurídica e culpável (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 97).

3.2 Fundamentos da prisão preventiva domiciliar

Previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, os fundamentos da prisão preventiva e, conseqüentemente, da prisão preventiva domiciliar apontam a justificativa da decretação e manutenção do agente preso, diante do perigo da liberdade do acusado ou do indiciado para o processo (MENDONÇA, 2011, p. 262), tratando-se, portanto, dos motivos que ensejam a decretação dessa prisão cautelar, funcionando com fundamentação da decisão judicial deferitória (AVENA, 2018, p. 1158).

Em outros termos, os fundamentos da prisão preventiva domiciliar são o chamado *periculum libertatis* (MENDONÇA, 2011, p. 1158), que nada mais é do que o estado de perigo decorrente da liberdade do acusado ou do investigado, causando risco para a ordem pública, para a ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 98), sendo esses os fundamentos da prisão domiciliar.

Além desses, o parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal informa que “a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares” (BRASIL, 2019a), sendo, conseqüentemente, caso oportuno, substituída essa prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Numa primeira leitura, sem qualquer análise mais racional, pode-se concluir, de imediato, que o disposto no artigo 312, parágrafo único do CPP seria mais um fundamento da prisão preventiva e da prisão preventiva domiciliar. Entretanto, em momento oportuno,

comentários mais pertinentes e melhores desenvolvidos serão expostos no que tange essa questão.

É inescusável ressaltar que para a decretação e manutenção da prisão preventiva domiciliar é necessária a existência de somente um desses fundamentos, não precisando da configuração de todos ao mesmo tempo (AVENA, 2018, p. 1159).

Dito tudo isso, passa-se a abordar, a partir deste momento, individualmente, cada um dos fundamentos da prisão preventiva domiciliar, apontando as questões pertinentes acerca desses fundamentos.

3.2.1 Garantia da ordem pública

Primeiro fundamento exposto no texto do artigo 312 do Código de Processo Penal, a garantia da ordem pública é um fundamento de conteúdo vago e indeterminado (BADARÓ, 2018, p. 1065), sendo seu significado e sua aplicação não pacíficos na doutrina e na jurisprudência (BONFIM, 2017, p. 606), diante da abstratividade do conceito dessa terminologia.

Apresentando perspectivas doutrinárias, colaciona-se, de início, entendimento de Avena (2018, p. 1159) sobre a garantia da ordem pública, predicando que a prisão preventiva e, por lógica, a prisão domiciliar sob o fundamento da manutenção da ordem pública se justifica quando a liberdade do acusado ou do indiciado, em decorrência de sua periculosidade, ocasionada intranquilidade social, sob o receio de que o mesmo volte a praticar novas infrações penais.

No mais, Avena (2018, p. 1159) comunica que

Não bastam, para que seja decretada a preventiva com base neste motivo, ilações abstratas sobre a possibilidade de que venha o agente a delinquir, isto é, sem a indicação concreta e atual da existência do *periculum in mora*. É preciso, pois, que sejam apresentados fundamentos que demonstrem a efetiva necessidade da restrição cautelar para evitar a reiteração na prática delitiva.

Por seu turno, Bonfim (2017, p. 606) narra que a decretação e manutenção de prisão cautelar justificada pela garantia da ordem pública ocorre visando que o acusado ou o indiciado não volte delinquir durante a persecução penal, e, conseqüentemente, a manutenção da paz social.

Além disso, por meio dessa justificativa, segundo predica Bonfim (2017, p. 606), pretende o Poder Judiciário, ao decretar a prisão preventiva ou a prisão preventiva domiciliar,

demonstrar sua credibilidade, expondo à sociedade sua autoridade, colocada em xeque com a prática do crime e por sua repercussão.

Já Capez (2018, p. 342), por sua vez, informa que “garantir a ordem pública significa impedir novos crimes durante o processo”, devendo a prisão preventiva, ou domiciliar, se o caso, ser “[...] decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social” (CAPEZ, 2018, p. 342).

Marcão (2018, p. 739), em sua obra, expõe que

A fundamentação da prisão preventiva consistente na garantia da ordem pública deve lastrear-se na intranquilidade social causada pelo crime e/ou na demonstrada probabilidade de reiteração, a ponto de colocar em risco a paz social e a estabilidade das instituições democráticas.

Por fim, no que diz respeito a uma abordagem doutrinária, demonstra-se o predicado por Rangel (2018, p. 829), dispondo que “por ordem pública, devem-se entender a paz e a tranquilidade social, que devem existir no seio da comunidade, com todas as pessoas vivendo em perfeita harmonia, sem que haja qualquer comportamento divorciado do *modus vivendi* em sociedade”.

Ainda segundo Rangel (2018, p. 830), “[...] se o indiciado ou o acusado em liberdade continuar a praticar ilícitos penais, haverá perturbação da ordem pública, e a medida extrema é necessária se estiverem presentes os demais requisitos legais”.

Diante do vago e indeterminado conceito de ordem pública (BADARÓ, 2018, p. 1065), por óbvio, os tribunais superiores brasileiros, mais notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, não poderiam deixar de, por meio de seus julgados, apontarem situações que legitimariam, mesmo que questionavelmente, a decretação e a manutenção de prisão preventiva ou de prisão domiciliar fundada na necessidade de garantia da ordem pública.

Iniciando-se pelo STF, a Suprema Corte do Brasil entende que a periculosidade do acusado ou do indiciado é suficiente para justificar a decretação de prisão cautelar fundada na garantia da ordem pública. Neste sentido

A periculosidade do réu constitui motivo apto à decretação de sua prisão cautelar, com a finalidade de garantir a ordem pública, consoante precedentes desta Suprema Corte (HC 92.719/ES, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 19.09.08; HC 93.254/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 01.08.08; HC 94.248/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 27.06.08). (HC 95685, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-04 PP-00730 RF v. 105, n. 401, 2009, p. 557-563)

O Supremo Tribunal Federal, também, tem entendimento no sentido de ser possível a decretação de prisão preventiva em consideração à gravidade dos fatos, situação que, em tese, demonstraria a personalidade, voltada ao crime, do investigado ou do acusado, decidindo a supracitada corte nos seguintes termos:

É legítimo o decreto de prisão preventiva que ressalta, objetivamente, a necessidade de garantir a ordem pública, não em virtude da hediondez do crime praticado, mas pela gravidade dos fatos investigados na ação penal (seqüestro de criança com 6 anos de idade pelo período de 2 meses), que bem demonstram a personalidade dos pacientes e dos demais envolvidos, sendo evidente a necessidade de mantê-los segregados, especialmente pela organização e o modo de agir da quadrilha. (HC 94947, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 09/12/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-04 PP-00636).

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do *Habeas Corpus* 429690, julgou afirmando que o risco de reiteração delitiva é circunstância legitimadora de decretação de prisão preventiva fundada da necessidade de manutenção da ordem pública. Conforme ementa do julgado:

No caso, a prisão preventiva está devidamente justificada no risco de reiteração delitiva, pois o agente estava em gozo de liberdade provisória, concedida em outro processo, quando preso novamente e em flagrante pela prática de delito da mesma espécie.

Assim, ficou demonstrada a necessidade da prisão preventiva como forma de acautelar a ordem pública e cessar a contumácia delitiva do paciente. (STJ - HC: 429690 SP 2017/0327881-5, Relator: Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 27/02/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2018).

Outras situações legitimadoras da prisão preventiva ou preventiva domiciliar fundadas na necessidade de garantia da ordem pública, de acordo com o STJ, são, conforme desprendido no RHC 102773/MG, a quantidade, a natureza ou a diversidade de drogas apreendidas, no caso de prática de delito de tráfico de drogas, bem como a reincidência. Neste sentido:

No caso, quando da prisão em flagrante do recorrente, foram apreendidos 68,34 gramas de cocaína, o que justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, consoante pacífico entendimento desta Corte no sentido de que a quantidade, a natureza ou a diversidade dos entorpecentes apreendidos podem servir de fundamento ao decreto de prisão preventiva.

Ademais, o recorrente possui histórico criminal, pois é reincidente, circunstância que também justifica sua segregação cautelar para garantia da ordem pública, como forma de evitar a reiteração delitiva. (STJ - RHC: 102733 MG 2018/0231721-2, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 04/10/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2018).

3.2.2 *Garantia da ordem econômica*

Incluída no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 8.884/1994, conhecida como Lei Antitruste (MENDONÇA, 2011, p. 271), e oriunda do combate aos crimes do colarinho branco (BONFIM, 2017, p. 607), a prisão preventiva em decorrência da necessidade da garantia da ordem econômica se trata de uma variável, por óbvio, mais específica, da garantia da ordem pública relacionada a uma determinada gama de delitos (AVENA, 2018, p. 1160).

Segundo Badaró (2018, p. 1069), “a prisão para garantia da ordem econômica tem sido identificada com situações de crimes que envolvam vultosos golpes no mercado financeiro, abalando a credibilidade na ordem econômica ou do sistema financeiro”, narrando Bonfim (2017, p. 607) que “o encarceramento, nesse caso, visa impedir que o indiciado ou réu continue sua atividade prejudicial à ordem econômica e financeira”, além de buscar “[...] salvaguardar a credibilidade da Justiça, afastando a sensação de impunidade” (BONFIM, 2017, p. 607).

Esse fundamento pode ser utilizado quando do cometimento de crimes contra a economia popular, crimes do colarinho brancos, crimes previstos no Código de Defesa do Consumidor, crimes contra a ordem tributária e econômica, crimes contra a propriedade industrial e crimes de lavagem de dinheiro (AVENA, 2018, p. 1160-1161).

Dito isso, observa-se que tal previsão tem o objetivo de tutelar a livre concorrência, a livre iniciativa e a defesa do consumidor, bens jurídicos resguardados pelo artigo 170 da Constituição Federal, bem como o sistema financeiro nacional, protegido pelo artigo 192 da Magna Carta (MENDONÇA, 2011, p. 271).

Ou seja, o fundamento da garantia da ordem econômica visa impedir condutas que, de alguma forma, prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa ou que se caracterizem como formas de abuso econômico (AVENA, 2018, p. 1160).

No mais, Avena (2018, p. 1116) narra que

Sendo a garantia da ordem econômica uma forma de garantia da ordem pública, sua utilização como fundamento para a decretação da prisão preventiva exige mais do que o enquadramento da conduta como um “crime contra ordem econômica” [...]. É preciso que a gravidade da infração, a repercussão social causada e a probabilidade de reiteração da conduta criminosa imponham a medida como fator de tranquilidade e restabelecimento da paz social.

Nesse mesmo sentido, Lopes Júnior (2017, p. 100) defende a decretação de prisão respaldada por esse fundamento quando existente o “[...] risco de reiteração de praticas que

gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores”.

3.2.3 *Conveniência da instrução criminal*

Como versa Avena (2018, p. 1116), “a prisão preventiva decretada para conveniência da instrução criminal é aquela que visa impedir que o agente, em liberdade, alicie testemunhas, forje provas, destrua ou oculte elementos que possam servir de base à futura condenação”. Isto é, trata-se de uma segregação fundada na tentativa de impedir que o acusado ou o indiciado influencie na colheita de elementos de informação ou de provas (BONFIM, 2017, p. 608).

São exemplos de situações que legitimam a decretação de prisão cautelar respaldada pela conveniência da instrução criminal a existência de ameaças ou de tentativas de suborno a testemunhas, peritos (BADARÓ, 2018, p. 1070), juízes ou promotores de justiça (RANGEL, 2018, p. 830), e a destruição de documentos e vestígios do crime (CAPEZ, 2018, p. 343).

Diante disso, observa-se que este fundamento “visa à preservação da verdade real, ameaçada por comportamento do agente contrário a esse objetivo” (MARCÃO, 2018, p. 741), justificando-se pela necessidade de se assegurar um devido processo legal, livre de qualquer vício, possibilitando que o magistrado forme sua convicção de maneira mais precisa possível (RANGEL, 2018, p. 830).

Destaca-se, ainda, a necessidade de que a segregação do acusado ou do indiciado seja imprescindível para o regular desenvolvimento da instrução criminal (AVENA, 2018, p. 1161). Isto é, caso outra medida seja possível a fim de evitar com que o agente embarace a produção ou a colheita de provas, essa medida alternativa deverá ser a adotada, sendo a prisão preventiva do acusado ou do investigado a *ultima ratio*.

No mais, a prisão preventiva fundada na conveniência da instrução criminal se trata de uma prisão cautelar instrumental, sendo sua finalidade a conservação dos meios, quais sejam, as provas ou os elementos de informação, para que se possa atingir o resultado final, uma sentença sem vícios (BADARÓ, 2018, p. 1071).

Por fim, realça-se que, segundo Badaró (2018, p. 1071), com o advento da Lei nº 12.403/2011, reformando parte do Código de Processo Penal, passou-se a ser possível a decretação da prisão cautelar com o fundamento neste tópico versado ainda em fase de

investigação, antes mesmo da ação penal, podendo, portanto, ser alvo desta medida constritiva tanto o investigado quanto o acusado.

3.2.4 Assegurar a aplicação da lei penal

Denominada de prisão cautelar final, uma vez que se trata de um fundamento de prisão preventiva pelos fins a que se destina (BADARÓ, 2018, p. 1071), a prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal “[...] se fundamenta no receio justificado de que o agente se afaste do distrito da culpa, impedindo a execução da pena imposta em eventual sentença condenatória” (AVENA, 2018, p. 1163).

A prisão preventiva respaldada nesse fundamento é decretada para evitar fuga e desaparecimento do indiciado ou do acusado, sumiço esse que possa vir a frustrar a execução da sanção penal (BADARÓ, 2018, p. 1071), tendo, portanto, a prisão cautelar para assegurar a aplicação da lei penal o objetivo de garantir a utilidade e a eficácia da decisão judicial condenatória (BADARÓ, 2018, p. 1071).

Ou seja, conforme Bonfim (2017, p. 608), a decretação de prisão preventiva, ou substituição pela prisão domiciliar, fundada pela necessidade de assegurar a aplicação da lei penal “[...] faz-se necessária em nome da efetividade do processo penal, assegurando que o acusado estará presente para cumprir a pena que lhe for imposta”, tendo em vista que restaria inviabilizada a execução de pena em caso de fuga do condenado (CAPEZ, 2018, p. 343).

Ademais, conforme predica Rangel (2018, p. 831),

[...] a prisão preventiva deverá ser decretada quando houver provas seguras de que o acusado, em liberdade, irá se desfazer (ou está se desfazendo) de seus bens de raiz, ou seja, tentando livrar-se de seu patrimônio com escopo de evitar o ressarcimento dos prejuízos causados pela prática do crime. Ou ainda se há comprovação de que se encontra em lugar incerto ou não sabido com a intenção de se subtrair à aplicação da lei, pois, uma vez em fuga, não se submeterá ao império da Justiça.

Isto é, o risco de fuga deve está demonstrado nos autos, não podendo, portanto, se tratar de uma presunção ou de um achismo do magistrado (RANGEL, 2018, p. 831), sendo exemplos de perigo de fuga a venda ou a doação de bens imóveis, a obtenção de passaporte e a compra de passagens aéreas para o exterior (BADARÓ, 2018, p. 1071).

3.2.5 Descumprimento de medida cautelar alternativa à prisão

A Lei nº 12.403/2011 trouxe ao ordenamento jurídico o que seria, em tese, um novo fundamento para decretação de prisão preventiva, qual seja, o descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, estando esse respaldo previsto no parágrafo único do artigo 312 do Código de Processo Penal.

No entanto, diferentemente dos fundamentos previstos na cabeça do supramencionado dispositivo processual, o fundamento neste ponto versado só pode ser utilizado subsidiariamente, ou seja, em substituição a medida cautelar alternativa da prisão anteriormente desrespeitada (BADARÓ, 2018, p. 1073).

Enquanto os demais fundamentos podem ser aplicados desde o início para fundamentar a decretação ou a manutenção de uma prisão preventiva ou de uma prisão domiciliar, o fundamento do descumprimento de medida cautelar diversa da prisão só poderá ser utilizado num segundo momento, com o efetivo desrespeito das medidas cautelares não restritivas da liberdade (BADARÓ, 2018, p. 1073).

Também chamada de prisão preventiva por conversão (BONFIM, 2017, p. 610), a prisão preventiva fundada no descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão somente deverá ser decretada se não for possível a substituição por outra medida cautelar alternativa à prisão mais restritiva (CAPEZ, 2018, p. 343), respeitando-se o caráter de última razão da privação da liberdade.

Entretanto, em que pese a interpretação literal do disposto no parágrafo único do artigo 312 do CPP, que leva a conclusão de que o descumprimento de medida cautelar diversa da prisão se trata de fundamento capaz de decretar a prisão preventiva, não se pode aceitar que o mero descumprimento dessas medidas possibilite o magistrado possa, mesmo que cautelarmente, restringir a liberdade do indiciado ou do acusado (BADARÓ, 2018, p. 1074).

Agindo dessa forma, o julgador estaria atuando respaldado num *periculum libertatis* abstrato (BADARÓ, 2018, p. 1074), possibilitando, ainda, que o mesmo pudesse restringir a liberdade de indivíduos que, em caso de condenação, sequer seriam presos em virtude do *quantum* de pena, sendo tal situação vedada pelo ordenamento jurídico, uma vez ser nada razoável prender, mesmo que cautelarmente, alguém que, se condenado, não terá sua liberdade restrita. Seria uma situação completamente estranha na qual o acusado ou o indiciado se submeteria a medida mais grave do que sua própria pena. No mínimo desarrazoado e ilógico.

Neste sentido é Rebouças (2017, p. 942), narrando que

[...] não se pode admitir a prisão se a pena final puder ser objeto de substituição por pena restritiva de direitos, ou puder ser cumprida em regime semiaberto ou aberto,

ou puder ser condicionalmente suspensa. Do contrário, estaria sendo admitida medida cautelar mais grave que a própria consequência jurídica final atrelada à condenação definitiva.

O mais prudente, conforme versa Badaró (2018, p. 1074), seria a substituição das medidas descumpridas por outras de caráter mais restritivo, porém, sem privar o acusado ou o investigado de sua liberdade tão somente pelo desrespeito às primeiras medidas lhe impostas.

Portanto, conclui-se que o fundamento, por si só, do descumprimento de medida cautelar diversa da prisão não se sustenta, sendo, então, necessária a existência de uma dos fundamentos dispostos na cabeça do artigo 312 do Código de Processo Penal para que, assim, o magistrado possa decretar ou manter a prisão preventiva ou a prisão domiciliar.

3.3 Requisitos de admissibilidade da prisão preventiva domiciliar

Assim denominados por Bonfim (2017, p. 611), os requisitos de admissibilidade da prisão preventiva e, conseqüentemente, da prisão domiciliar estão previstos nos incisos do *caput* do artigo 313 do Código de Processo Penal, bem como no parágrafo único do citado dispositivo.

Conforme se observa no mencionado diploma processual, será admitida a decretação de prisão preventiva domiciliar nos crimes dolosos e com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; se o agente for reincidente em crime doloso; se o delito envolver violência doméstica e familiar contra mulher, menor de idade, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência; e quando houver dúvidas sobre a identidade do indiciado ou do acusado (BRASIL, 2019a).

Antes de abordar, individualmente, cada um desses requisitos de admissibilidade, é necessário ressaltar que eles não são cumulativos (REBOUÇAS, 2017, p. 941), bastando, tão somente, a configuração de um dos requisitos expostos no artigo 313 do Código de Processo Penal (BADARÓ, 2018, p. 1074).

Dito isso, tratar-se-á, a partir de agora, de cada um dos requisitos de admissibilidade da prisão preventiva domiciliar, discorrendo sobre suas peculiaridades e suas pertinências.

3.3.1 Crimes dolosos e com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos

De acordo com previsto no *caput* do artigo 313 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva, bem como a domiciliar, diante de interpretação lógica, será admitida nos crimes dolosos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (BRASIL, 2019a).

Diante de uma primeira leitura, imediatamente, percebe-se que, em regra, não existe possibilidade de prisão preventiva em crime culposos (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 103), sendo a exceção oportunamente tratada. Além disso, verifica-se impossível a prisão preventiva e a prisão domiciliar em virtude da prática de contravenção penal (MARCÃO, 2018, p. 730).

Num segundo momento, ainda sob uma óptica literal do dispositivo, ressalta-se que o legislador não diferenciou o tratamento dado entre os crimes com pena de reclusão e os delitos com pena de detenção, concluindo-se, a partir disso, que a restrição cautelar de liberdade do acusado ou do incidido pode ser decretada em crimes punidos tanto com reclusão quanto com detenção (AVENA, 2018, p. 1171).

Em verdade, o artigo 313 só prevê que o crime, no que se refere ao *quantum* da pena, tenha pena máxima superior a quatro anos. Há razão para o legislador ter optado por esse marco. De acordo com o que se afere do Código Penal, mais precisamente no artigo 44, é possível, se o agente não for reincidente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito caso o crime cometido tenha pena inferior a quatro anos e não tenha sido cometido com emprego de violência ou grave ameaça (BRASIL, 2019c).

Ou seja, sendo o indiciado ou o acusado não reincidente condenado por crime sem violência ou grave ameaça com pena máxima igual ou inferior a quatro anos, o mesmo, provavelmente, terá sua pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direito. Caso fosse possível a decretação, em regra, de prisão preventiva por crime com pena máxima inferior a quatro anos, o acusado ou o indiciado poderia se submeter à medida cautelar mais grave do que a sanção que poderia lhe ser imposta ao fim do procedimento penal, não se podendo admitir tal situação (REBOUÇAS, 2017, p. 942).

No que se refere à existência de concurso de crime, segundo predica Marcão (2018, p. 730), “[...] as repercussões nas penas cominadas deverão ser observadas para efeito de analisar o cabimento de prisão preventiva”, de forma que será possível prisão preventiva ou prisão preventiva domiciliar se o somatório das penas for superior a quatro anos (MARCÃO, 2018, p. 730).

Da mesma forma, Avena (2018, p. 1168) disserta que

[...] o cabimento da prisão preventiva em relação ao não reincidente deve ser examinado em conformidade com a operação prevista em lei para a respectiva modalidade de concurso, isto é, levando-se em conta o somatório ou a exasperação da pena máxima cominada, e não a pena de cada um dos crimes em concurso individualmente considerados.

Quanto às causas de aumento de pena, ou seja, às majorantes, utiliza-se o maior aumento, achando, assim, a pena máxima cominada ao crime (MENDONÇA, 2011, p. 239). Já no que tange às causas diminuição de pena, ou minorantes, utiliza-se o menor aumento, chegando, também, a pena máxima estipulada ao delito (MENDONÇA, 2011, p. 239).

3.3.2 Agente reincidente em crime doloso

Trata-se de requisito de admissibilidade que versa que o acusado ou o indiciado reincidente em crime doloso poderá ter em seu desfavor decretada prisão cautelar, sendo reincidente, segundo o Código Penal, o agente que cometeu novo crime, num prazo de cinco anos, depois do trânsito em julgado de sentença condenatória, no Brasil ou no exterior, por crime anterior, ressalvados os casos de crimes políticos e militares próprios (BRASIL, 2019c).

Sendo assim, conforme expõe Marcão (2018, p. 731), este requisito de admissibilidade “[...] autoriza, portanto, a decretação da prisão preventiva quando o investigado ou acusado for reincidente em crime doloso, assim reconhecido em sentença penal condenatória da qual não caiba mais recurso, salvo se tiver ocorrido a prescrição da reincidência [...]”.

É indispensável ainda ressaltar que, no que refere a este requisito, não se faz necessária existência de pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (BONFIM, 2017, p. 612), bastando, tão somente, a ocorrência de reincidência em crime doloso.

3.3.3 Crime envolvendo violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência

Inicialmente, a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, previa, tão somente, a possibilidade de decretação de prisão preventiva em decorrência de crime de violência doméstica e familiar contra mulher, tendo, oportunamente, a Lei nº 12.403/2011

reformado o Código de Processo Penal, possibilitando, também, a decretação de prisão cautelar ante a existência de delito com violência doméstica e familiar em face de criança, adolescente, enfermo ou pessoa deficiente para garantia a execução de medida protetiva de urgência (CAPEZ, 2018, p. 344).

Segundo o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente é pessoa entre doze e dezoito anos (BRASIL, 2019d). Já idoso, conforme o Estatuto do Idoso, é pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos (BRASIL, 2019e).

No mais, informa-se que enferma é pessoa doente (MARCÃO, 2018, p. 732), e que pessoa com deficiência é aquela que porta alguma necessidade em função de alguma deficiência mental ou física (MARCÃO, 2018, p. 732). Além disso, finalizando a abordagem dos termos previstos na redação legal, destaca-se que a violência empregada pelo agente pode ser tanto física quanto psicológica (MARCÃO, 2018, p. 732).

Por fim, ressalta-se que a pena máxima cominada ao crime é indiferente para a incidência desse requisito, bastando somente a existência de violência doméstica e familiar empregada em face de um dos sujeitos acima descritos (AVENA, 2018, p. 1174).

3.3.4 Existência de dúvidas sobre a identidade do indiciado ou do acusado

Conforme exposto no parágrafo único do artigo 313 do Código de Processo Penal, será possível a concessão de prisão preventiva e de prisão domiciliar quando existir dúvidas sobre a identidade da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para deixá-la clara, devendo ser liberado o preso após sua identificação (BRASIL, 2019a).

Diante da presença deste requisito, segundo Capez (2018, p. 344), “[...] pouco importa a natureza do crime ou a quantidade da pena”, sendo possível até, neste caso, de caráter excepcional, a decretação de prisão cautelar em decorrência de crime culposos (MENDONÇA, 2011, p. 250).

No mais, em concordância com o que se depreende do texto normativo, após a identificação civil do acusado ou do indiciado, o mesmo deverá ser colocado imediatamente em liberdade (CAPEZ, 2018, p. 344).

Por derradeiro, de acordo com Avena (2018, p. 1177), é indispensável mencionar que

[...] a prisão preventiva do art. 313, parágrafo único não está relacionada diretamente com a presença dos fundamentos do art. 312 do CPP, vinculando-se apenas

indiretamente a estes pressupostos, muito especialmente à garantia da ordem pública e à aplicação da lei penal. Por que indiretamente? Porque a individualização do agente constitui formalidade essencial da denúncia e da queixa-crime (art. 41 do CPP), importando sua ausência na inépcia da peça e, conseqüentemente, em nulidade do processo criminal (art. 564, IV, do CPP), que é o instrumento utilizado pelo Estado para realizar o poder-dever de punir. Ora, se o *jus puniendi* estatal for obstaculizado pela inexistência de processo criminal, sendo esta ausência provocada pela impossibilidade de identificação do acusado, a consequência mínima que daí decorre é o prejuízo à aplicação da lei penal, sem falar na própria ameaça à ordem pública, pois não há dúvidas de que a prática de uma infração penal não submetida a qualquer apuração pelo Poder Judiciário conduz à impressão de impunidade, aumentando, assim, o risco de reincidência criminosa.

4 AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA DOMICILIAR DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS RAZÕES DE SUA POSITIVAÇÃO

Conforme já dito em momento oportuno, as hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar foram postas, legalmente, no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 12.403/2011 (AVENA, 2019, p. 1028), estando, precisamente, previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal.

Segundo tal dispositivo, o magistrado poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o acusado ou o indiciado for maior de oitenta anos; estiver extremamente debilitado por motivo de grave doença; for imprescindível aos cuidados especiais de menor de seis anos ou de pessoa com deficiência; estiver gestante; for mulher com filho de até doze anos incompletos; ou for homem, caso seja o único responsável pelos cuidados de filho de até doze anos incompletos (BRASIL, 2019a).

Dito isso, num primeiro momento, destaca-se que, de acordo com Marques e Martini (2012, p. 123), essas hipóteses são taxativas, não havendo, portanto outras no ordenamento jurídico que possibilitassem a concessão da prisão preventiva domiciliar. No mais, em consonância com o entendimento de Bonfim (2019, p. 619), as mencionadas hipóteses devem ser interpretadas restritivamente, diante de seu caráter de excepcionalidade.

Questão relevante a ser ressaltada diante da leitura do artigo 318 do Código de Processo Penal diz respeito à obrigatoriedade do magistrado em deferir, ao preso provisório, pedido de prisão domiciliar substitutiva caso presentes as situações contidas nas hipóteses legais de cabimento do dito instituto.

Badaró (2018, p. 1083) defende que “embora o art. 318 utilize o verbo ‘poderá’, é de considerar que, demonstrada a hipótese de incidência do art. 318 [...], o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar. Ou seja, deve-se ler o ‘poderá’ como ‘deverá’”. Tal autor completa informando que, independentemente da gravidade do delito, da reincidência do agente ou de situações peculiares do paciente do instituto ou de seus filhos, a prisão preventiva domiciliar deverá ser concedida, uma vez o legislador não estabeleceu critérios mais específicos dos que os já contidos no artigo 318 do CPP, não cabendo, então, ao aplicador do Direito criar restrições (BADARÓ, 2018, p. 1081).

Neste sentido também é Marcão (2019, p. 780), sustentando que “[...] 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”.

Por outro lado, Gonçalves e Reis (2019, p. 229-230) argumentam que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar se trata de discricionariedade do magistrado, não sendo, então, obrigatória, discorrendo ainda que, durante a verificação do caso concreto, deve-se prevalecer o interesse público sobre o privado, não sendo aceitável indivíduo de considerável grau de periculosidade ser beneficiado com a prisão domiciliar pelo simples fato de lhe ser particular situação descrita no artigo 318 do Código de Processo Penal (GONÇALVES; REIS, 2019, p. 230).

No mais, Gonçalves e Reis (2019, p. 230) finalizam asseverando que o acusado ou o indiciado teriam algo similar a uma imunidade em caso de obrigatoriedade de deferimento da prisão preventiva domiciliar.

Também é adepto dessa tese Mendonça (2011, p. 410), predicando que não basta existir uma das situações estipuladas no artigo 318 do CPP para que o agente tenha, de imediato, direito ao cumprimento da prisão preventiva em seu domicílio. No caso concreto, o magistrado deve se respaldar no princípio da adequação, verificando se a substituição da prisão preventiva pela domiciliar é adequada para a ocasião (MENDONÇA, 2011, p. 410)

Ainda neste sentido são Fischer e Pacelli (2019, p. 764) expondo que o magistrado, quando da análise do caso concreto, deve observar, criticamente, a razão e a amplitude da prisão preventiva domiciliar, para, assim, evitar ao máximo a frustração dos objetivos buscados com a decretação da prisão preventiva, quais sejam, a garantia da ordem pública, a garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução criminal, ou a aplicação da lei penal.

Dito isso, passa-se, nesta oportunidade, a uma abordagem, momentaneamente, genérica das razões da posituação das hipóteses, destacando, de início, que Marcão (2019, p. 779), ao tratar das vantagens da prisão domiciliar, apresenta o que seria, em tese, uma motivação para normatização das situações previstas no artigo 318 do Código de Processo Penal.

Segundo tal autor, são vantagens da prisão preventiva domiciliar a restrição cautelar do agente sem sua submissão as mazelas do sistema carcerário brasileiro e o tratamento particular a situações de excepcionalidade que, por questões humanitárias ou assistenciais, dispensam o rigor do cárcere (MARCÃO, 2019, p. 779).

Diante do apresentado por Marcão (2019, p. 779), verifica-se a existência de razões humanitárias e assistenciais para a posituação, em geral, das hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar do Código de Processo Penal.

Ao apresentar sua definição de prisão domiciliar, Mendonça (2011, p. 406), além de reforçar o discurso de Marcão (2019, p. 779), traz a tona mais uma peculiaridade acerca dessa razão humanitária da positivação da prisão preventiva domiciliar. Segundo aquele autor,

A prisão domiciliar é uma substituição da prisão cautelar, aplicável para situações excepcionais e extremas em que, por nítidas questões humanitárias, a prisão preventiva se mostre extremamente cruel ou desumana, frontalmente violadora do princípio da dignidade humana (MENDONÇA, 2011, p. 406).

Mendonça (2011, p. 406) completa comunicando que a prisão preventiva domiciliar tem o fim de evitar que o encarceramento numa unidade prisional afete bens jurídicos significativos, em geral, relacionados à saúde.

Considerando tais informações predicadas por Mendonça (2011, p. 406), percebe-se, por óbvio, que, de fato, há razões de ordem humanitária na positivação das hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar, buscando-se evitar que pessoas em situações excepcionais se submetam a condições demasiadamente degradantes e desumanas que seriam proporcionadas pelo cárcere comum.

Essa prevenção à prisão em estabelecimento convencional em decorrência de particularidades excepcionais estaria, então, respaldada, constitucionalmente, pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se observa no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2019f).

Neste sentido ainda é Rangel (2018, p. 932), narrando a existência de questões humanitárias para a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, prevista nos artigos 317 e 318 do CPP.

A consideração de razão humanitária para a positivação e, conseqüentemente, para a aplicação da prisão preventiva domiciliar é uma forma, efetiva, de concretizar o disposto constitucional referente ao respeito e à preservação da dignidade da pessoa humana.

A situação de encarceramento, tendo em vista as mazelas ocasionadas pelo notório caos carcerário pelo qual passa o Brasil, configurado, entre outras coisas, pela presença de ambientes insalubre, pela falta de vagas no sistema prisional, pela ocorrência de torturas físicas e morais, além da falta de assistência médica, por si só, já é gravosa e danosa a presos em situações normais (CHACON, 2015, p. 29). Essa conjuntura conturbada pode, portanto, ser mais preocupante ainda quando da submissão de pessoas em circunstâncias especiais nessa aparelhagem defasada.

Ao se permitir, então, a manutenção dessas pessoas, portadoras de condições excepcionais, num sistema carcerário, notoriamente, caótico, há uma clara afronta a Carta Magna, mais precisamente ao disposto referente à Dignidade da Pessoa Humana.

Feitas as devidas considerações introdutórias, tratar-se-á, a partir deste momento, particularmente, sobre cada uma das hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar, bem como a razão ou razões da positivação dessas hipóteses.

4.1 Maior de 80 (oitenta) anos

Primeira hipótese prevista no Código de Processo Penal, a prisão preventiva, segundo o texto legal, poderá ser substituída pela prisão domiciliar se o agente for maior de oitenta anos (BRASIL, 2019a).

De acordo com Marcão (2019, p. 783), para a concessão da prisão preventiva domiciliar, “o único critério utilizado pelo legislador foi o cronológico, sendo necessário, portanto, que o preso conte com 80 anos completos para que possa postular o benefício [...]”, não se exigindo, para tanto, a estipulação de qualquer outro fator específico (MARCÃO, 2019, p. 783), tendo em vista que essa situação, por si só, já é específica e se trata de uma excepcionalidade. Para a prova dessa situação, segundo Marques e Martini (2012, p. 124), basta apenas a apresentação, ao magistrado, de documento idôneo para a comprovação da idade.

Por seu turno, concluindo de forma diversa, Avena (2019, p. 1029) entende que, apesar do Código de Processo Penal não estipular outro fator que não o cronológico, o magistrado, ao decidir pela substituição ou não da prisão preventiva pela prisão domiciliar, deverá levar em consideração situações, tais quais, a saúde do acusado ou do indiciado, além da natureza do delito cometido pelo agente.

Dito isso, ressalta-se que, para Marcão (2019, p. 783), a positivação desta hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar

[...] tem em conta fins humanitários e de respeito à dignidade da pessoa humana, por considerar que o idoso, em tal fase de sua existência, já não dispõe de condições físicas e emocionais para suportar o ônus do encarceramento tradicional, merecendo, sob tais perspectivas, um abrandamento na forma de cumprir sua prisão cautelar.

Esse entendimento, além de possuir amparo legal no artigo 1º, inciso III, da CF/1988, base legal do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (BRASIL, 2019f), está em harmonia com o disposto no artigo 230, da Constituição Federal, narrando, em sua redação,

que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (BRASIL, 2019f).

Segundo tal artigo constitucional, o Estado tem, por obrigação, assegurar a dignidade e o bem-estar do idoso, bem como, por consequente, sua vida, ressaltando que idoso, segundo o Estatuto do Idoso, é pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos (BRASIL, 2019e).

Corroborando com a Constituição Federal, Ramos (2014, p. 74) assevera que “[...] a velhice é um direito humano fundamental, porque expressão do direito à vida com dignidade, direito essencial a todos os seres humanos”.

Além de possuir respaldo constitucional, o supracitado ensinamento de Marcão (2019, p. 783) encontra resguardo em diversos artigos do Estatuto do Idoso. De início, menciona-se o artigo 2º, expondo que:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2019e).

Fortifica ainda o exposto por Marcão (2019, p. 783) o disposto no artigo 3º, do Estatuto do Idoso, que possui a seguinte redação:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2019e).

Ainda nessa sequência, merece-se destacar o artigo 8º da Lei nº 10.741/2003, conhecida como Estatuto do Idoso, narrando, em parte, que “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social [...]” (BRASIL, 2019e). Por fim, é indispensável realçar o artigo 9º do supracitado diploma normativo, apresentando que “é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade” (BRASIL, 2019e).

Ao falar de proteção à saúde do idoso, no artigo 9º da Lei nº 10.741/2003,

[...] não se faz referência apenas ao atendimento dispensado aos idosos após apresentarem algum tipo de mal-estar ou doença, mas também a um conjunto de ações capazes de evitar que os idosos venham a adoecer ou, em isso acontecendo,

sofram o mínimo possível, por meio da oferta do melhor tratamento disponível (RAMOS, 2014, p. 139-140).

Considerando o exposto, aparenta-se que a manutenção de encarceramento de pessoa maior de oitenta anos vai de encontro não apenas ao predicado pelo Código de Processo Penal, mas também à Constituição Federal e ao Estatuto do Idoso, diplomas esses que, por meio da normatização, visam resguardar, com um considerável grau de relevância, a saúde e o bem-estar do idoso, algo não possível quando de sua submissão ao sistema carcerário brasileiro defasado.

4.2 Extremamente debilitado por motivo de doença grave

Trata-se de hipótese prevista no segundo inciso do artigo 318 do Código de Processo Penal, sendo necessário, neste caso, para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a existência, cumulativa de doença grave com o fato de o agente está extremamente debilitado (MENDONÇA, 2011, p. 412). Portanto, conseqüentemente, havendo apenas a grave doença sem a extrema debilidade do agente, não há justificativa para concessão de prisão preventiva domiciliar.

Nesta perspectiva, Marcão (2019, p. 784) sustenta que “[...] não basta, portanto, a só demonstração de que se encontra acometido de doença grave para que consiga o benefício”. No mais, é indispensável a comprovação, por meio de laudo emitido por médico, de que o agente esteja extremamente debilitado (MARCÃO, 2019, p. 784), sendo necessário que esse documento seja confeccionado ou convalidado por estabelecimento público (MARQUES; MARTINI, 2012, p. 124).

Questão pertinente sobre esse inciso é a definição do que seria um agente extremamente debilitado. Por óbvio, está-se diante de um termo, por deveras, aberto e subjetivo, sendo possível, em decorrência disso, diversas interpretações, algumas, talvez, até infundadas.

Tentando solucionar esse imbróglio, Marcão (2019, p. 784) conclui que a extrema debilidade não é um estado de quase morte, uma vez que seria irracional e afrontoso aos princípios constitucionais a concessão de tal benefício ao agente numa situação na qual a morte seria inevitável. A substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar na hipótese aqui tratada viria, justamente, para evitar o perecimento mais acelerado do acusado ou do indiciado no sistema carcerário, e não para lhe dar o beneplácito de falecer em casa na presença de seus entes queridos.

Dito isso, é inescusável salientar entendimento de Avena (2019, p. 1029) no sentido de que a existência, tão somente, da grave doença e da extrema debilidade do agente não são suficientes para que o magistrado substitua a prisão preventiva pela prisão domiciliar. Além disso, é imprescindível que o acusado ou o indiciado demonstre que, no estabelecimento prisional onde está recolhido, não é possível o oferecimento do tratamento médico que precisa (AVENA, 2019, p. 1029).

Apoiando esse ponto de vista, Mendonça (2011, p. 412) predica que “quando o legislador faz menção ao estado debilitado de saúde do acusado, está implícito que a situação é tal que não mais é recomendável ou possível o tratamento do preso no próprio estabelecimento prisional”.

Ademais, os tribunais pátrios reforçam essa tese apresentada por Avena (2019, p. 1029) e por Mendonça (2011, p. 421), tendo o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* 389.386/RJ, exteriorizado o seguinte entendimento:

O deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o réu esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra [...]. (STJ - HC: 389386 RJ 2017/0038512-3, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 01/06/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 12/06/2017).

Feitas as devidas considerações, Marcão (2019, p. 783), ao abordar as razões da positividade desta hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar, narrou que, em relação ao agente extremamente debilitado por motivo de doença grave, “a previsão tem base em fundamentação humanitária, pois não se mostra razoável que alguém que se encontre extremamente debilitado por motivo de doença grave seja colocado ou mantido no ambiente carcerário tradicional para que lá pereça”, uma vez que “[...] a permanência do preso no cárcere concorre para o agravamento de seu estado de saúde” (MARCÃO, 2019, p. 783).

Conforme se verifica, essa hipótese, também, encontra fundamentação no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, haja vista que a manutenção de agente debilitado por conta de doença grave num sistema carcerário que, notoriamente, não oferece o suporte necessário para o tratamento de moléstias, além de não possuir infraestrutura para comportar presos cautelares portadores de cuidados especiais, é fadá-lo ao sofrimento e à morte, indo de encontro ao fundamento da República Federativa do Brasil previsto no terceiro inciso do primeiro artigo da Carta Magna.

4.3 Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência

Positivada no artigo 318, inciso III, do Código Processo Penal, esta hipótese, diferentemente das duas primeiras versadas, traz consigo a peculiaridade de tutelar, diretamente, o interesse de criança menor de seis anos e de deficiente dependentes de cuidado de agente preso cautelarmente, sendo, esse encarceramento, prejudicial ao desenvolvimento e ao bem-estar dos verdadeiros beneficiários da prisão domiciliar, quais sejam, a criança e o deficiente, sujeitos esses que merecem uma proteção diferenciada (MENDONÇA, 2011, p. 414).

Ou seja, nesta hipótese, como defendem Gonçalves e Reis (2019, p. 229), o real “[...] motivo da decretação da prisão domiciliar não é o estado do autor do delito, mas o fato de ser responsável por criança ou pessoa deficiente”, diante das particularidades da criança menor de seis anos e do deficiente, bem como da imprescindibilidade do acusado ou do indiciado preventivamente preso na vida e no bem-estar do infante ou do portador de necessidades especiais.

Para que seja possível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, com base numa interpretação literal do artigo 318, inciso III, do CPP, é necessário que o agente seja imprescindível ao cuidado de menor de seis anos ou de deficiente. Isto é, o preso deve ser indispensável para o cuidado desses sujeitos (BADARÓ, 2018, p. 1082).

No entanto, conforme exposto por Badaró (2018, p. 1082),

Não quer dizer, contudo, que o preso deva ser a única pessoa a cuidar da criança ou da pessoa com deficiência. A prisão será cabível também no caso em que, por exemplo, os cuidados sejam realizados necessariamente por mais de uma pessoa, que, por exemplo, se alternam em períodos distintos [...].

Por outro lado, Mendonça (2011, p. 414) sustenta que, além da necessidade de comprovação em juízo pelo agente de sua imprescindibilidade para o cuidado de criança menor de seis anos ou de pessoa portadora de deficiência, o preso cautelar deve demonstrar ser o único capaz de cuidar do infante ou do deficiente. Havendo outra pessoa que possa exercer esse ônus, não deverá ser concedida a prisão preventiva domiciliar (MENDONÇA, 2011, p. 414).

Neste sentido também é Marcão (2019, p. 784), narrando, especificamente, que “se a criança puder contar com os cuidados de pessoa diversa, prestados por algum familiar ou não, ficará excluído o cabimento do benefício por falta do requisito imprescindibilidade”.

Abordando, neste momento, estritamente, a situação referente ao menor de seis anos de idade, Marcão (2019, p. 784) argui que, apesar do texto normativo falar em cuidados especiais, não se exige que o infante tenha problema de saúde ou mesmo deficiência para que seja legítima a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, até porque, diante da pouca idade do infante, presume-se a existência de cuidados especiais a serem exercidos em favor do menor.

Além disso, é essencial destacar que, interpretando literalmente o artigo 318, inciso III, do Código de Processo Penal, compreende-se que esta hipótese se refere à pessoa que detém responsabilidade sobre menor de seis anos de idade, porém, que não é seu genitor, uma vez que as hipóteses que versam sobre mãe e pai estão previstas nos incisos V (mãe com filho de até doze anos de idade incompletos) e VI (homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de doze anos de idade incompletos) (AVENA, 2019, p. 1030). Trata-se, portanto, uma hipótese mais específica, destinada, então, segundo Avena (2019, p. 1030) ao guardião, seja ele sujeito de uma guarda legal ou mesmo de uma guarda de fato.

Considerando a necessidade de diferenciação dessas duas situações para realização de comentários pertinentes ao caso, destaca-se, primeiramente, que a guarda legal ou judicial, com base legal no artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é uma forma de colocação do menor em família substituta, assumindo o guardião o dever de prestar assistência à criança ou ao adolescente (AMIN *et al.*, 2018, p. 293), sendo essa situação regularizada por meio de decisão judicial, criando o vínculo entre o guardião e o menor.

Já a guarda fática, conforme Amin *et al.* (2018, p. 299),

[...] é aquela na qual o menor de 18 anos encontra-se na companhia de pessoa que não detém atribuição legal ou deferimento judicial para tal mister. Evidentemente, por se tratar de situação ainda a ser regularizada, o guardião fático não possui, nem provisória nem definitivamente, o encargo.

Feita essa distinção, frisa-se que, para ter fundamento a concessão da prisão preventiva domiciliar, tanto faz se se trata de guarda legal ou guarda de fato (AVENA, 2019, p. 1030), devendo-se, portanto, levar em consideração a realidade fática, ou seja, tão somente a existência de imprescindibilidade do adulto para os cuidados especiais do infante.

No mais, deve ser efetivado e priorizado, nesta situação, a aplicação principiológica em face de qualquer regra que pudesse embaraçar a concessão da prisão preventiva domiciliar ao guardião fático, mais precisamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, considerando a possível situação de abandono e de descaso na qual o menor de seis anos seria submetido em caso de não possibilidade de substituição de prisão

preventiva pela prisão domiciliar. Destaca-se, brevemente, também, no que se refere exclusivamente ao infante, a consideração dos Princípios da Prioridade Absoluta e do Superior Interesse da Criança e do Adolescente, que serão melhor explorados no tópico referente a prisão domiciliar a mulher com filho de até doze anos de idade incompletos.

Tecendo comentários mais precisos sobre a concessão de prisão preventiva domiciliar a pessoa responsável por cuidado de pessoa com deficiência, destaca-se, de início, que a idade é irrelevante neste caso, podendo o deficiente se tratar de adulto, devendo ficar demonstrado que o portador de deficiência dependa do preso (MARCÃO, 2019, p. 785). Ademais, caso o deficiente apresente considerável autonomia e não dependa do preso para as atividades essenciais, não deve, em tese, o magistrado substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar (AVENA, 2019, p. 1030).

Dito isso, é indispensável, nesta ocasião, mencionar o artigo 318-A do CPP, introduzido no diploma processual penal por meio da Lei nº 13.769/2018, dispondo que a prisão preventiva será substituída pela prisão domiciliar em favor de gestante ou de mulher mãe ou responsável por criança ou por pessoa com deficiência, desde que o crime não tenha sido cometido com emprego de violência ou grave ameaça e que não tenha sido cometido em desfavor de filho ou dependente (BRASIL, 2019a).

Observando esse disposto normativo, verifica-se que, caso mulher guardiã de menor de seis anos seja presa preventivamente, o magistrado, em face do verbo “será” presente no corpo do artigo 318-A do Código de Processo Penal, estará obrigado a substituir a prisão preventiva pela domiciliar (AVENA, 2019, p. 1030).

Por fim, informa-se sobre a indispensabilidade de apresentação de certidão de nascimento da pessoa menor de seis anos, bem como laudo médico apontando deficiência para que seja possível a concessão de prisão preventiva domiciliar ao agente responsável pelos cuidados especiais desses sujeitos (MARQUES; MARTINI, 2012, p. 124).

4.4 Gestante

Hipótese incluída pela Lei nº 13.257/2016, no contexto de disciplina de políticas públicas para a primeira infância (REBOUÇAS, 2017, p. 959), é possível a substituição de prisão preventiva pela domiciliar caso demonstrada pela acusada ou pela indiciada sua condição de gravidez, sendo irrelevante o estágio gestacional e o risco de saúde da gestante (MARCÃO, 2019, p. 785).

É interessante destacar que, segundo Fischer e Pacelli (2019, p. 765), o simples fato da agente ser gestante não permite substituição da prisão preventiva pela domiciliar, devendo o magistrado analisar as circunstâncias do caso concreto para assim poder deferir ou não pedido de prisão preventiva domiciliar. No mais, ainda é necessária a cumulação de dois requisitos, esses previstos no artigo 318-A do Código de Processo Penal e já abordados no tópico anterior, quais sejam, que o crime perpetrado pela agente não tenha sido com violência ou grave ameaça e que a vítima do crime não tenha sido seu filho ou dependente (FISCHER; PACELLI, 2019, p. 768).

De maneira diversa, Avena (2019, p. 1032) defende que estando a agente grávida e não tendo o crime praticado pela gestante violência e grave ameaça, bem como o sujeito passivo do delito não seja seu filho ou dependente, será, obrigatoriamente, em face da redação do artigo 318-A do Código de Processo Penal, substituída a prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Feitas essas considerações introdutórias, não se pode deixar de abordar, neste tópico, o *Habeas Corpus* 143.641/SP, julgado no Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, no qual foi determinada a concessão de prisão preventiva domiciliar a todas as presas gestantes, puérperas e mães de crianças e deficientes no território brasileiro, possuindo o seguinte teor:

VII – Comprovação nos autos de existência de situação estrutural em que mulheres grávidas e mães de crianças (entendido o vocábulo aqui em seu sentido legal, como a pessoa de até doze anos de idade incompletos, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) estão, de fato, cumprindo prisão preventiva em situação degradante, privadas de cuidados médicos pré-natais e pós-parto, inexistindo, outrossim berçários e creches para seus filhos. VIII – “Cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. IX – Quadro fático especialmente inquietante que se revela pela incapacidade de o Estado brasileiro garantir cuidados mínimos relativos à maternidade, até mesmo às mulheres que não estão em situação prisional, como comprova o “caso Alyne Pimentel”, julgado pelo Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas. X – Tanto o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 5 (melhorar a saúde materna) quanto o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 5 (alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas), ambos da Organização das Nações Unidas, ao tutelarem a saúde reprodutiva das pessoas do gênero feminino, corroboram o pleito formulado na impetração. X – Incidência de amplo regramento internacional relativo a Direitos Humanos, em especial das Regras de Bangkok, segundo as quais deve ser priorizada solução judicial que facilite a utilização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente para as hipóteses em que ainda não haja decisão condenatória transitada em julgado. XI – Cuidados com a mulher presa que se direcionam não só a ela, mas igualmente aos seus filhos, os quais sofrem injustamente as consequências da prisão, em flagrante contrariedade ao art. 227 da Constituição, cujo teor determina que se dê prioridade absoluta à

concretização dos direitos destes. XII – Quadro descrito nos autos que exige o estrito cumprimento do Estatuto da Primeira Infância, em especial da nova redação por ele conferida ao art. 318, IV e V, do Código de Processo Penal. XIII – Acolhimento do writ que se impõe de modo a superar tanto a arbitrariedade judicial quanto a sistemática exclusão de direitos de grupos hipossuficientes, típica de sistemas jurídicos que não dispõem de soluções coletivas para problemas estruturais. XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício. (HC 143641, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 08-10-2018 PUBLIC 09-10-2018)

Fazendo comentários pertinentes sobre esse notório julgado da Suprema Corte brasileira, por meio desse acórdão, o STF reconheceu a situação degradante e desumana dos presídios do Brasil, assumindo ainda a existência de grávidas, bem como mães de criança, presas preventivamente, submetidas ao caótico sistema carcerário. No mais, atestou a ausência de cuidados médicos às gestantes, antes e após o estado gestacional, e de capacidade do Estado em reverter esse quadro descaso para, assim, assegurar o mínimo cuidado com as grávidas.

Endossando o exposto pelo Supremo Tribunal Federal, exhibe-se relato de Neiva (2017), Juiz de Direito no Estado da Bahia, narrando, em visita que fez numa unidade prisional, que:

No presídio que inspecionei, havia uma espécie de maternidade misturada com creche. Naqueles dias, havia 3 mulheres paridas e mais duas para parir. Um ajudavam as outras. As grávidas, enquanto podiam, ajudavam as paridas com seus bebês. As paridas, quando podiam, ajudavam as grávidas antes da parição. Das paridas, com bebês de 0 a 6 meses, ouvi relatos que me destruíram completamente. Não tinham certeza ou nem sabiam quem eram os pais; não tiveram um pré-natal satisfatório; sentiram as dores do parto na cela e retornaram para o presídio com o bebê em panos doados. Agora, aos seis meses, sem parentes lá fora, a assistente social vai vir buscar seu bebê para ser entregue à doação em casa de acolhimento.

Verifica-se, portanto, por parte de autoridades brasileiras, a submissão de mulheres grávidas a situações degradantes e até vexatórias, em manifesto desrespeito ao tão consagrado Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, por vezes, é completamente deixado de lado por conta de um sentimento revanchista, tanto dos órgãos públicos quanto da sociedade, contra os autores de crimes.

Esse revanchismo é comprovado pela, assim chamada na supracitada decisão, “cultura do encarceramento”, que acaba por legitimar, de maneira exagerada e desarrazoada,

diversas prisões preventivas, fazendo com que o Estado, mesmo diante de mecanismos mais racionais e adequados, opte pelo encarceramento do agente criminoso.

Conforme predica CHACON (2015, p. 35),

O Estado não pode valer-se de escusas, como o princípio da reserva do possível, para não cumprir perfeitamente o seu dever de custódia violando os direitos fundamentais que possam compor o denominado mínimo existencial, que afasta o tratamento arbitrário pelo estado e garante o direito a saúde, integridade física, alimentação, trabalho, entre outros.

Mesmo assim, “apesar da previsão de direitos, inúmeras são as mulheres presas que estão submetidas a condições desumanas de reclusão, violando não só sua dignidade, mas também do nascituro, sujeito de direitos” (CHACON, 2015, p. 37).

Alguns desses direitos, conforme se extrai do ainda supracitado julgado, são de ordem internacional, relativos a Direitos Humanos, destacando-se, aqui, as Regras de Bangkok, predicando, entre outras coisas, a priorização de alternativas penais ao encarceramento, principalmente diante de inexistência de sentença penal condenatória transitada em julgado (BRASIL, 2016, p. 10).

Acerca dessa manifesta situação de descaso e de omissão estatal, Chacon (2015, p. 35) afirma que “permitir que efeitos não previstos alcancem diretamente ou de ricochete a dignidade da pessoa humana viola não apenas a condição do indivíduo em si, mas de toda a sociedade”.

Por derradeiro, tecendo comentário sobre a prisão preventiva domiciliar deferida em favor de gestante, Marcão (2019, p. 786) afirma que essa hipótese foi positivada no intuito de corrigir falhas ocasionadas pelo sistema jurídico-legal brasileiro, além de concretizar o respeito ao Princípio da Intranscendência da Pena, com base legal no artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, predicando que a pena e o processo não poderão passar da pessoa do acusado, possibilitando que o fruto da gestação, ou seja, o recém-nascido venha a nascer em ambiente mais propício e saudável, diminuindo, assim, as chances de complicações, tanto em desfavor da mãe quanto do infante, no momento do parto.

4.5 Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

Inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 13.257/2016, que aborda políticas públicas para a primeira infância (MARCÃO, 2019, p. 787), esta hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar, prevista no artigo 318, inciso V, do Código de Processo Penal, visa resguardar, em verdade, filho de até doze anos de mulher presa

preventivamente em estabelecimento carcerário tradicional (MARCÃO, 2019, p. 787), ressaltando que, de fato, não é a criança que vai conviver com sua mãe na residência desta, mas sim a genitora que residirá com seu filho infante (MOREIRA, 2014).

Ou seja, conforme Gonçalves e Reis (2019, p. 229), o real motivo da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar é o fato da agente ser responsável por criança, e não seu estado particular.

Segundo informado por Marcão (2019, p. 787), “para obter o benefício é preciso que a presa tenha filho menor de 12 (doze) anos de idade, com ou sem deficiência”, cabendo destacar, brevemente, que, de acordo com o artigo 2º do ECA, pessoa com até doze anos de idade incompletos se trata de criança (BRASIL, 2019d).

No mais, para que seja possível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, é indispensável, que no momento da prisão cautelar da agente, esta esteja exercendo a guarda de seu filho, não havendo sentido se, na oportunidade da preventiva, o infante se encontrar sob os cuidados de pessoa diversa (MARCÃO, 2019, p. 787).

Restaria, nessa circunstância, ilógica a concessão de prisão preventiva domiciliar a mulher com filho de até doze anos de idade incompletos, tendo em vista o fundamento ético no qual se respaldou o legislador quando da confecção da norma, no contexto de efetivação de políticas públicas voltadas para a proteção da primeira infância (MARCÃO, 2019, p. 787). Em síntese, não é objetivo da positivação dessa hipótese de cabimento de prisão domiciliar o desencarceramento injustificável de mães que não cuidam de seus filhos menores de doze anos (MARCÃO, 2019, p. 787), mas sim, dentre outros motivos, possibilitar que o infante possa desfrutar do convívio de sua genitora.

Dito isso, ressalta-se que, segundo Avena (2019, p. 1032),

À semelhança do que ocorre em relação à gestante (art. 318, IV), também neste caso o art. 318, V, do CPP não exige situação de imprescindibilidade aos cuidados do filho de até 12 anos incompletos, regramento este que se harmoniza, completamente, com a norma superveniente do art. 318-A. Trata-se, em verdade, de previsões quase idênticas, diferenciando-se, unicamente, pelo fato de o art. 318-A estabelecer, como óbice à substituição a hipótese de crime com violência ou grave ameaça à pessoa (inc. I) ou praticado contra seu filho ou dependente (inc. II).

Entretanto, conforme defendido por Avena (2019, p. 1033), apesar de não possuir amparo legal, diante da redação do artigo 318, V e do artigo 318-A do Código de Processo Penal, o magistrado, verificando a situação concreta, pode negar a prisão preventiva domiciliar se observar que a presença da genitora na vida do infante é prejudicial ao desenvolvimento do menor.

A supracitada hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar já foi assunto de discussão nos tribunais superiores, cabendo destacar, primeiramente, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 90.943/PE, julgado no Superior Tribunal de Justiça, que possui a seguinte redação:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 318, V, DO CPP. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. RECURSO PROVIDO.

1. A nova redação do art. 318, V, do Código de Processo Penal, dada pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n.º 13.257/2016), veio à lume com o fito de assegurar a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, insculpido no art. 227 da Constituição Federal, bem como no feixe de diplomas normativos infraconstitucionais integrante de subsistema protetivo.

2. Quando a presença de mulher for imprescindível para os cuidados a filho menor de 12 (doze) anos de idade, cabe ao magistrado analisar acuradamente a possibilidade de substituição do cárcere *ad custodiam* pela prisão domiciliar, alegando a medida extrema às situações em que elementos concretos demonstrem claramente a insuficiência da inovação legislativa em foco.

3. *In casu*, muito embora o aresto combatido tenha destacado a gravidade concreta dos fatos delituosos, cifrada na significativa quantidade de droga apreendida (550 gramas de crack), não me parece tratar-se de "situação excepcionalíssima" a ponto de justificar a mitigação da decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus coletivo n.º 143.641/SP, valendo ressaltar que a recorrente é mãe de cinco filhos, três deles menores de 12 anos de idade (4, 9 e 11 anos) e, portanto, imprescindível aos cuidados dos menores - notadamente diante da informação de que o pai deles estaria preso -, sendo indiscutível a importância da presença materna para o bem estar físico e psicológico da criança, mormente quando em idade tenra.

4. Imperioso, pois, garantir o direito das crianças, mesmo que para tanto seja necessário afastar o poder de cautela processual à disposição da persecução penal, sendo aplicável o ar. 318, V, do Código de Processo Penal de maneira a permitir que a paciente permaneça em prisão domiciliar a fim de garantir o cuidado de seus filhos menores (RHC 90.943/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 27/03/2018).

Extrai-se, primeiramente, desse julgado que a hipótese de cabimento de prisão domiciliar aqui versada é oriunda de uma tentativa do legislador de efetivar, no campo concreto, o preconizado pelo artigo 227 da Constituição Federal, predicando, dentre outras coisas, que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade uma série de direitos, tais como à vida, à saúde, à dignidade e ao respeito (BRASIL, 2019f).

Desse dispositivo constitucional, tiram-se dois princípios referentes ao Direito da Criança e do Adolescente, quais sejam, o Princípio da Prioridade Absoluta e o Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente.

Com previsão legal no artigo 227 da Constituição Federal e nos artigos 4º e 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (AMIN *et al.*, 2018, p. 68), o Princípio da Prioridade Absoluta preconiza pela “[...] primazia em favor das crianças e dos

adolescentes em todas as esferas de interesse” (AMIN *et al.*, 2018, p. 68), inclusive na âmbito processual penal, aqui versado.

A prova disso está no supracitado julgado, ao narrar que é “imperioso, pois, garantir o direito das crianças, mesmo que para tanto seja necessário afastar o poder de cautela processual à disposição da persecução penal [...]” (BRASIL, 2018a), sendo, portanto, legítima, sob a perspectiva deste princípio, a possibilidade de concessão de prisão preventiva domiciliar à mãe para cuidar de seu filho infante.

O outro princípio supradestacado se trata do Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente, servindo de parâmetro ou de orientador para o magistrado, bem como para o editor de normas jurídicas, quando da interpretação legal e da solução de conflitos (AMIN *et al.*, 2018, p. 77).

Ainda sob essa perspectiva, Amin *et al.* (2018, p. 77) apresentam que

[...] na análise do caso concreto, acima de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, deve pairar o princípio do interesse superior, como garantidor do respeito aos direitos fundamentais titularizados por crianças e jovens. Ou seja, atenderá o referido princípio toda e qualquer decisão que primar pelo resguardo amplo dos direitos fundamentais, sem subjetivismos do intérprete.

Mantendo essa linha, Amin *et al.* (2018, p. 77) defendem que “interesse superior ou melhor interesse não é o que o Julgador ou aplicador da lei entende que é melhor para a criança, mas sim o que objetivamente atende à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento, aos seus direitos fundamentais em maior grau possível”.

Outro julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre essa temática de concessão de prisão preventiva domiciliar a genitora de pessoa de até doze anos de idade que merece a devida atenção é o HC 390.211/SP, contendo, em parte, a seguinte redação:

2. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
3. O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.
4. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

5. Tal legislação (marco legal da primeira infância) veio à lume com a finalidade de garantir a máxima efetividade ao princípio constitucional da proteção integral à criança e adolescente, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), na Convenção Internacional dos Direitos da Criança (Decreto n.º 99.710/1990), dentre outros. Segundo a melhor doutrina, a proteção integral constitui o novo paradigma de proteção da criança no Brasil e implica considerá-la sujeito de direito a uma proteção prioritária e sistêmica (Vieira, Cláudia Maria Carvalho do Amaral e Veronese, Josiane Rose Petry. Crianças Encarceradas - a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2015).

6. Caso em que a paciente possui um filho com apenas 2 anos de idade (primeira infância), que necessita dos cuidados maternos, o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Imprescindibilidade dos cuidados da genitora. Razões humanitárias. (HC 390.211/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017).

Desse *Habeas Corpus*, extrai-se princípio que fundamenta a hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar aqui versada, qual seja, o Princípio da Fraternidade, sendo, segundo o supramencionado julgado, um macroprincípio dos Direitos Humanos que se concretiza, na seara penal, por meio da efetivação da justiça restaurativa e da aplicação humanizada do processo penal e do Direito Penal (BRASIL, 2017).

No mais, ressalta-se que, de acordo com Salmeirão (2013), o Princípio da Fraternidade “[...] se trata da expressão máxima da dignidade da pessoa humana de forma igualitária na obtenção de condições de viver em harmonia efetivando direitos fundamentais regrado a conduta do administrador público e de toda a sociedade”.

Ou seja, considerando o exposto sobre o Princípio da Fraternidade, a concessão de prisão preventiva domiciliar a mãe de pessoa com até doze anos de idade se trata de uma forma de efetivar e concretizar preceitos constitucionais, buscando-se, a partir disso, a construção de uma sociedade mais justa, harmoniosa e fundada no sentimento de fraternidade entre as pessoas.

Não se pode olvidar, ao trabalhar a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para agente genitora de filho de até doze anos de idade, do HC 151.057/DF, julgado no Supremo Tribunal Federal, referente à concessão de prisão preventiva domiciliar a Adriana Ancelmo, ex-primeira-dama do Estado do Rio de Janeiro, presa preventivamente na Operação Calicute, genitora de filho menor de doze anos na época da impetração do citado *Habeas Corpus*.

Conforme fundamentado pelo relator de tal remédio constitucional, o Ministro Gilmar Mendes, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em favor de Adriana Ancelmo, mulher com filho de até doze anos de idade incompletos, “[...] encontra

amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar da criança” (BRASIL, 2018b).

Além disso, Gilmar Mendes fundamentou a decisão citando a regra 64 das Regras de Bangkok, que estabelece que:

Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado (BRASIL, 2016).

Por fim, além de ressaltar que o crime praticado pela agente, apesar de grave, não foi perpetrado com o uso de violência ou grave ameaça, o relator do *Habeas Corpus* ponderou que a condição financeira de Adriana Ancelmo, pessoa de alto poder aquisitivo e que pagava, de acordo com o exposto pelo portal de notícias G1, por volta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à babá de seus filhos, não poderia ser utilizada em seu desfavor (BRASIL, 2018b).

Portanto, com base nas fundamentações apresentadas por Gilmar Mendes no julgamento deste último *Habeas Corpus*, deve-se considerar, antes de qualquer situação inerente a agente criminosa, o interesse do infante e os benefícios que a prisão preventiva domiciliar proporcionará ao menor, respaldando-se, assim, no Princípio da Prioridade Absoluta e no Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente.

Destaca-se ainda que a principal consequência da não concessão da prisão preventiva domiciliar, qual seja, o afastamento da genitora de sua prole de baixa idade, ocasiona o rompimento do laço materno, situação essa que “[...] pode produzir efeitos negativos no desenvolvimento da personalidade da criança, afetando de sobremaneira os direitos fundamentais e impedindo a concretização do comando constitucional” (CHACON, 2015, p. 76).

Por derradeiro, cita-se o *Habeas Corpus* 217.009/MG, julgado pelo STJ, expondo, sobre a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar para mulher com filho de até doze anos de idade incompletos, que

A excepcionalidade da situação em que se encontra a paciente e seu filho, a essa altura já nascido, justifica que, por razões humanitárias, pelo bem da criança que agora merece os cuidados da mãe, em situação mais favorável do que aquela apresentada na prisão, e isso sem ir-se contra o entendimento pacificado nessa Quinta Turma no sentido da impossibilidade, no caso, de deferimento da liberdade provisória, conceda-se a ordem de ofício, para permitir que aguarde em prisão domiciliar o julgamento da ação penal a que responde perante o juízo singular. (HC 217.009/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012).

Ou seja, com base nesse julgado, verifica-se a existência de razão humanitária na posituação desta hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar, consubstanciada nas necessidades da criança, filha de agente presa preventivamente, que precisa e merece, por óbvio, dos cuidados exercidos pela genitora.

Ademais, agindo dessa forma, isto é, considerando razões humanitárias ao positivar esta hipótese de cabimento de prisão domiciliar, o legislador efetiva o disposto constitucional previsto no artigo 226 da Carta Magna, predicando pela proteção da família pelo Estado, além de concretizar o pregado pelo Princípio da Prioridade Absoluta e pelo Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente, ambos com base legal no artigo 227 da CF/1998 (CHACON, 2015, p. 105).

4.6 Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

Trata-se de outra hipótese, assim como a anteriormente tratada, motivada por terceiro, no caso, criança menor de doze anos, e não por estado inerente ao autor do delito (GONÇALVES; REIS, 2019, p. 229), sendo esta hipótese posta, legalmente, no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 13.257/2016, no contexto de efetivação das políticas públicas para a primeira infância (REBOUÇAS, 2017, p. 959).

Apesar da semelhança com a hipótese que permite a prisão preventiva domiciliar a mulher com filho de até doze anos de idade incompletos, no caso aqui versado, diferentemente do anterior tratado, exige-se que o preso preventivo, homem, pai do infante, seja o único responsável pelo cuidado da criança (AVENA, 2019, p. 1034). Isto é, só se aplica essa hipótese de cabimento se, em decorrência da decretação de prisão preventiva do agente, o seu filho menor de doze anos ficar em condição de completo abandono, diante da ausência de pessoa que possa cuidar do infante (MARCÃO, 2019, p. 788).

Conforme afirma Avena (2019, p. 1033), “não basta que seja o homem preso preventivamente responsável sob o ponto de vista jurídico pelo filho menor de 12 anos (em face dos atributos inerentes ao poder familiar)”, sendo, portanto, ainda necessário “[...] que esta responsabilidade seja demonstrada no plano fático, observados, ainda, fatores outros, como as condições pessoais do agente, a natureza do crime cometido, seu *modus operandi*, entre outros aspectos que, na visão do juízo, relevem para o exame da questão” (AVENA, 2019, p. 1033).

No mais, caso o menor de doze anos se encontre sob a responsabilidade de outra pessoa quando da prisão preventiva do pai, ou se for possível o menor ficar sob os cuidados de terceira pessoa, não há porque se falar em substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar (MARCÃO, 2019, p. 788), haja vista que, conforme já dito, o objetivo do legislador positivar a hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar aqui trabalhada é evitar o total abandono do menor, e não “[...] estimular a procriação a ponto de permitir a utilização da prole como salvo-conduto contra o encarceramento preventivo” (MARCÃO, 2019, p. 788).

Considerando as informações expostas, vê-se, então, outra hipótese de cabimento fundada em razões humanitárias, decorrentes de princípios constitucionais, tais como a Dignidade da Pessoa Humana, a Prioridade Absoluta e o Interesse Superior da Criança e do Adolescente, objetivando evitar que o menor fique em estado de desamparo, tendo, assim, sua dignidade e seu bem-estar preservados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa aqui desenvolvida é oriunda de uma conclusão, fundada no senso comum popular, leigo em Direito, no sentido de que a prisão preventiva domiciliar seria mais um instituto jurídico-penal legitimador da impunidade, possibilitando que acusados de crimes, por vezes, graves, pudessem ficar reclusos na comodidade de suas casas quando da decretação de medida cautelar pessoal restritiva de liberdade.

Esse sentimento popular se fortaleceu com a concessão de prisão preventiva domiciliar a Adriana Ancelmo, ex-primeira-dama do Estado do Rio de Janeiro, presa preventivamente no âmbito da Operação Calicute, sendo beneficiada por esse instituto uma vez que era mãe de pessoa com menos de doze anos de idade, sendo essa circunstância uma das permissionárias da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar.

Tal decisão concessória causou um clamor social, tendo em vista Adriana Ancelmo, esposa do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro, pessoa de alto poder aquisitivo e que pagava por volta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à babá de seus filhos, foi beneficiada com a prisão domiciliar, enquanto isso, outras inúmeras detentas espalhadas pelo Brasil com, por vezes, mais de um filho menor de 12 anos para cuidarem e de baixo poderio financeiro têm seus pedidos indeferidos.

Esse caso acabou fazendo que, de alguma forma, a prisão preventiva domiciliar ganhasse uma reputação ruim perante a sociedade, passando-se, em razão disso, a ser necessário um estudo adequado das razões da positividade das hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar do Código de Processo Penal.

Dito isso, verificou-se, por meio da pesquisa aqui desenvolvida, que o legislador, ao estabelecer as hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar, baseou-se em razões de ordem humanitária, objetivando efetivar princípios de natureza constitucional, possuindo, cada hipótese, suas peculiaridades. Endossa essa afirmação o exposto ao longo desta obra por autores de processo penal, além do teor de julgados nos tribunais superiores brasileiros aqui colacionados.

No que se refere a concessão de prisão preventiva domiciliar ao agente com idade superior a oitenta anos, observou-se que esta hipótese está amparada, por óbvio, por dispositivos constitucionais, como o artigo 1º, inciso III, e o artigo 230, ambos da Constituição Federal de 1988, referentes ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como por normas presentes no Estatuto do Idoso, sendo a prisão preventiva domiciliar um instrumento de efetivação de direitos previstos no diploma da pessoa da terceira idade.

Já na hipótese que versa sobre o agente extremamente debilitado em razão de grave doença, observa-se, também, preceitos de ordem humanitária na posituação dessa hipótese de cabimento de prisão preventiva domiciliar, com o intuito de concretizar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, o respeito à dignidade da pessoa humana, aqui consubstanciada na possibilidade do sujeito extremamente debilitado ficar recluso na comodidade de sua residência, evitando o agravamento da doença grave pelo degradante sistema carcerário.

No caso da gestante, há também a existência de razões humanitárias para a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, fundando-se, não somente em normas de direito interno, mas também em normatização internacional, sendo a mais famosa delas as Regras de Bangkok, estabelecendo uma série de medidas para humanizar a prisão de mulheres gestantes.

Nas demais hipóteses, agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; mulher com filho de até doze anos de idade incompletos; e homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos, estando nesta lista a hipótese que legitimou a concessão de prisão domiciliar a Adriana Ancelmo, o legislador, ao estabelecer essas hipóteses, em verdade, pensou em terceira pessoa, sendo essa criança ou deficiente, sendo esses os reais beneficiários da prisão preventiva domiciliar. Há a existência de razões humanitárias para a posituação dessas hipóteses, no entanto, considerou-se a dignidade da pessoa humana da criança e do deficiente, e não a do agente criminoso, tendo em vista que aqueles sujeitos, diante de suas peculiaridades e necessidades, poderiam ficar desamparados, sem os devidos cuidados de um responsável.

No mais, tratando-se de cuidados a crianças, a razão humanitária da posituação dessas hipóteses de cabimento da prisão preventiva domiciliar se funda não somente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, mas também no artigo 227 da Carta Magna, trazendo em sua redação princípios inerentes ao Direito da Criança e do Adolescente, mais precisamente ao Princípio da Prioridade Absoluta e ao Princípio do Interesse Superior da Criança e do Adolescente; bem como em dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando-se, quando da aplicação do direito ao caso concreto, a efetivação de políticas públicas para a primeira infância.

Portanto, conforme o exposto, a prisão preventiva domiciliar não se trata de um instituto legitimador da impunidade, mas sim de um instrumento concretizador de preceitos fundamentais, possibilitando que o Estado efetive a aplicação de princípios previsto em sua

Lei Maior, para assim se consolidar com um real Estado Democrático de Direito, proporcionando que sua população desfrute de uma vida digna e plena.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues; *et al.* **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos; coordenação Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel. - 11. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

AVENA, Noberto. **Processo Penal**. - 10. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

_____. _____. - 11. ed. - Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. - 12. ed. - São Paulo: São Paulo, 2017.

_____. _____. - 13. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019f.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 13 mai. 2019c.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2019a.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 20 abr. 2019b.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 13 mai. 2019d.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 13 mai. 2019e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 179621, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moreira, **DJe** 27/08/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16057177/habeas-corpus-hc-179621?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 217009/MG 2011/0203898-0, Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 06/12/2011, **DJe** 01/02/2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21277992/habeas-corpus-hc-217009-mg-2011-0203898-0-stj?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 389386/RJ 2017/0038512-3, Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. 01/06/2017, **DJe** 12/06/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471978499/habeas-corpus-hc-389386-rj-2017-0038512-3?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 23 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 390211/SP 2017/0042789-1, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. 04/04/2017, **DJe** 07/04/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/448439458/habeas-corpus-hc-390211-sp-2017-0042789-1?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 429690/SP 2017/0327881-5, Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 27/02/2018, **DJe** 08/03/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559900563/habeas-corpus-hc-429690-sp-2017-0327881-5?ref=serp>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 102733/MG 2018/0231721-2, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Sexta Turma, j. 04/10/2018, **DJe** 11/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/637042460/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-102733-mg-2018-0231721-2?ref=serp>>. Acesso em: 12 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC 90943/PE 2017/0277132-1, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 20/03/2018, **DJe** 27/03/2018. Disponível em: <<http://portaljustica.com.br/acordao/2103313>>. Acesso em: 26 mai. 2019a.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 143641/SP, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 20/02/2018, **DJe** 09/10/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28143641%2ENU%2E+OU+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4srk4tp>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 151057/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 18/12/2017, **DJe** 01/02/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28151057%2E%2E+OU+151057%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y4n7uej8>>. Acesso em: 27 mai. 2019b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94947/SP, Relator: Ministro Menezes Direito, Primeira Turma, j. 09/12/2008, **DJe** 06/03/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716490/habeas-corporus-hc-94947-sp?ref=serp>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 95685/SP, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 16/12/2008, **DJe** 06/03/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2910100/habeas-corporus-hc-95685-sp?ref=serp>>. Acesso em: 11 mai. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. HC 25195/MS 2010.03.00.025195-4, Relator: Desembargador Federal José Lunardelli, Primeira Turma, j. 19/10/2010. Disponível em: <<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17839354/habeas-corporus-hc-25195-ms-20100300025195-4-trf3?ref=serp>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. - 25. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. **A violação dos direitos fundamentais da gestante no sistema prisional brasileiro**. 2015. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2015.

FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. - 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018.

_____. _____. - 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2019.

GILMAR Mendes manda soltar Adriana Ancelmo, mulher de Sérgio Cabral. **G1**, Brasília, 18 dez. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/gilmar-mendes-manda-soltar-adriana-anselmo.ghtml>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal: parte geral**. - 22. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. _____. - 23. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. - 4. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. _____. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Execução Penal**. - São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, Ivan Luís; MARTINI, João Henrique Imperia. **Processo Penal III**. - São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Andrey Borges. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. - São Paulo: Método, 2011.

MOREIRA, Rômulo. **A prisão domiciliar e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. [S. l.: s. n.], 2014. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/121939020/a-prisao-domiciliar-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

NEIVA, Gerivaldo. **Presídios femininos: um mal absolutamente desnecessário**. [S. l.: s. n.], 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/02/08/presidios-femininos-um-mal-absolutamente-desnecessario/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. - 22. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de direito do idoso**. - São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. - 26. ed. rev. e atual. - São Paulo: Atlas, 2018.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal**. - Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

SALMEIRÃO, Cristiano. **O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator**: combate das desigualdades sociais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13090>. Acesso em 27 de maio 2019.

UM ano após decisão que manteve Adriana Ancelmo fora da cadeia, G1 fala com algumas das 698 presas no RJ com filhos de até 12 anos. **G1**, Rio de Janeiro, 27 fev. 2019, Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/02/27/um-ano-apos-decisao-que-manteve-adriana-ancelmo-fora-da-cadeia-g1-fala-com-algumas-das-698-presas-no-rj-com-filhos-de-ate-12-anos.ghtml>>. Acesso em: 08 abr. 2019.