

A casa enquanto asilo inviolável, a prisão domiciliar e a sua correlação com esta e demais garantias constitucionais: uma análise sistêmica e crítica

The house as inviolable shelter, the home prison and its correlation to this and others constitutional guarantees: a systemic and critical analysis

Carlos Andresano Moreira*

Sumário

1. Histórico da proteção constitucional da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo. 2. A inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão na definição constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88. 3. As exceções constitucionais à inviolabilidade. 4. A questão do consentimento do morador. 5. O conceito jurídico de casa e de domicílio. 6. A prisão domiciliar no direito pátrio. 6.1. Da prisão-pena. 6.2. Da prisão cautelar domiciliar. 6.3. Os efeitos da prisão domiciliar sobre terceiros. 7. A proteção constitucional da vida privada como consectário lógico da inviolabilidade da casa enquanto garantia constitucional do indivíduo. 8. Da inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. 9. Do direito de propriedade e de moradia. 10. Da ordem judicial de prisão domiciliar. 11. A jurisprudência. 11.1. Da Carta de Bangkok. 11.2. Da prisão domiciliar das pessoas relacionadas no art. 117 da LEP e no art. 318 do CPP. 11.2.1. Da prisão domiciliar da grávida. 11.2.2. Da prisão domiciliar da mulher com filho de até seis anos de idade ou deficiente. 11.2.3. Da prisão domiciliar do idoso. 11.2.4. Da prisão domiciliar do enfermo. 12. Da medida cautelar do inciso V do art. 319 do CPP. 13. Da compatibilização das causas da prisão domiciliar nas hipóteses jurisprudencialmente analisadas em face do art. 5º, XI da CRFB/88 e das demais garantias constitucionais como forma de suspensão da pretensão jurídico-penal executória. Bibliografia.

Resumo

O presente artigo visa a uma análise sistêmica e crítica da aplicação e posicionamento do instituto da prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, observando-se, desde já, que esta hodiernamente se coloca como alternativa à tutela prisional cautelar de custodiados no sistema prisional como um todo, de um

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

lado, em face de uma intensa atuação estatal, tanto no plano jurisdicional, como no plano investigatório, e, de outro, como imperativo legal de modo de execução penal, decorrente da aplicação de reprimenda corporal a ser imposta a infratores, baseada no encarceramento como forma efetiva de punição, a teor da redação atual da lei de execução penal. O artigo, assim, abrange o tratamento constitucional dado à casa como asilo inviolável do indivíduo e às demais garantias fundamentais, observando-se quais as suas relações com a prisão domiciliar, seja cautelar, seja prisão-pena, haja vista que se põem tais garantias como direito constitucional subjetivo fundamental do indivíduo, verdadeiro *bill of rights*, e também como direito social, cuja obediência, em razão do *status* jurídico que assumem, se sobrepõe à da ordem jurídica infraconstitucional.

Abstract

This article means a systemic and critical analysis of home prison application in the Brazilian legal order watching by now how nowadays puts itself as an alternative to the restraining order of persons in custody in the prisional system at all, on the one hand, facing to an intense state-owned action so in judicial level as in the investigative scheme and as legal imperative way of penal execution due to corporal punishment to be imposed to offenders, on the other hand, based on incarceration as an effective way of punishment, by content of actual penal execution law redaction. The article like this reaches the constitutional treatment given to the home as individual inviolable shelter and to others bills of righth, observing whiches their relations to home prison as restraining order or prison sentence, having a view that puts that garantees as fundamental constitutional subjective righth whose obedience overcomes the infraconstitutional legal order due to judicial status that is assumed.

Palavra-chave: Casa. Domicílio. Distinção. Inviolabilidade. Prisão domiciliar.

Keywords: House. Home. Distinction. Inviolability. Home prison.

1. Histórico da proteção constitucional da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo

Não é de hoje que a casa se coloca como asilo inviolável do cidadão, verdadeiro cânon constitucional, como se pode ver dos seguintes dispositivos:

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, determinava:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

A casa enquanto asilo inviolável, a prisão domiciliar e a sua correlação com esta e demais garantias constitucionais: uma análise sistêmica e crítica

(...)

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, estabelecia:

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

Após, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 1926, teve-se a seguinte redação:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

(...)

§ 11. A casa é o asylo inviolavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, mencionava:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, dispõe:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei.

Já, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, tinha:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

Quanto à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, tínhamos:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 10 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, estabelecia:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 10. A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

Registre-se, ainda, que a casa como asilo inviolável do cidadão precede à ordem constitucional brasileira, como observa Fernando da Costa Tourinho Filho¹.

2. A inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão na definição constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88

A Constituição de Outubro de 1988 definiu em seu artigo 5º, inciso XI, a inviolabilidade da casa enquanto asilo do indivíduo com o seguinte texto:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

3. As exceções constitucionais à inviolabilidade

Portanto, conforme se pode ver até aqui, o tratamento que a casa recebeu ao longo do tempo pelos diversos ordenamentos constitucionais que tivemos e experimentamos, desde o Império até o período republicano, sempre foi o de asilo inviolável do indivíduo.

Quanto a este particular aspecto, temos a observar algumas diferenças que se deram ao longo do tempo determinadas não só pela evolução do pensamento

¹ *“O postulado la maison de chaque citoyen est un asile inviolable, para significar e traduzir o direito à liberdade física espacial, projetou-se sobre as demais nações, inclusive sobre a nossa, que a partir da Lei de 14-10-1822, passou a adotá-lo. E, desde então, as nossas Constituições, quer a Imperial, quer as Republicanas, sempre inseriram no rol de nossos direitos fundamentais o princípio da infranqueabilidade do domicílio, proclamando ‘a casa é o asilo inviolável do indivíduo’”. FILHO, Fernando da Costa Tourinho in Processo Penal. Ed. Saraiva, 14ª edição, vol. 3, pág. 346/347.*

jurídico-doutrinário, mas, e, fundamentalmente, pelo próprio desenvolvimento do pensamento político-institucional, haja vista os vários movimentos históricos por que passamos, com a modificação da forma do Estado e do Governo, indo o Brasil de uma monarquia e um estado unitário a uma república federativa, por vezes democrática, por vezes passando por regimes ditatoriais.

Assim, as exceções constitucionais à inviolabilidade da casa de alguém também sofreram suas variações. À primeira vista, o que podemos verificar, em relação às constituições anteriores, é que, ao contrário do que dispõe a atual Constituição Federal, tais exceções para ingresso na casa, durante o dia, *podiam ser determinadas pela lei*, caracterizando-se as normas constitucionais retrospectivas como de conteúdo normativo que podia ser limitado por norma infraconstitucional. Ou seja, a inviolabilidade da residência, durante o dia, não se dava em caráter absoluto, somente redutível ao nível constitucional, salvante as hipóteses de flagrante delito, desastre, inundação, incêndio ou para prestar socorro. Apenas se tal ingresso se desse à noite, para se dar de forma lícita, deveria sê-lo facultado pelo morador, salvo as hipóteses outrora mencionadas.

Ao contrário, o que hoje ocorre é a regra que se vê insculpida no art. 5º, XI da CRFB/88, que prevê que, *durante o dia*, somente se ingressa na casa de quem quer que seja, sem o consentimento do morador, por força de decisão judicial e nos casos de desastre, flagrante delito ou para prestar-se socorro.

A mudança ocorrida é fundamental para se compreender atualmente o alcance do conteúdo normativo do dispositivo constitucional em comento. Quando a norma constitucional menciona “dia”, quer se referir à parte clara do dia, isto é, em que haja a luz do sol², somente podendo se dar o ingresso na casa de alguém *independentemente* de ordem judicial *a qualquer tempo* em três casos:

- 1º) em flagrante delito;
- 2º) havendo desastre;
- 3º) para prestar-se socorro.

Significa dizer que, *seja de dia ou de noite*, havendo flagrante delito, desastre ou para se prestar socorro a alguém, poder-se-á ingressar na casa de quem quer que

² A respeito do que a doutrina considera dia, na forma da Constituição Federal, trecho de artigo de Grotti, Dinorá Adelaide Musetti, citado na bibliografia: “(...) José Celso de Mello Filho sustenta que o termo ‘noite’ deve ser entendido, ‘segundo o critério físico astronômico, como o intervalo de tempo situado entre a aurora e crepúsculo’” (Constituição Federal (LGL\1988\3) Anotada, SP, Saraiva, 2.ª ed., p. 442).

Para José Afonso da Silva, “o princípio é que, para fins judiciais, o dia se estende de 6 às 18 horas”, (Curso de Direito Constitucional Positivo, S. Paulo, Malheiros, 1992, p. 382).

Celso Ribeiro Bastos faz criteriosa análise crítica dessas duas posições, ao assinalar que José Afonso da Silva parece oferecer solução mais conveniente na medida em que as áreas de penumbra deixam de existir. Todavia, é também indubitável que José Celso de Mello Filho é oportuno ao abordar os aspectos astronômicos. Se por alguma razão há uma alteração da hora oficial, será necessário modificar-se também a conceituação do que seja dia e noite. *Haverá sempre inconstitucionalidade numa invasão efetuada quando já não houver luminosidade solar, mesmo que com base em uma hora oficial seja dia*. Deve prevalecer, pois, o texto constitucional nas zonas não duvidosas. (Comentários à Constituição do Brasil, S. Paulo, Saraiva, 1989, 12/69). (grifos nossos)

seja, independentemente do seu consentimento e de ordem judicial, sem que, em tais situações, se tenha por violado o que é garantido pelo inciso XI do art. 5º da CRFB/88.

Salvo estas três hipóteses, somente poder-se-á ingressar na casa de alguém sem o seu consentimento mediante ordem judicial e, para tanto, *durante o dia*.

Na ausência destas circunstâncias, não há como se ingressar constitucionalmente na casa de ninguém, e, por ordem judicial, apenas tal é possível durante o dia. À noite, fora das outras três hipóteses tratadas, nem com ordem judicial!

Destarte, fora das hipóteses constitucionais dispostas no art. 5º, XI, da CRFB/88, não vemos como se possa sustentar a violação da casa de ninguém, por que motivo for, eis que se trata de norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 1º da CRFB/88, cujo conteúdo normativo, portanto, não pode ser limitado ou contido por norma infraconstitucional, como podia outrora ocorrer.

Asilo induz à ideia de refúgio, de abrigo, de proteção³. É o local físico que se reserva ao resguardo de qualquer pessoa. Asilar-se nada mais é do que procurar abrigo, refúgio. E todo refúgio, todo abrigo, toda proteção pressupõe ameaça à pessoa do abrigado, do refugiado, do protegido, ainda que potencial. Ou seja, a ameaça de que se quer proteger não precisa ser efetiva. Basta ser potencial em razão da natureza das coisas. É um conceito factual acima de tudo. É um dado da natureza, do próprio ser e que, no caso da natureza humana, não somente se refere à parte física do indivíduo, mas também à sua parte psicológica.

É intuitivo que sendo o ser humano o ser complexo que é tenha que se por a salvo de toda coação, de todo o constrangimento, com resguardo, com proteção dos olhares ou atos alheios em razão de ser, além de indivíduo, um ser social. Significa isto dizer que, além de sua individualidade, de sua vida íntima, possui cada um de nós uma vida de relação, justamente por nos realizarmos, também, em sociedade. Daí, a casa ser uma extensão física necessária para que se dê o resguardo daquilo que, se exposto, resulta em violação da própria privacidade e, conseqüentemente, da própria personalidade que se quer preservar, sem o que violado estará o próprio ser em sua

³ “O objeto da tutela não é a propriedade nem a posse, mas a liberdade individual. A casa é um prolongamento da personalidade, lugar onde a pessoa exerce atividades que lhe permitem desenvolver-se. Ser livre é ser senhor de si e para que cada um possa realizar-se, expandir-se, perfazer-se, é necessário que livremente exerça as próprias faculdades, efetivando tudo aquilo de que for capaz. Essa senhoria de cada um se estende não só a si mesmo (liberdade pessoal), mas também ao domicílio, à correspondência, aos segredos etc. A esfera de soberania do indivíduo, portanto, ultrapassa a própria pessoa. E assim como cada senhor é soberano em seus domínios, em seu burgo, em seu feudo, em seu castelo, assim também cada um de nós pode dizer o que, com tanta freqüência, se dizia nas leis da Idade Média: ‘Minha casa é meu castelo’. A casa é, assim, instrumento daquilo a que os franceses chamavam *la sureté personelle*, isto é, a intangibilidade; a liberdade seria uma quimera se não fosse resguardada; por isso o indivíduo tem de ser respeitado, e essa intocabilidade se estende ao local onde ele vive e exerce suas atividades. Dizia Carrara, com a costumeira beleza: ‘Mal o homem viu o primeiro pôr-do-sol e logo olhou em torno à procura de um abrigo onde pudesse repousar o corpo exausto’ (Programa, Parte especial, vol. 2, § 1.651). E acrescentava: ‘E encontrando ali a proteção para as intempéries e a defesa contra os animais e, pouco a pouco, as desejadas comodidades, consagrou-lhe o seu afeto, como coisa caríssima, como parte de si mesmo: pareceu-lhe haver feito uma grande conquista quando pôde dizer: este é meu refúgio, minha casa, meu domicílio’” (TORNAGHI, Hélio. Prisão e liberdade. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1963. vol. 1, p. 314-315, nota 16).

essência, haja vista que é a própria vida social que impõe, em certas circunstâncias, dados os modos, os hábitos e os costumes de determinada época, local e cultura, que, em relação a certos atos da vida, se observe certo recato.

Esta ideia de casa enquanto lar, que vai além do conceito físico de construção, eis que até mesmo as cavidades naturais, como grutas e cavernas, poderão ser encaradas como tal, além de outras habitações precárias como barracas ou tendas, é a que se agrega ao conceito de inviolabilidade e que se torna imprescindível para que se coloque, independentemente da forma que assuma, como verdadeiro asilo do indivíduo.

Eis porque o texto constitucional se refere a situações bastante especiais como o desastre, o flagrante delito ou a prestação de socorro, além do consentimento do próprio morador, para que se possa licitamente dar a entrada em local alheio habitado, pondo a salvo da prática de qualquer ilícito quem nestas circunstâncias assim procede.

Destarte, dada a natureza da medida judicial de prisão, que enquanto pena deve-se cumprir em estabelecimento prisional adequado e que, enquanto medida cautelar, implica o recolhimento do preso à cadeia pública, a prisão domiciliar, como substituta destas últimas, sem deixar de se configurar como modalidade prisional, expressamente disposta no CPP e na Lei de Execução Penal, em vista dos limites impostos no art. 5º, XI da CRFB/88, constitui-se como verdadeiro desafio à ordem jurídico-constitucional posta, já que se deve observar nesta, antes de tudo, o limite temporal ali previsto para o cumprimento de qualquer ordem judicial que determine o ingresso na casa de alguém, qual seja, *o dia claro*.

Deste modo, vamos tentar desenvolver o tema em questão para ver por que balizamentos se deve esquadriñar a modalidade prisional ora em comento.

4. A questão do consentimento do morador

Há que se observar que, como garantia à inviolabilidade, por certo, visa o dispositivo constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88 a proteger o indivíduo de quaisquer abusos perpetrados por quem quer que seja, notadamente, pelo Estado, representado por seus agentes, eis que se constituem as garantias constitucionais em normas limitadoras, antes de tudo, do poder estatal. Como tal, por óbvio, a princípio, não há como se ter por violada tal garantia acaso o titular do próprio interesse a que visa a norma constitucional proteger permita ou consinta com o ingresso em sua residência, de acordo com o regulado na norma constitucional mencionada.

Veja-se, em observância às normas constitucionais anteriores, que o consentimento do morador para o ingresso em sua casa era sempre referido, em primeiro lugar, ao período da noite, sendo que, a princípio, também durante o dia tal consentimento se fizesse necessário, fora das exceções previstas em que se o dispensava. Porém, *podia a lei estabelecer outras exceções à inviolabilidade domiciliar, referidas, porém, sempre ao período do dia*.

Ao contrário, na Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se que, durante o dia ou a noite, sem distinção, sem o consentimento do morador, não há como

constitucionalmente se penetrar em casa alheia, fora das exceções de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, somente podendo *durante o dia*, mediante ordem judicial, ali se penetrar sem o dito consentimento. E só!

Intuitivo, pois, à ideia de consentimento é que a manifestação de vontade a ele inerente seja livre. A verdadeira *ratio legis* da garantia constitucional ora em exame não é outra que proteger a própria liberdade individual.

Destarte, não há sentido se sustentar um “consentimento”, ou seja, uma permissão que seja dada por quem de direito para ingressarem em sua casa se, em verdade, forçado foi a tanto, física ou psicologicamente, ou se levado foi a tanto em razão de certas circunstâncias, notadamente, oriundas de algum ato opressor, efetivo ou iminente.

Guardemos, porém, por ora esta ideia para, ao empós, voltarmos a ela oportunamente.

Apenas com exceção à Carta de 1937, observamos que o consentimento do morador era ainda mais limitativo que hoje em dia, pois, além de ser necessário ao próprio ingresso, limitava a possibilidade de se criarem outras exceções à inviolabilidade.

Ora, com isso, reforça-se a ideia de proteção a que visa a garantia constitucional em comento, pois limitar o ingresso de terceiros à noite na casa de alguém ao expresso consentimento deste, além da própria liberdade, visa a proteger o sossego e a privacidade que se espera ter como tal em tal período do dia, já que, em geral, reserva-se a noite ao descanso e recolhimento dos que ali habitam.

5. O conceito jurídico de casa e de domicílio

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro, protege a casa e o domicílio tanto a lei civil, como a lei penal.

Primeiramente, o legislador civil, em regime de plena liberdade, conceituou domicílio como sendo o lugar onde a pessoa reside com ânimo definitivo (art. 70 da Lei nº 10.406/02).

Todavia, do ponto de vista penal, temos como exemplo de casa uma cabana, um quarto de hotel, a cabine de um transatlântico, a barraca do campista, o aposento ocupado de habitação coletiva, os compartimentos destinados ao exercício de certas atividades, como consultório médico, de dentista, pouco importando se a moradia constituiu-se de forma permanente, transitória, eventual ou alternada.⁴

O Código Penal classifica o domicílio do indivíduo diferentemente de como o faz o Código Civil. O § 4º do art. 150 do CP estabelece como conceito de casa o seguinte: (a) qualquer compartimento habitado; (b) aposento ocupado de habitação coletiva; (c) compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

⁴ (JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*, Ed. Saraiva, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991, p. 413).

Em pesquisa à jurisprudência do STF, no RHC 90.376, afirmou-se que casa deve ser interpretada extensivamente.⁵

Portanto, de há muito estabelecido o conceito de casa, a ele se dando o elástico que a interpretação judicial e a doutrina lhe atribuem. Tal conceito deve ser levado, pois, em consideração para efeito da garantia constitucional de que trata o art. 5º, XI da CRFB/88⁶. A vontade, pois, neste caso considerada, do residente ou ocupante é para o ingresso do agente do Estado ou do particular se dar sem que se constitua tal ato em violação à sua casa, o que difere do que é informado no conceito de domicílio civil.

Curiosa, todavia, a condição de quem se encontra preso, sendo considerado, pela lei civil, domicílio deste o local onde cumpre sentença condenatória, a teor do parágrafo único do art. 76 da Lei nº 10.406/02.⁷

De certo modo, toda pessoa que se encontra presa, ainda que em estabelecimento prisional, já não se encontraria, digamos, domiciliado? Portanto, de certo modo, em “prisão domiciliar”? Domicílio há, mas, há *casa, abrigo*, no sentido do art. 5º, XI referido?

Quem se encontra em regime prisional, embora domiciliado para efeitos da lei civil no local onde cumpre pena, se encontra sob a permanente vigilância do Estado, submetido, pois, à sua disciplina específica, eis que sob sua custódia, não havendo que se falar propriamente em violação de domicílio por quem ingressa a qualquer hora do dia ou da noite no local em cujo cumprimento se dá a reprimenda. A princípio, então, não há que se falar em garantia à inviolabilidade de domicílio quando do cumprimento de uma pena privativa de liberdade, não podendo, pois, se opor o preso ao agente do Estado que queira, a qualquer tempo, ingressar no local onde se encontra recolhido para, *v.g.*, proceder a revistas ou examinar as condições gerais da cela onde se o encarcere, ressalvada a dignidade e demais direitos que se devem observar em relação à pessoa do detido, inclusive, sua proteção contra atos

⁵ Eis a conceituação dada no dito acórdão: “Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da CF, o conceito normativo de ‘casa’ revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (*invito domino*), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). (RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3-4-2007, Segunda Turma, DJ de 18-5-2007).”

⁶ “Muito embora, como ensina Pontes de Miranda, a expressão ‘domicílio’, em Direito Constitucional, tenha outro significado em Direito Privado (cf. *Comentários à Constituição de 1967*, t.5, p.185), as nossas Constituições, com exceção da de 1937, sempre usaram a expressão ‘casa’, que ‘diz mais que domicílio’”. A atual, no seu art. 5º, XI, proclama:

“A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo entrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” FILHO, Fernando da Costa Tourinho *op. cit.*, pág. 357/358.

⁷ “Art. 76. Têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso.

Parágrafo único. O domicílio do incapaz é o do seu representante ou assistente; o do servidor público, o lugar em que exercer permanentemente suas funções; o do militar, onde servir, e, sendo da Marinha ou da Aeronáutica, a sede do comando a que se encontrar imediatamente subordinado; o do marítimo, onde o navio estiver matriculado; e o do preso, o lugar em que cumprir a sentença.” (grifos nossos)

de terceiros, *ex vi* do art. 5º, inciso XLIX da CRFB/88. O mesmo se diga de quem esteja em prisão provisória.

Já a inviolabilidade da casa enquanto asilo inviolável do indivíduo, descrito no inciso XI do art. 5º da CRFB/88, visa, como não se deve olvidar, à garantia do interesse jurídico mor descrito no *caput* do dito dispositivo constitucional: *a liberdade*.

Assim, *casa*, da forma como disciplinada na Constituição Federal e para efeitos penais, não se confunde com *domicílio*, na forma do determinado no Direito Civil, embora uma e outro possam se confundir em razão de se concentrarem no mesmo local, porém, não necessariamente, haja vista que, acaso presa em estabelecimento prisional ou cadeia pública, tem a pessoa por domicílio local diverso do de sua casa, da sua residência, fruto de sua escolha, ainda que possa aquele ser, também e não somente, a sua residência, fixada com ânimo definitivo, porém, *em regime de liberdade*, o que não se confunde com o disposto no parágrafo único do art. 76 do Código Civil, eis que aqui se está a tratar de *domicílio necessário*, independente da vontade de quem o possui por força da circunstância de estar preso, eis que estabelecido *ex vi legis*.

Desta forma, mister se analisar, ante o tratamento diverso que recebe no nosso ordenamento jurídico o domicílio e a casa, o instituto da prisão domiciliar em suas versões existentes e previstas na lei: o *Código de Processo Penal* e a *Lei de Execução Penal*.

6. A prisão domiciliar no direito pátrio

6.1. Da prisão-pena

Temos que o ordenamento jurídico brasileiro prevê como modalidade prisional a prisão domiciliar. E, assim, chegamos ao ponto nevrálgico do presente artigo.

A prisão domiciliar ganhou especial incremento no ordenamento jurídico brasileiro, alcançando, enquanto modalidade de execução de prisão-pena, disciplina na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), com previsão expressa no seu art. 146-B, IV e no seu art. 146-C, com o regime propriamente dito do monitoramento eletrônico.

Destarte, pelo que vimos até aqui, a prisão domiciliar se apresenta, a princípio, na Lei de Execução Penal, como forma diversa de execução das penas privativas de liberdade cuja fiscalização poderá se dar por meio de monitoramento eletrônico.

Entre os deveres do condenado, encontra-se o de receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações e abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o respectivo dispositivo eletrônico ou de permitir que outrem o faça, na forma dos incisos I e II do dito art. 146-C.

Esta modalidade de execução de *pena privativa de liberdade* não pode passar incólume ao crivo do regramento constitucional, notadamente, a nosso ver, por conter a Constituição Federal garantias impostergáveis do cidadão e do indivíduo em geral. Esta relação, pois, do ponto de vista hierárquico-normativo, ascende a uma

importância *sine qua non*, eis que intimamente relacionada ao *status libertatis* que ganha natureza de cláusula pétrea em constituição rígida como a nossa.

Quando recorremos ao nosso texto constitucional, a primeira garantia a que visamos em se tratando de pena é a disposta no seu art. 5º, XXXIX, que nada mais é que a decorrente do brocado latino *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, qual seja, de que nenhum crime e nenhuma pena serão válidos se não previstos em lei.

E, mais especificamente em relação à pena privativa de liberdade, vem logo à mente a norma do art. 5º, XLVIII da Magna Carta que estabelece que toda pena será cumprida *em estabelecimento próprio para tanto*, respeitado o sexo, a idade e a natureza do delito. Apesar de lá se referir à pena de forma genérica, há de se entender a expressão por uma interpretação restritiva, já que o legislador disse aqui mais do que realmente tencionou dizer, pois a pena a que quis se referir foi tão somente a *privativa de liberdade*, sendo esta uma das que vem expressamente previstas no inciso XLVI, do art. 5º da CRFB/88.

Ao se perquirir quais são as penas privativas de liberdade previstas no ordenamento jurídico penal brasileiro, o Código Penal, nos artigos que as regulam (art. 33 *usque* 42), não prevê a prisão domiciliar como modalidade de tal espécie de sanção penal.

Da mesma forma, não se coloca a prisão domiciliar no Código Penal como espécie de regime prisional, como o regime fechado, o semiaberto e o aberto. Portanto, a primeira dúvida que deve brotar no espírito do intérprete é o que de fato seria a prisão domiciliar perante o ordenamento jurídico penal material.

Assim, a primeira perplexidade que advém de tal tratamento legal é o de que, não sendo a rigor modalidade de sanção penal, se se poderia sustentar como tal perante ordenamento jurídico constitucional tão restritivo como o nosso.

Em face da dúvida acima suscitada, porém, não apenas em razão desta, a disciplina constitucional que se deu a casa é que, em linha preliminar, se coloca como um dos maiores desafios, ao nível jurídico constitucional-penal, em face da norma do art. 5º, XI.

Portanto, à primeira vista, a ideia de casa opõe-se à de prisão, pois não se pode ter como concebido que aquilo que, antes de mais nada deve servir de asilo, se ponha simultaneamente como cárcere de quem quer se proteger exatamente daquele a quem se visa no asilo rechaçar: *o Estado*. Veja-se a definição de prisão domiciliar dada no art. 317 do CPP que trata não de pena, mas tão somente de prisão cautelar⁸.

Ora, o fundamento de toda pena de prisão reside no poder de *imperium* do Estado, cujo exercício se faz necessário à manutenção da ordem social⁹.

⁸ "Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial." (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁹ "Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la. Quando da estruturação da Magna Carta, em que se faz a composição do Poder Público, procura-se delimitar o que podem ou não podem fazer os órgãos que o exercem, e, ao mesmo tempo, se estabelecem barreiras

Em sendo assim, mister se faz estabelecer e entender o real alcance da lei para se ter a real dimensão do poder do Estado, ou seja, para se saber o que realmente pode ser exigido de cada um dos seus cidadãos, ao passo que já nasce aquele limitado pelo que lhe é ditado pela ordem jurídica.

Destarte, chama a atenção que a lei até aqui considerada não coloque a prisão domiciliar como pena, mas como mera modalidade de execução penal, pondo o condenado a uma pena privativa de liberdade, preso em sua própria casa, a despeito do que vem posto no art. 5º, XI da CRFB/88.

Como se disse até aqui, não há pena sem lei que previamente a defina. Deste modo, ao que parece, não se tem a prisão domiciliar como modalidade de pena privativa de liberdade, porém, se caracterizando como medida judicial que se impõe a tanto. Contudo, não são somente as penas privativas de liberdade que se colocam como sanção penal, havendo, entre outras, as restritivas de direitos.

Voltando-se ao Código Penal, também não se vislumbra presente a prisão domiciliar compreendida em tal modalidade sancionatória (art. 43 *usque* 48 do CP), pois *“as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade”*.

Nesta toada, além de não se encontrar a prisão domiciliar como modalidade de pena restritiva de direitos, as que estão expressamente previstas como limitação de fim de semana, prestação de serviços comunitários e interdição temporária de direitos também não se cumprem na casa do condenado, no máximo, em se tratando de limitação de fim de semana, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, como se vê da dicção do art. 48 do CP. Nem se diga que substitui as privativas de liberdade, eis que igualmente se caracteriza como prisão, apenas, que se cumpre na casa do condenado.

Assim, temos, a princípio, como penas privativas de liberdade, as previstas no Código Penal, como as de reclusão e detenção, que se cumprem, a depender do regime, em estabelecimento prisional de segurança máxima ou média (fechado); em colônia agrícola, industrial ou em outro estabelecimento similar (semiaberto); e em casa de albergado ou similar (aberto), tudo em consonância com o disposto no art. 5º, XLVIII da CRFB/88.

De igual sorte, diga-se o mesmo da prisão simples, na forma do que estabelece a lei das contravenções penais.

Quanto a outros tipos de penas, como pecuniárias ou de perdimento de bens, nem há do que tratar, pois totalmente fora de qualquer identidade com a modalidade sancionatória ora em comento.

intransponíveis para a tutela e resguardo dos chamados direitos fundamentais do homem, impedindo que o mau uso do Poder Público possa causar-lhes qualquer lesão. Mas, se os homens pautassem os seus atos de acordo com a lei, ‘se compreendessem sem erros os seus direitos e cumprissem, sem falhas nem demoras, os seus deveres, o poder público não teria razão substancial de ser’. *Conclui-se, pois, que o Poder Público existe, precipuamente, para manter a ordem e assegurar os direitos de todos.*” FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *op. cit.*, pág. 338. (grifos nossos)

Tem-se a dizer que parte da doutrina considera distinta a *pena privativa da liberdade da restritiva de liberdade*, na forma como descrito no art. 5º, XLVI, alínea “a”, da CRFB/88, sendo que esta última comportaria apenas uma restrição ao direito ambulatorio e não a sua supressão total, como ocorre nas primeiras, abarcando, inclusive, a prisão domiciliar, como o recolhimento noturno¹⁰. Todavia, sua previsão deve igualmente estar na lei, nela sendo especificados os casos de sua aplicação, como preceito secundário decorrente da tipificação de determinada conduta ou referida em norma geral de aplicação nos casos nela especificados, como modalidade prisional que é, ao contrário do que entendam, pois implicará, de todo modo, o aprisionamento da pessoa em sua casa, ainda que limitado à parte do dia, por força de uma decisão judicial que, como se viu, encontra limites temporais para o seu cumprimento.

No que se refere ao disposto no art. 117 da LEP, deixaremos para disto tratar mais adiante.

6.2. Da prisão cautelar domiciliar

Seu conceito encontra previsão, como dito, no art. 317 do CPP, e as condições para a sua concessão se encontram consignadas no art. 318 do CPP.

Ademais, como espécie de outras medidas cautelares, temos o disposto no art. 319, V do CPP, qual seja, o recolhimento noturno do preso em sua casa.

Em sendo assim, primeiramente, há que se observar o interessante preceito que vem posto logo no art. 317 do CPP. A prisão domiciliar ali se define como sendo aquela que o preso cumpre em sua própria residência, donde somente poderá se ausentar mediante autorização judicial. Em resumo, parece pinçar, como se vê, o conceito civilístico de domicílio, ao estabelecer como cárcere a residência do preso, ou seja, aquela decorrente de sua escolha, porém, colocando-se em posição diametralmente oposta à norma que visa a garantir a inviolabilidade da casa, consignada no art. 5º, XI da CRFB/88, onde previsto está que naquela somente se poderá entrar por ordem judicial e no período diurno.

Seguindo na redação do aludido dispositivo legal, no caso da prisão domiciliar, somente poderá o residente de sua casa se ausentar mediante ordem judicial. Já, em liberdade, somente poderão na sua casa, salvantes as hipóteses constitucionalmente previstas, terceiros ingressar *mediante ordem judicial e de dia*, não carecendo, neste caso, o próprio morador de qualquer autorização judicial para dela se ausentar.

Já por este particular aspecto, temos que a prisão domiciliar, numa primeira análise, parece confrontar-se com a Constituição Federal, pois esta prevê como asilo inviolável do indivíduo sua casa, devendo esta destinar-se sempre ao abrigo daquele,

¹⁰ “As penas restritivas de liberdade não constituem formas de encarceramento. Não se trata da prisão do condenado, pois assim seriam privativas de liberdade. Consistem na limitação do direito de ir e vir do condenado: seu confinamento em determinado local, proibição de viajar sem autorização judicial, determinação de não freqüentar determinados locais, *obrigação de se recolher ao lar à noite*, a partir de determinada hora etc.” SILVA, José Afonso, *op.cit.* pág. 147. (grifos nossos)

seu habitante ou possuidor, e não ao local onde cumpre ou cumprirá sanção penal ou medida prisional.

Aliás, remontando ao próprio conceito de domicílio, dado pela legislação civil, parece redundante a terminologia "prisão domiciliar", já que o preso, enquanto tal, já tem por *domicílio necessário* exatamente o local onde cumpre a sua prisão, como acima visto. Desse modo, em nada acrescenta, sob este particular aspecto, o adjetivo domiciliar ao substantivo prisão a que vem adjunto, senão para se enfatizar que é *na residência do preso* que este deverá agora ficar detido. Portanto, não é ao domicílio, enquanto conceito jurídico próprio do Direito Civil, a que deve se dirigir o designativo domiciliar justaposto à prisão, senão que a norma do art. 317 do CPP está a se referir, verdadeiramente, *à própria casa do preso*, sua residência, como lá expresso e que, pela definição constitucional, *é o asilo inviolável de qualquer um*, independentemente de ser este seu domicílio ou não.

Estará aí, pois, senda aberta para se ingressar na casa de alguém enquanto se encontra em estabelecimento prisional, sem ordem judicial para tanto, a qualquer tempo e/ou sob quaisquer circunstâncias? Cremos que não, principalmente, se não houver necessidade de ali se colher alguma prova, ou para que nenhuma prova se perca, como a pericial, por ser o local da prática do delito investigado ou de que foi acusado o indivíduo, ou para a prática de qualquer outra medida judicial urgente.

Mesmo a busca e apreensão, acaso não observada tal regra constitucional, ter-se-á por abusiva, carecendo de ser realizada mediante os ditames legais e constitucionais, sob pena de nulidade.

Portanto, pelo simples fato de estar o seu possuidor e/ou proprietário preso, quando antes ali se encontrava residindo por força de seu direito de liberdade, seu estado prisional não possui força jurídica suficiente para, por si só, transformar o que outrora era seu lar agora em ambiente abandonado, pelo que ainda ali se faz incidir a garantia constitucional da inviolabilidade. Do contrário, o simples fato de encontrar-se a pessoa presa lhe reduziria a capacidade jurídica de administração de seus bens, representando uma *capitis diminutio*, contrário, pois, ao direito de personalidade que se deve preservar a toda e qualquer pessoa, ainda que presa.

A prisão cautelar, pois, como medida cautelar que é, tem apenas por princípio o da instrumentalidade. Visa, destarte, à preservação da própria prestação jurisdicional ou à garantia da satisfação da pretensão punitiva. Se a prisão domiciliar se coloca como um substituto do ergástulo cautelar, muito embora em essência deste não difira, mister que se constitua como meio adequado e idôneo a tanto, sem o que não há razão de ser.

E se há outros interesses que reivindicam a presença da pessoa do preso, como o de crianças e adolescentes que demandam daquele cuidado e atenção, por serem seus filhos ou estarem sob sua guarda ou poder, há que se sopesar o interesse maior que o próprio texto constitucional atribui a estes últimos com os que justificam a prisão cautelar, como veremos a seguir.

6.3. Os efeitos da prisão domiciliar sobre terceiros

Temos que, pelas muitas condições para a sua concessão, a submissão do preso cautelar à prisão domiciliar trará consequências para a vida de outras pessoas que àquele se vinculam e que, pelas condições pessoais que apresentam, se colocam sob seus cuidados, seja em razão da idade que possuem, seja por se encontrarem debilitadas.

Porém, em certas situações, se pode colocar em risco a esfera de direitos inalienáveis de tais pessoas que não são abrangidas diretamente pelo decreto prisional. A própria prisão domiciliar, com a possibilidade de ingresso no lar de agentes do Estado ante a necessidade de fiscalização de seu cumprimento, importa também em violação do domicílio dos outros.

Retornando à definição de domicílio dada pela lei civil, tem-se, por exemplo, que os menores e incapazes o tem como seu o de seus pais ou responsáveis, o que implica dizer que, por possuírem como casa a mesma onde se deva cumprir a prisão domiciliar, acabam por ter também como infringida a sua garantia à inviolabilidade, eis que não respondem a delito algum.

Diga-se o mesmo, e com muito maior razão, quando da hipótese da prisão domiciliar como execução penal, haja vista que é norma expressa do art. 5º, XLV da CRFB/88 que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Por coincidência, o domicílio dos menores ou incapazes é o mesmo *domicílio necessário* que o dos presos em geral, embora por razões jurídicas totalmente diversas destes últimos.

O que ocorre no caso do preso é que não cumpre esta pena, a princípio, por força de sua própria vontade, eis que a pena privativa de liberdade, modalidade de sanção penal, é medida restritiva *imposta* pelo Estado, decorrente de seu poder de *imperium*. O mesmo se diga em relação às modalidades de prisão provisória. Daí, ser o domicílio do preso *necessário*. Eis, pois, o questionamento: mas, poderia tal consequência jurídica, quando decorrente de uma pena criminal, ultrapassar a pessoa do condenado, de modo a alcançar pessoa diversa, ainda que filho seu ou não, menor sob sua guarda ou poder, sem se ferir o princípio constitucional da pessoalidade das penas, *ex vi* do art. 5º, XLV da CRFB/88¹¹?

Neste passo, a considerar, de um lado, que a lei civil determina que os incapazes terão como domicílio *necessariamente* o de seus pais, por outro, tal determinação não pode impor que estes sejam submetidos as mesmas consequências das penas criminais impostas a seus genitores.

Não se deve, pois, negar que um dos efeitos civis da prisão é a fixação do domicílio do preso no local onde a cumpre, com todas as consequências daí advindas, como ser vigiado, ser submetido à fiscalização de agentes do Estado, como revistas,

¹¹ "Art. 5º (...)

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;"

regime disciplinar, monitoramento eletrônico etc. Contudo, tais consequências devem-se observar em relação única e exclusivamente ao preso, a quem esteja submetido expressamente ao decreto prisional, seja ele provisório ou definitivo, e não a quem nem é investigado, denunciado, réu ou sentenciado em um processo criminal, como seus filhos.

Da mesma forma, veja-se a situação de quem for cônjuge ou companheiro do preso, pois, exigir do que não praticou o delito que se veja a todo tempo vigiado e submetido à fiscalização dos agentes estatais por força do decreto prisional, em sua própria casa, parece ser violador de uma série de garantias constitucionais que põem a salvo o terceiro de sofrer as consequências de uma pena de prisão, que deve encerrar caráter pessoal, ou de uma prisão cautelar, além da própria garantia da inviolabilidade de sua casa.

Ainda que a norma constitucional ponha a salvo o consentimento do morador para que se possa dar o ingresso em sua casa sem que se veja aí violação ao domicílio, não deveria se ter por extensível, neste caso, tal manifestação de vontade a quem não possui capacidade jurídica para tanto, como no caso dos menores, bem como a quem nem ao menos foi ou é parte no processo penal, como os cônjuges ou companheiros ou quaisquer outros que convivam com o preso na mesma casa em que se dará o cumprimento da prisão domiciliar seja lá a que título for.¹²

Aliás, em relação ao consentimento do próprio preso, conforme dito anteriormente, nos reportaremos a ele agora por chegar o momento oportuno para tanto.

Muito se poderia dizer a favor da prisão domiciliar em razão de suposto consentimento dado pelo próprio preso, eis que supriria ou seria este suficiente para contornar as dificuldades vistas até aqui, seja a prisão domiciliar cautelar, seja como execução de pena, haja vista que em geral é concedida por pleito ou pedido exposto feito pela defesa técnica, a quem os defendidos atribuem mandato para agir em seu nome.

Ocorre que toda manifestação de vontade para se ter como válida e, por conseguinte, fonte de obrigação e de direitos, deve se dar de forma livre, espontânea, sem submissão a qualquer tipo de coação ou ameaça.

Ora, é difícil crer que quem esteja na iminência de ser ou continuar a estar preso, seja cautelar, seja definitivamente, concorde *sempre* de forma absolutamente espontânea e livre com que o Estado transforme sua casa, outrora asilo inviolável, doravante, em seu cárcere¹³, ainda que se veja nisso um benefício em comparação à pena de prisão a ser cumprida em estabelecimento penal ou a recolhimento cautelar à cadeia pública, sendo observado no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2) que não há regulamentação a esse respeito, nem legal, nem jurisprudencial, ao contrário de sistemas judiciais alienígenas, como ocorre na Espanha, ainda quando se trate de prisão em flagrante.

¹² Importante trecho colhido de recentíssimo acórdão prolatado pelo STJ no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2).

¹³ Acórdão prolatado pelo STJ no Resp nº 1.558.004 - RS (2015/0249614-2).

Tem-se ainda a dizer que, em se tratando de cônjuge, se verifica uma horizontalidade na autoridade quanto ao consentimento para ingresso na casa, decorrente do regime de igualdade, *ex vi* do art. 226, § 5º da CRFB/88¹⁴, valendo registrar que a simples oposição de qualquer deles ao ingresso no lar conjugal, acaso violada, caracteriza o crime de violação de domicílio, já que se deve dar prevalência ao *ius prohibendi*, como registra a jurisprudência e a doutrina.¹⁵

Da mesma forma, registre-se que a jurisprudência e a doutrina também apontam para a possibilidade de se conferir o mesmo *ius prohibendi* aos filhos do dono ou possuidor da casa quanto aos aposentos que aqueles ocupem em relação a terceiros¹⁶. Ainda que permitidos estes últimos pelos pais a ingressarem no lar familiar, tendo em vista a limitação imposta pelo inciso XLV do art. 5º da CRFB/88, duvidoso, neste caso, se submeterem seus filhos ao mesmo regime prisional a que se submetem seus genitores em prisão domiciliar. Apenas em relação a seus pais é que os filhos não podem se opor, *em regime de liberdade*, a que ingressem nos aposentos que ocupem, assim como de terceiros por aqueles franqueado o ingresso, como empregados, familiares, operários ou quaisquer outros pelos mais variados motivos, sempre tendo por mira os direitos prevalentes dos menores, *ex vi* do art. 227 da CRFB/88, notadamente, de não serem submetidos a quaisquer atos de opressão ou violência, entre outros. A não ser assim, basear-se apenas no regime de subordinação em que se encontram os filhos menores em relação a seus pais para os submeter às ingerências de terceiros decorrentes do regime prisional destes últimos será reduzir à letra morta os direitos e garantias constitucionais que se põem a favor daqueles, pelo que entendemos que a conciliação do regime de prisão domiciliar com tais garantias se coloca, até agora, como bastante precária ou mesmo inviável.

Aqui, também, cabe assinalar que não se pode deixar de citar o disposto no inciso LXVI do art. 5º da CRFB/88, onde estabelecido está que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança*. Significa dizer que *a preferência é sempre do direito à liberdade*, ainda que provisória, sendo certo que quando se verificar alguma situação que justifique se pôr em liberdade alguém, ainda que no curso de um processo penal, em razão de algum interesse jurídico prevalente em face do próprio interesse estatal relativo ao cumprimento da lei penal, ou da garantia à instrução penal ou qualquer outro, melhor determinar-se a sua soltura, exigindo-lhe ou não fiança como contracautela, nos casos e na forma prevista na legislação, como no caso de se imporem demais medidas cautelares diversas do encarceramento, *ex vi* do art. 321 do CPP.

Destarte, no caso de se ter o interesse do menor, por exemplo, como prevalente, em razão da proteção que lhe confere a própria Constituição Federal, a teor do disposto no seu art. 227, a liberdade de quem por ele deve velar, como sua mãe ou seu pai, se

¹⁴ Regime de igualdade de JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado, pág. 411, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991, Editora Saraiva.

¹⁵ "Conflito de autoridade horizontal. *melior est conditio prohibentis*." (Op. cit., nota 16, pág. 412)

¹⁶ "Dependência de subordinados. Neste sentido; JTACrimSP, 62:359." (Op. cit. nota 16, pág. 411)

coloca como bem mais adequada à consecução de tal objetivo do que a dita prisão domiciliar, ainda mais quando se verifica a citada norma do inciso LXVI do seu art. 5º, sem prejuízo de todas as demais garantias constitucionais até então comentadas.

Acrescente-se que a prevalência do direito da criança e do adolescente não é plenamente garantida somente por ter em casa seus genitores ou responsáveis, haja vista que situações extremamente variáveis podem se dar e que igualmente exigirão a presença destes em locais distantes ou fora da casa-prisão, de onde, por força do art. 317 do CPP, somente poderão estes últimos se ausentar por ordem judicial. O filho brigou no colégio, caiu na rua, foi assaltado, foi preso na delegacia, foi internado às pressas no hospital etc., não pode seu genitor ou responsável, sob pena de violação à prisão domiciliar, imediatamente ausentar-se da casa onde a cumpre para acudir a tais situações, senão com autorização judicial para tanto. A depender da situação que exija a presença *incontinenti* do preso, a tal *absoluta prioridade dos direitos da criança e do adolescente*, prevista no art. 227 da CRFB/88, com toda certeza, não estará sendo observada pelo Estado com a determinação tão só da chamada prisão domiciliar, pois, até que seja autorizada a saída de casa do detento para atender ou socorrer seu filho, com urgência, de nada mais valerá.

Inclusive, dentro do próprio texto do art. 227 acima citado, tem-se importante regra quanto à proteção de crianças e adolescentes, atinente a pô-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nada mais violento ou opressivo para uma criança ou um adolescente que o submeter conjuntamente com o preso aos efeitos decorrentes da prisão domiciliar, seja esta cautelar ou não, sendo de se ressaltar que o direito correlato a tal ressalva coloca-se como *absoluta prioridade*, ao lado do direito à vida, à liberdade, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, entre outros, previstos no referido dispositivo constitucional.

Ora, como é intuitivo e lógico pensar, a vida, a liberdade, o lazer, a dignidade, o respeito do menor, criança ou adolescente, *enquanto prioridade absoluta*, não se contenta com restrições, principalmente, resultantes de decreto condenatório ou prisional que não lhe diga respeito, ainda que imposto a quem tem por obrigação e dever a sua guarda, o seu sustento, a sua vigilância e tudo o mais que decorra do *status familiae* ou representação de tais pessoas, salvante as limitações que sejam impostas pelo próprio texto constitucional.

Como se não bastasse, tem-se, até mesmo quando o menor deva cumprir alguma medida restritiva de liberdade, em razão de atos infracionais que pratique ou a que responda, que não lhe poderá ser exigido cumprir tal medida em estabelecimento prisional destinado a adultos. O que dizer, então, quando possui como casa a mesma em que alguém adulto esteja cumprindo prisão domiciliar, ainda que seu pai, sua mãe ou responsável, por prática ou indício da prática de um delito, tendo igualmente por

violada garantia constitucional afeta à inviolabilidade de domicílio, se nem ao menos delito ou ato infracional cometeu? Veja-se o que dispõe o art. 185 da Lei nº 8.069/90¹⁷.

Neste diapasão e pelo que foi visto até aqui, em virtude do feixe de relações jurídicas que decorrem de um mesmo fato, a existência da casa como asilo inviolável de quem a habita, se faz suscitar uma série de questões de ordem legal e constitucional que colocam a prisão domiciliar, seja em sua feição de prisão cautelar, seja como modalidade de execução penal, até aqui, em situação bastante crítica perante o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Vejamos agora como se relaciona com outras garantias constitucionais igualmente invioláveis.

7. A proteção constitucional da vida privada como consectário lógico da inviolabilidade da casa enquanto garantia constitucional do indivíduo

A intimidade, a vida privada, assim como a honra e a imagem das pessoas, é considerada igualmente inviolável, a teor do art. 5º, X, da CRFB/88. Visa à garantia da privacidade. Dispõe a regra constitucional em análise que passível será de indenização o dano material ou moral decorrente de sua violação.

Assim, se vislumbra uma dificuldade de ordem prática ao cumprimento da medida prisional, na medida em que difícil será muitas das vezes separá-la da violação ao direito de inviolabilidade da intimidade de terceiros, quando da ingerência de algum agente estatal na casa de alguém para, *v.g.*, proceder a uma revista ou para a verificação do cumprimento da própria prisão domiciliar, implicando isto violação de alguma esfera de interesses que devem estar a salvo desta atividade.

Daí, poderá resultar infração ao recato, ao pudor, ao sossego, ao segredo e tudo o mais que, dentro do que se possa imaginar relativo à intimidade, reconheça-se a alguém resguardar, ainda mais quando não abrangido pela medida judicial que supostamente se pode determinar como exceção à inviolabilidade da casa enquanto asilo do cidadão.

Da mesma forma, difícil será estabelecer o necessário limite em situações deste jaez para se dizer respeitada a garantia da inviolabilidade de sua casa, eis que o terceiro não há como se dizer obrigado às penas aplicadas ao preso domiciliar e àquele, por encontrar-se em sua casa, a princípio, deve-se garantir a inviolabilidade à intimidade.

Saber o exato limite do que pode fazer o agente público, em face do dever que possui de vigiar e fiscalizar quem se encontra em tal situação prisional pode se tornar uma tarefa bastante complexa e, quiçá, perigosa ao bom desempenho das funções daí

¹⁷ "Art. 185. A internação, decretada ou mantida pela autoridade judiciária, não poderá ser cumprida em estabelecimento prisional.

§ 1º Inexistindo na comarca entidade com as características definidas no art. 123, o adolescente deverá ser imediatamente transferido para a localidade mais próxima.

§ 2º Sendo impossível a pronta transferência, o adolescente aguardará sua remoção em repartição policial, desde que em seção isolada dos adultos e com instalações apropriadas, não podendo ultrapassar o prazo máximo de cinco dias, sob pena de responsabilidade." (grifos nossos)

decorrentes, bem como contraproducente, eis que deverá haver um limite à atuação estatal, sob pena de se gerarem situações violadoras à esfera de direitos de outrem¹⁸.

8. Da inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas

Igualmente, outras garantias constitucionais, como as estabelecidas no art. 5º, XII, da CRFB/88, põem-se em risco ao se cumprir a prisão domiciliar. Fácil é constatar que à casa das pessoas é que, em geral, são enviadas correspondências e telegramas, assim como é no recinto de seu lar que recebem, por vezes, ligações telefônicas e onde possuem aparelhos como computadores, *laptops*, *tablets*, *smartphones* e toda sorte de parafernália de que modernamente se utiliza para a transmissão, recepção e guarda de dados e mensagens pessoais.

A necessidade de se submeter o preso à vigilância e à fiscalização constante por parte do Estado pode implicar a verificação do cumprimento ou não das medidas inerentes ao regime prisional domiciliar, devendo-se, para tanto, determinar a violação de tais dados, correspondências ou informações. Porém, quando pertencentes a terceiros que tenham por casa a mesma do preso, por não estarem aqueles submetidos ao mesmo decreto prisional imposto a este, dever-se-á observar a limitação imposta pelo texto constitucional.

Ora, da mesma forma que os maiores e capazes, os menores e incapazes são detentores das mesmas garantias constitucionais a que se refere a inviolabilidade acima descrita, assim como qualquer outra pessoa que coabite a residência de quem nela se encontra cumprindo prisão domiciliar.

Deste modo, a prisão domiciliar também se põe como ameaça a tal garantia, sendo que nem ao menos exceções a ela estabelecidas no art. 5º, XII, em relação às comunicações telefônicas, se aplica a quem não se encontra referido no decreto prisional.

Imaginar-se possível a quebra do sigilo telefônico de quem se encontre em casa cumprindo pena desde que se utilize de telefone compartilhado pela família, por exemplo, é algo que pode gerar constrangimento e violação a direitos de terceiros, pois ter-se-ão por violadas ligações efetuadas ou recebidas por outrem, diverso da pessoa do apenado ou cautelarmente preso, ainda que haja mandado judicial para tanto. Que dizer então quanto aos telefones particulares dos outros?

De se citar, especificamente à criança e ao adolescente, o que dispõe o art. 17 da Lei nº 8.069/90¹⁹.

Ou seja, espaços e objetos pessoais, assim como os demais interesses e bens materiais e imateriais, como imagem, identidade, autonomia, valores e ideias, que se

¹⁸ A propósito do tema, veja-se trecho do artigo intitulado *O direito fundamental à privacidade e à intimidade no cenário brasileiro na perspectiva de um direito à proteção de dados pessoais*.

¹⁹ “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.” (grifos nossos)

quer proteger ou por a salvo pertencentes a crianças e adolescentes e que podem estar compreendidos na casa onde se cumprirá a prisão domiciliar correm o risco de serem violados pelos agentes estatais.

Por outro lado, do ponto de vista prático, poder-se-á justamente em razão das limitações jurídicas impostas ao preso domiciliar, em virtude desta sua condição, valer-se este de interposta pessoa que com ele reside para justamente tentar contornar a limitação que lhe tenha sido imposta, notadamente, quando se constituir sua prisão domiciliar em cautelar, haja vista que a justificativa às medidas cautelares em matéria penal encontra fundamento na necessidade de se pôr a salvo a instrução criminal, a aplicação da lei penal ou a garantia da ordem pública ou econômica, na forma do disposto no art. 312 do CPP, por um juízo de periculosidade que se faz.

Portanto, diante das dificuldades e limitações impostas pela Constituição e pela legislação pertinente, buscar na prisão domiciliar a cautelaridade que se espera para pôr a salvo os interesses que a legislação processual penal preconiza, levando-se em consideração muitas das condicionantes previstas para que não se transforme aquela em arbítrio, não se mostra a medida judicial mais adequada a tanto.

Todavia, impedir que terceiros continuem a morar no mesmo local que sempre moraram, como os filhos menores do preso e pessoas sob seus cuidados, para efeitos de cumprimento da medida, sem que tal se imponha na legislação pertinente, bem como em face de outras garantias constitucionais, como o direito de propriedade e moradia, acaba por retirar a própria justificativa da prisão cautelar na maioria das hipóteses em que vem sendo concedida, constituindo-se em outro desafio que se põe à sua implementação.

9. Do direito de propriedade e de moradia

A análise da prisão domiciliar não poderia passar incólume ao direito de propriedade e de moradia que detenha o preso sobre o imóvel no qual se deverá cumprir.

Como se pode ver, o direito de propriedade é uma garantia constitucional fundamental do cidadão, pondo-a, pois, a salvo de ingerências ou arbítrio do Estado, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional.

Tais exceções, contudo, são bastante específicas como o atendimento à função social, a desapropriação por necessidade e utilidade pública ou por interesse social e a requisição em caso de iminente perigo público (art. 5º, XXII a XXV, da CRFB/88).

Daí, revestir-se de importância saber a que título se dá a ocupação da casa por seu morador, acaso seu possuidor ou proprietário, quando nela preso, e como se dá a utilização de tal imóvel pelo Estado para cumprimento do mandado judicial relativo à prisão domiciliar.

Não nos parece que esteja a cumprir a propriedade, neste caso, sua função social, pois não se quer que o imóvel que se destina originariamente à moradia de

alguém se transforme em seu próprio cárcere, notadamente, quando é um dos direitos sociais previstos no art. 6º da CRFB/88.

Ora, o art. 6º menciona a moradia como um direito social, o que vai além do mero direito de propriedade, pois abrange também a posse, seja a título definitivo ou precário, cabendo ao Estado garantir-lhe proteção.

Conforme menciona o texto acima, a moradia é direito social, na forma do que dispõe a Constituição²⁰.

Assim, tendo em vista que a propriedade é um direito que deve ser respeitado pelo Estado, inclusive, para que cumpra a sua função social, nada mais justo que este coadune o seu interesse com o interesse jurídico inerente à finalidade primária de toda residência, qual seja, servir de moradia a alguém.

Contudo, a função social que deve ser observada em relação ao direito constitucional da propriedade se dá não em relação a seu proprietário ou possuidor, individualmente considerado, eis que se assim o fosse, não haveria como se constituir como verdadeiro interesse social, senão como mero interesse privado, o que difere daquele.

Desta forma, parece estranho que tendo como objetivo maior a casa garantir a moradia de alguém, enquanto realização de sua função social, não apenas, mas fundamentalmente como tal, se possa impor simultaneamente violação à sua inviolabilidade enquanto asilo, constituindo-a como ergástulo.

Se é moradia, não pode comportar limitação maior que a própria Constituição impôs, quando esta mesma determinou que tal direito se dará na forma do que determina, como se vê da parte final do seu artigo 6º, com o óbvio resguardo do disposto no seu art. 5º, XI.

Todavia, carece ainda de tratamento adequado o regime jurídico a que se submete a casa do preso quando nesta se cumpre sua prisão, pois está descrito no inciso XXV do art. 5º da CRFB/88 que poderá a autoridade usar de propriedade particular em caso de *perigo público iminente*, ressalvada a possibilidade de indenização pelo dano daí advindo.

Aqui, o que se está, em verdade, regulamentando não é o uso do direito de propriedade propriamente dito, pois esse é apenas o direito, o interesse jurídico que tem por objeto um bem da vida, concentrado na esfera jurídica de seu titular, senão o próprio bem objeto de tal direito *in casu* um bem imóvel.

Destarte, para que se dê constitucionalmente a possibilidade de requisitar, em geral, o bem de alguém para uso do Estado, incluídos aí os bens imóveis, necessária se faz a existência de um *iminente perigo público*. Estaria presente o tal iminente perigo público a justificar transformar a casa de alguém em sua própria prisão, ainda que cautelar? Para tanto, além do próprio *periculum in mora* que justifica a decretação da prisão preventiva de alguém que, pela nova redação do art. 318 do CPP, poderá

²⁰ Conforme se extrai de definição contida na obra Comentário Contextual à Constituição, de SILVA, José Afonso da, Malheiros Editores, 5ª edição, pág. 186.

ser convertida em prisão domiciliar, cremos que o constituinte tenha querido se referir como iminente perigo público a algo mais do que a simples necessidade de se garantir a instrução de um processo criminal, ou a aplicação da lei penal ou garantir a ordem pública ou econômica, pois se constitui tal prisão cautelar como mera instrumentalidade de uma atividade estatal específica: *a jurídico-processual-penal*. Da mesma forma, quando se tratar de prisão-pena.

Então, ao menos até aqui, parece que não seria pela exceção à garantia constitucional do direito de propriedade que se daria a prisão domiciliar como modalidade de requisição da casa justificada por iminente perigo público, seja como medida judicial cautelar, seja como sanção penal.

Ademais, a casa onde o preso cumprirá a prisão domiciliar não passa à propriedade do Estado, nem mesmo em razão do que vem disposto no inciso XXV do art. 5º da CRFB/88 ou por outra qualquer razão. Continua ela a pertencer ao preso ou a ser por este possuída e utilizada, seja lá a que título for, porém, como sua moradia, sua residência, sua casa, devendo, agora, nela se submeter à ingerência do Estado. Portanto, a que título se dá, neste caso, a utilização pelo Estado da casa do preso como presídio ou cadeia pública?

Legítima limitação do direito de propriedade, ao que parece, não se constitui. Requisição do imóvel que lhe serve de objeto, igualmente legítima, também não parece se configurar. Então, esta continua a ser uma questão jurídica intrigante sob o ponto de vista da utilização da casa do preso para cumprimento da ordem judicial de sua prisão, ao menos do ponto de vista do direito constitucional de propriedade e de moradia, até agora não devidamente respondida.

10. Da ordem judicial de prisão domiciliar

Neste passo, questão interessante relativa à exceção à inviolabilidade da casa enquanto asilo seria quanto ao mandado ou ordem judicial que a justifica.

É de se pressupor que toda ordem ou mandado judicial se dá em consonância com o que prevê a legislação pertinente, sob pena de se constituir a autoridade judicial como ser supremo que tudo pode, bastando qualquer ordem sua para que se descumpra toda e qualquer garantia legal ou constitucional.

O art. 5º, XI da CRFB/88 prevê como exceção à inviolabilidade da casa de alguém ordem judicial para cujo cumprimento, como outrora visto, deve-se observar o dia.

Ocorre que, no caso da prisão domiciliar, seja como modalidade de execução da prisão-pena, seja como modalidade de prisão cautelar, dever-se-á observar vigilância constante sobre aquele a ela submetido. E, portanto, como temos uma limitação temporal para cumprimento do decreto prisional (parte do dia), soa mais uma vez írrito colocar-se tal modalidade de prisão como execução de sanção penal ou medida cautelar restritiva de liberdade.

Mesmo o monitoramento eletrônico como modalidade de vigilância à distância, por seu caráter invasivo, é de duvidosa constitucionalidade, eis que o que se quer garantir com a inviolabilidade do domicílio de alguém não é apenas o respeito aos limites físicos da propriedade imobiliária que possui, mas, além destes, a própria intimidade e privacidade de quem a habita. Portanto, a proteção se dirige à pessoa e não a casa em si.

Assim, havendo um limite temporal preciso para que se dê o cumprimento da ordem judicial que se coloca como exceção à inviolabilidade da casa, poder-se-ia a todo tempo, em cumprimento a tal ordem, se violar a residência de alguém, seja por que motivo for, como para a fiscalização das condições impostas à prisão domiciliar ou para a verificação das condições do aparelho de monitoramento eletrônico ou mesmo para se certificar se não houve fuga? Achamos que não!

Por outro lado, limitar-se o decreto de prisão domiciliar à parte clara do dia não se coaduna com o que se espera de uma pena privativa de liberdade ou com a cautelar decorrente de uma medida prisional imposta no curso de um processo judicial ou de um inquérito penal. Se se chega à conclusão de que alguém carece recolher-se à prisão por sua liberdade representar risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, havendo limites temporais para se dar o cumprimento integral a uma ordem judicial que se ponha como exceção à inviolabilidade da casa, não vemos como possa prosperar tal medida judicial como eficaz, útil e necessária à preservação dos interesses que a justificam, havendo interesses maiores que aos que visa a cautelar preservar quando determinado cumprir-se em ambiente diverso dos estabelecimentos prisionais.

Se mais importante, em determinadas hipóteses, é que se coloque o indivíduo em liberdade em razão da prevalência de outros interesses jurídicos, como os de crianças e adolescentes, filhos seus ou sob sua guarda ou proteção, em razão de assim terem sido erigidos pelo ordenamento jurídico como um todo, melhor que se coloque em liberdade, ainda que provisória, o até então preso.

A não ser assim, a busca e apreensão, que também é uma medida judicial para cujo cumprimento se exige por vezes o ingresso em casa alheia, poder-se-ia cumprir a qualquer tempo ou sob quaisquer circunstâncias, sendo certo que forte é a jurisprudência no sentido de não reconhecer validade a provas obtidas por meio de tal instrumento legal acaso descumprido o limite temporal para tanto.

Como se vê, em caso de mandado de prisão, não se o cumpre senão de dia, mesmo que se deva fazê-lo em casa de terceiro em que se haja homiziado quem lhe seja objeto. Aqui não se distingue em razão de que a que título se expediu o mandado de prisão, se decorrente de prisão cautelar ou de sentença definitiva. Basta o que dispõe o art. 293 do CPP²¹.

²¹ "Art. 293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão."

Contudo, quem se acha preso, seja cautelar, seja definitivamente, o é de dia e de noite, ou seja, o decreto prisional a ele inerente se faz necessário cumprir constantemente pelo período que a lei ou o decreto prisional fixar ou a situação que o justifique perdurar. Existe, pois, uma clara diferença entre o ato de apreensão e o de prisão, verificando-se aquele em momento certo e determinado, enquanto esta se traduz numa situação fática e jurídica oriunda daquele ato e que se protraí no tempo.

Por isso, ao se ter a prisão domiciliar como a que se cumpre na residência do preso, em razão da limitação temporal disposta no art. 5º, XI, da CRFB/88, põe-se séria dúvida quanto à sua constitucionalidade, haja vista não conter o texto constitucional correlato exceção ao cumprimento de decisões judiciais na casa de alguém, *senão durante o dia*. E como as decisões que determinam aquela prisão carecem de uma fiscalização eficaz por parte do aparelho estatal para certificar-se o seu fiel cumprimento, não há como, *senão* por violação do dito dispositivo constitucional, se proceder a tanto, eis que o art. 5º, XI, somente permite que *de dia* os agentes estatais possam ingressar na casa de alguém.

Veja-se que não mais vigem as exceções que havia em textos constitucionais pretéritos que previam que a legislação infraconstitucional podia criar outras exceções que não as expressamente contidas no dispositivo da inviolabilidade da casa.

Como se verificar, por exemplo, o cumprimento do recolhimento em período noturno, previsto no art. 319, V, do CPP, se o ingresso em casa alheia por determinação judicial não pode se dar *senão* de dia? Diverso, por exemplo, é tal recolhimento quando se dá em cadeia pública ou presídio, eis que aí não se trata da casa ou residência do preso, *senão* o local em que, conforme o determinado no texto constitucional, se cumprem as penas privativas de liberdade, de acordo com o sexo, a idade e a natureza do delito, bem como, respectivamente, as prisões provisórias, consistindo aquele em seu domicílio necessário, ou seja, imposto, na forma do que determina a lei civil.

Se a decisão judicial relativa à prisão domiciliar se dá levando em consideração um aspecto volitivo, pois definido é no art. 317 do CPP que prisão domiciliar é aquela que se cumpre na residência do preso, reconhecido é também que esta é a casa do indivíduo, ou seja, aquela que livremente escolhe para servir-lhe de abrigo, isto é, asilo inviolável, portanto, posto a salvo da ingerência estatal. Não pode, a princípio, o Estado subverter o conceito jurídico daquilo que antes forçosamente deve reconhecer como limitador de seu próprio poder para justamente ali o exercer, salvo, se em flagrante delito.

A não ser, então, que passará a ter o indivíduo responsabilidade que é própria do Estado, qual seja, de se pôr como carcereiro de si mesmo, ao menos, na parte do dia em que não é dado nem àquele fazê-lo na casa deste último, qual seja, *à noite*, porém, por ordem dele mesmo, o que, de novo, se coloca contrário ao art. 5º, XI, da CRFB/88, ainda que por um ideal benthaniano do exercício do poder estatal.²²

²² Cremos que aqui caiba fazer-se referência ao que Michel Foucault analisou acerca do panóptico de Bentham em sua obra *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

Podem parecer que com tal ordem haja a concessão de um benefício ao próprio preso por poder restar confinado em seu próprio lar, se pondo, na maior parte do tempo, sob sua própria autoridade. Mas, tal ideia se dá em contrariedade ao que visa a própria garantia constitucional da inviolabilidade preservar: *a liberdade*. Ora, se dado é ao Estado reconhecer que pode o indivíduo pôr-se fora de sua submissão, em sua casa, como expressão máxima do direito de liberdade e que este possui pelo simples fato de se constituir como seu cidadão, não há como, pois, obrigá-lo *sempre* o Estado a ali se submeter ao seu poder; a se sentir ali vigiado, ao menos, na parte do dia em que expressamente a Constituição o proíbe e, conseqüentemente, em que o liberta de tal incumbência.

Daí, a previsão no texto constitucional do cumprimento da pena em estabelecimento prisional adequado, na forma do seu art. 5º, inciso XLVIII, pois este não é o espaço físico que se destina ao exercício da liberdade de ninguém, senão onde se subsome ao poder estatal, sendo que a liberdade, ainda que provisória, é garantia constitucional contra tal poder, *ex vi* do art. 5º, LXVI da CRFB/88, mesmo mediante fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão, a teor do art. 321 do CPP, não havendo, destarte, sentido colocar-se como substituta da prisão cautelar uma *outra prisão*, agora, na residência do próprio preso, para que fique aí exposto, inclusive, a toda sorte de ameaça, eis que sob os olhares de todos, com o ingresso a todo momento de policiais, porém, que ali não permanecem para dar-lhe a proteção e vigiá-lo, ante o que a sua situação prisional exige, ficando, pois, submetido às neuras, psicoses e paranoias de estar posto sob a vigília de si mesmo por ordem do Estado. É isto um contrassenso, na medida em que, como visto, nem ao menos garante com integralidade interesses que se querem ter como prevalentes, como o de adolescentes e crianças, conforme acima abordado.

Portanto, não exige a Constituição apenas uma ordem judicial para que se permita o ingresso na casa de alguém, senão que tal ordem possa cumprir-se, nas condições estabelecidas na própria norma constitucional²³, observado o limite temporal para tanto.

11. A jurisprudência

Como se pode ver da jurisprudência recente no país, está sendo acolhida, principalmente como substituta da prisão cautelar, a prisão domiciliar em larga escala, notadamente, quando a postulante encontra-se grávida ou possui prole de até a idade de doze anos, não se verificando o mesmo vigor quando se trata de homem, na qualidade de pai, embora a estes se estenda o benefício em análogas e díspares situações, como na forma do art. 117 da LEP e do art. 318, III e VI do CPP.

²³ Muito a propósito, veja-se o entendimento acerca da reserva jurisdicional prevista em nossa Constituição, trecho de artigo de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP, *op.cit.* pág. 06/07.

Quando assim concedida, verifica-se que, *em relação à mulher*, se a defere fazendo, muitas das vezes, alusão às *regras de Bangkok*, principalmente, em face da sua condição de mãe, além, para tanto, do que prevê a legislação interna.

Contudo, mister se faz uma análise mais aprofundada das regras contidas em tal documento, eis que muitas das vezes vinculam a atuação dos magistrados, principalmente, dos tribunais superiores como se imperativo fosse para a concessão da medida sob exame.

11.1 Da Carta de Bangkok

Logo no início dos considerandos, constata-se que um dos objetivos da referida Carta de Bangkok é a adoção de *medida alternativa* à prisão em situações que nela se especificam. Pois, tais *medidas alternativas à prisão* vêm especificadas ao final, da Regra 57 à Regra 65.

Ou seja, claro está como a água que em nenhum momento autorizam as regras de Bangkok a adoção, como *alternativa* à pena de prisão ou à prisão provisória, de *outra prisão*, ainda que em casa do detento, *senão medidas penais alternativas àquelas*. Alternância pressupõe possibilidade de mudança, de escolha de outra coisa ao que se alterna, de substituição. Substituir prisão em presídio ou cadeia por prisão em casa *continua sendo medida privativa de liberdade*, desta vez, de duvidosa constitucionalidade, como até aqui colocado.

Ora, se a ideia é a substituição da medida privativa de liberdade como forma alternativa à adoção da prisão, parece não se ter como determinar, com base em tal documento, a prisão na casa de ninguém.

Inclusive, veja-se que as tais medidas penais alternativas preconizadas pela dita convenção internacional devem ser preferencialmente executadas em estabelecimentos como *casas de albergado* e *organizações não governamentais ou de interesse comunitário*, como se vê do insculpido na Regra 59. Em nenhum momento, se menciona a prisão domiciliar como alternativa à prisão-pena ou à prisão cautelar.

Se necessário é que se mantenha presa a mulher, que o seja no estabelecimento prisional adequado, cabendo ao Estado a sua fiscalização, cumprindo com o dever que lhe compete como tal, o que também é previsto na Regra 59.

Aliás, ainda concernente à Regra 59 da Carta de Bangkok, atente-se para que, mesmo quando ali se reconhece a necessidade de se manter presa a mulher, o é temporariamente, não sendo mais admissível o cárcere contra a sua vontade, como se vê *in fine* daquela disposição convencional, porém, aqui não se trata da vontade relativa ao estabelecimento de domicílio, já que se está a regular na aludida Regra 59 uma medida temporária privativa de liberdade e que não deve prevalecer contra a sua vontade e, não, como uma medida alternativa a tal privação, porém, de análoga consequência prática.

Portanto, em geral, conforme consignado na dita regra, dever-se-á adotar medida alternativa, diversa, pois, da prisão, salvo quando temporária, em favor da proteção feminina e não contrária à vontade da mulher, mas que, neste último caso, deve, a princípio, se cumprir em estabelecimento prisional adequado.

Mas, insistindo no tema, neste caso, estaríamos diante de manifestação de vontade que justificaria, por si só, a prisão domiciliar, ainda que temporária, eis que prevista a regra acima citada, em se tratando de presa, com todo o conseqüente que uma medida de tal natureza implica, conforme acima já assinalado?

Primeiramente, em razão do já analisado até aqui, chega a ser uma *contraditio in terminis* a regra do art. 319, V, do CPP, como será mais adiante tratado, eis que prevê como alternativa à prisão o recolhimento noturno do preso em prisão domiciliar, pois em nada se mostra alternativo, senão, pela temporariedade do estado prisional, eis que substancialmente continua a ser medida de privação da liberdade, ainda que restrita à parte escura do dia, parte esta em que a própria Constituição Federal veda o cumprimento na casa de quem quer que seja de qualquer decisão judicial. Contudo, ainda que se queira, diante da norma da Regra 59 da Carta de Bangkok, se justificar a medida em comento, deve a manifestação de vontade da presa prevalecer para que se dê o cumprimento de sua prisão em casa, mesmo quando esta se coloca como seu abrigo inviolável, a teor do art. 5º, XI, da CRFB/88?

O problema que se coloca em admitir-se como suficiente a vontade, em especial, da mulher para que se recolha em sua própria casa para cumprimento de uma medida privativa de liberdade é que tal medida decorre de um ato prolatado pelo Estado, ao que se opõe a própria garantia constitucional em referência, haja vista que abrirá oportunidade à infringência de tantas outras garantias constitucionais, como acima mencionado.

O próprio § 2º do art. 5º da CRFB/88 determina que os direitos e garantias nela expressas não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados em que seja parte o Estado brasileiro. Ainda que assim disponha, tem-se que a recíproca não é verdadeira, qual seja, de que possa haver diminuição do conteúdo normativo de quaisquer garantias constitucionais em razão dos tratados que o Brasil firma. A relação, pois, em razão do mencionado dispositivo constitucional é sempre de soma e, não, de subtração.

Ainda que se preveja que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, reputam-se equivalentes às emendas constitucionais, na forma do § 3º do art. 5º da CRFB/88²⁴, temos que, como tais, devam obedecer às limitações próprias do poder geral de reforma, impostas pela Carta Magna

²⁴ “Art. 5º (...)”

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018) (Vide ADI 3392)“

ao poder constituinte derivado. E, sendo a garantia da inviolabilidade da casa enquanto asilo inviolável uma garantia individual do cidadão, não se submete esta à deliberação tendente a aboli-la, na forma do disciplinado no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88.

Neste contexto, podemos dizer que, mesmo que haja o consentimento do morador como exceção expressa à inviolabilidade da casa, na forma do art. 5º, XI, da CRFB/88, *tal exceção visa à garantia do direito de liberdade do indivíduo*, sendo um contrassenso utilizá-la justamente para justificar ato estatal que visa ao contrário de tal interesse jurídico, *o cárcere*, quando a própria Constituição proíbe qualquer reforma que vise a abolir tal garantia como quando só preveja que tais garantias sejam ampliadas e não diminuídas por meio dos tratados internacionais que firme o Brasil.

Remanesce, pois, a pergunta: seria suficiente a manifestação de vontade do indivíduo para se ter como justificada, ao nível constitucional, a prisão domiciliar, com todas as consequências jurídicas advindas da custódia que encerra? Ao menos de uma perspectiva generalista, conforme se extrai da Regra 59 acima, parece-nos que não, em face da visão garantista que nos fornece a cláusula constitucional ora em comento e que ainda informa o Direito interno.

Convém, agora, fazermos uma análise do caso paradigmático - *HABEAS CORPUS* 134.734 SÃO PAULO - que, julgado no STF, optou pelo reconhecimento da aplicação da Carta de Bangkok.

Apesar de ser expressa a convenção de Bangkok acerca do compromisso de adoção pelos Estados signatários de *medida alternativa à prisão*, o voto condutor do acórdão acima citado, da lavra do ilustre Min. Celso de Mello, reputa de acordo com tal documento a previsão da prisão domiciliar em solo pátrio.

A crítica, portanto, a nosso ver pertinente se fazer aqui reside justamente no fato de que a legislação interna, a despeito do voto paradigmático considerar que se adequou o Brasil ao compromisso internacional por ele firmado, ao prever como alternativa à prisão cautelar a prisão domiciliar *data venia*, não se adéqua à tal convenção internacional, pois não se pode ter como alternativo a algo que se procura substituir o que lhe é ontologicamente análogo, pois prisão é da mesma forma, com a agravante de que agora estará o preso por sua conta e risco, cumprindo um decreto prisional em sua própria casa, de forma contrária ao que estabelece a própria ordem constitucional, eis que o Estado não estará mais custodiando o detento, na forma como estabelece a Magna Carta e a própria convenção em comento que, em sua Regra 59, estabelece que *“serão aplicadas medidas temporárias de privação da liberdade para proteger a uma mulher unicamente quando seja necessário e expressamente solicitado pela mulher interessada, sempre sob controle judicial ou outras autoridades competentes”* (grifos nossos), pois não há como a todo tempo fazer-lhe vigilância em sua própria casa, haja vista o limite temporal para que se cumpra nesta qualquer ordem judicial, a teor da regra do art. 5º, XI, da CRFB/88, não podendo tal dispositivo constitucional ser derogado por emenda constitucional ou pelo que lhe equivale, como um tratado que verse sobre direitos humanos.

Apesar de citadas expressamente as normas das Regras 57 e 58 da dita convenção no voto em exame, não se vê ali justificada a adoção de prisão domiciliar como sendo a medida alternativa que preconiza.

Ora, está ali com todas as letras disposto que devem ser dadas opções de *medidas alternativas à prisão*, seja ela preventiva ou prisão-pena, não se diferenciando a domiciliar das que sejam cumpridas em estabelecimento prisional, senão pelo local em que se cumprem.

Mas, se vai mais além. Malgrado toda a dificuldade acima posta em face da afetação dos interesses de crianças e adolescentes, para se ver como legítima a prisão domiciliar, conforme já abordado linhas acima, veja-se, na esteira do voto referido, o que neste se consigna, acerca da prevalência dos direitos constitucionais de crianças e adolescentes.

Apesar das conclusões em que vem vazado o voto condutor do eminente relator, não se têm como superados os principais obstáculos para se verem cumpridos como prioridade absoluta os direitos e interesses de crianças e adolescentes quando da concessão de prisão domiciliar a seus pais e/ou responsáveis, notadamente, quando se exige a concretização destes direitos pelo Estado brasileiro, como bem disse o ilustre ministro, pois o encarceramento “domiciliar” de quem por eles deve velar não se mostra, por si só, suficiente ao alcance e consecução de tal desiderato.

E a uma contradição, se nos permite, parece se ter chegado no voto acima, quanto a não se constituir a prisão domiciliar como direito subjetivo do preso. Apesar de não ser a prisão domiciliar direito subjetivo daquele, senão mera faculdade judicial, eis que deverão ser sopesadas condições pessoais suas, como sua personalidade e sua conduta social, simultaneamente se reconhece ser de *absoluta prioridade* os interesses de crianças e adolescentes, na forma do que estatui o art. 227 da CRFB/88.

Concluiu S. Exa., que “*é necessário que seja abolida esta discriminação* e que todo ‘menor’ seja tratado como criança – sujeito de direitos que deve gozar da proteção especial estatuída na Constituição Federal e também nas Constituições Estaduais” (grifos nossos). Ora, menor, ao rigor da lei civil brasileira, o é toda pessoa até os 17 anos, 11 meses e 29 dias.

Em sendo assim, por epítrope, seguindo-se na linha de raciocínio até então desenvolvida, se todo menor deve ser considerado criança para que se dê a devida proteção do Estado, cabendo a este, para o alcance de tal desiderato, conceder prisão domiciliar a seus pais, não há porque se limitar à idade de 12 anos incompletos dos filhos para que se conceda o gozo da referida “benesse” como o faz a legislação interna.

Se tais direitos para serem reconhecidos como de absoluta prioridade implicam um “*facere*” do Estado, como descrito no texto acima, consistente em colocar-se a pessoa presa em prisão domiciliar, como negar-se a tanto quando isto não recomenda a sua personalidade e/ou a sua conduta social? Nega-se, então, o Estado a reconhecer o direito a crianças e adolescentes que igualmente carecem do amparo de seus pais em razão de uma condição pessoal destes últimos, quando nem ao menos partes são

aqueles na relação jurídico-processual-penal, nada lhes dizendo respeito a conduta social ou a personalidade de seus pais, ao mesmo tempo em que reconhece o Estado-juiz serem aqueles direitos minoristas absolutamente prioritários? Relativiza o Estado aquilo que ele mesmo considera absoluto e prioritário?

Independentemente de como se caracterize a personalidade e a conduta social do agente, salvo quando tal conduta ou personalidade se mostra perniciosa aos interesses dos próprios menores, direito de crianças e adolescentes de terem juntos de si seus pais se materializam perante o ordenamento jurídico constitucional pelo simples fato de possuírem tal condição: *serem crianças e adolescentes*. Daí, porque se mostra, a princípio, a incompatibilidade da prisão domiciliar, principalmente, como benefício ou medida alternativa à prisão cautelar, inda mais em face não só do que a própria Constituição Federal determina, mas também ao que a tão decantada convenção internacional estabelece. E nesta também está prevista a necessidade de se manter presa a mãe, como se vê de sua Regra 61.

Ainda que aqui se mencione condenar, cremos que a Regra deva, por interpretação extensiva, ser observada também, e com muito maior razão, quando se tratar de prisão cautelar, haja vista o fundamento para a adoção de toda medida cautelar residir num risco ou perigo que se pretende evitado, o que, inclusive, já é reconhecido pela jurisprudência em virtude de levar em consideração a personalidade e a conduta do agente para a concessão da medida de prisão domiciliar como substituta da prisão preventiva.

Ora, a orientação que se extrai da regra acima se dá a *contrario sensu*, eis que se o histórico criminal ou a gravidade relativa à conduta criminal, bem como os antecedentes, não recomendam a adoção de medida alternativa à prisão, da mesma forma não poderá justificar a prisão domiciliar, que alternativa nem ao menos é, devendo-se encarcerar a mulher da forma tradicional, eis que é o próprio Estado que reconhece a necessidade de mantê-la presa, pelos motivos e considerações até então levantadas, ainda que em sua própria casa, como hoje se vem duvidosa e constitucionalmente adotando, concluindo-se, então, que continua, tanto no Direito Penal como no Processual Penal, a haver uma preocupação em se dar a devida resposta prisional quando do cometimento de um ilícito criminal ou durante o trâmite processual ou inquisitorial que visa a apurá-lo.

De outro giro, em acórdão, desta feita, oriundo do STJ, prolatado no *HABEAS CORPUS* Nº 368.510-TO (2016/0222355-3), estabeleceu-se a concessão da prisão domiciliar com a previsão de uma série de condições que nos parece contrária ao texto constitucional. Como se vê do respectivo acórdão, somente é reconhecida a realização de medidas fiscalizatórias da cautelar em comento no período compreendido entre as 06:00h e as 18:00h, ou seja, durante a parte clara do dia, como não poderia deixar de ser, pois em sua casa o detido. Porém, a referida decisão o permite fazer a própria Polícia Judiciária, ainda que sem mandado judicial para tanto, o que remonta aos questionamentos acima feitos, notadamente, em face da norma constitucional expressa do art. 5º, XI, da CRFB/88.

Contudo, pela série de outras medidas impostas, como não pode haver, no imóvel em que a medida será cumprida, linha telefônica instalada, determinando-se o desligamento e retirada de todos os aparelhos de telefone existentes até o início do cumprimento, sendo proibido à ré, por qualquer meio ou através de qualquer pessoa, tais acessos, sendo, ainda, vedado a qualquer pessoa que ingresse no imóvel, sejam empregados, conviventes ou visitas, adentrar com algum dispositivo que permita acesso à telefonia ou internet, além do simples recolhimento à prisão em domicílio, como se vê do trecho do acórdão acima citado, como se ter por seguro o seu real cumprimento, eis que para sua verificação somente podem os agentes do Estado *legitimamente* ingressarem na residência do preso *de dia*, ainda que sem mandado, conforme o acima determinado e ao arripio da norma constitucional em comento? À noite, o que fará o preso não será do conhecimento do Estado, revelando-se, assim, absolutamente ineficaz a adoção da medida cautelar suscitada, qual seja, a própria prisão, pois não estará o preso sob a constante vigilância estatal, sendo ainda de se assinalar, conforme já acima mencionado, que se dá ao decreto prisional a possibilidade de limitar direitos de terceiros, conviventes do preso e que tenham a necessidade de ingressar na residência, eis que ali também residem, pondo-se séria dúvida quanto à constitucionalidade e eficácia de tal medida por todo o acima já suscitado.

E, se assim se verifica, voltando-se à Regra 59 da dita convenção de Bangkok, ainda que se deva dar o aprisionamento da mulher por força de pedido seu e necessário à sua própria segurança, lá está descrito que deva *sempre* o Estado por esta velar. Como fazê-lo *sempre* se limitado à parte do dia o ingresso de agentes na casa da presa? Para que, então, a decretação da prisão domiciliar? Melhor seria a concessão de liberdade provisória, como previsto no art. 5º, LXVI, da CRFB/88, onde se poderão, inclusive, impor outras medidas cautelares, diversas da prisão, na forma do art. 321 do CPP. Ou que se reconheça a necessidade de manter-se preso, da forma tradicional, quem por sua personalidade e conduta social revela-se perigoso, haja vista os prevalentes interesses decorrentes da situação processual em que se encontra, notadamente, em se tratando de prisão de modalidade cautelar, em face do risco que a justifica.

11.2. Da prisão domiciliar das pessoas relacionadas no art. 117 da LEP e no art. 318 do CPP

11.2.1. Da prisão domiciliar da grávida

Confere, também, tratamento especial à mulher grávida presa tanto o que dispõe o art. 117, IV, da LEP (prisão-pena), como o art. 318, IV, do CPP (prisão cautelar).

O STJ no *HABEAS CORPUS* Nº 362.700 - SP (2016/0183957-6) concedeu à paciente de *habeas corpus*, grávida e mãe de filhos menores, seguindo a sua jurisprudência, prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva.

Fácil é verificar quão difícil do ponto de vista lógico-racional é justificar a concessão da prisão domiciliar, em certos casos, em razão das circunstâncias em que vêm envoltos.

Como se verifica do acórdão citado, não deixa de reconhecer o Egrégio Tribunal que a regra é a liberdade, sendo imperioso que se decrete a prisão preventiva da agente durante o trâmite processual acaso presente o *fumus boni iuris* e o *periculum libertatis*, atentando para a gravidade da conduta em face da quantidade de drogas em poder da detenta no momento de sua prisão em flagrante, além de petrechos para a sua confecção e balança de precisão, prisão esta, inclusive, que se deu em sua residência. E, como se não bastasse, ainda possui como companheiro justamente pessoa presa por tráfico de drogas, além de sua própria mãe ser usuária de entorpecentes.

Aqui, pois, apesar do desfecho da decisão citada, a absoluta impropriedade, a nosso ver, da conversão da prisão preventiva em domiciliar.

Outra nota de destaque refere-se ao fato de que se reconhece no dito acórdão ser dever do juiz conceder a prisão domiciliar em caso de mulher grávida e com filho menor, não sendo mera faculdade do juiz, em face do estabelecido em leis de proteção da infância e adolescência, porém, sem deixar de observar a gravidade do delito praticado, como se vê do seguinte trecho:

Embora, ao final, tenha o Ministro Rogério Schietti afirmado que o suposto “dever” do juiz em determinar o cumprimento da prisão em regime domiciliar se previstas as condições objetivas em lei “acabaria por gerar uma vedação legal ao emprego da cautela máxima em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão”, e que “importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole na idade indicada no texto legal o direito a permanecer sob a cautela alternativa”, certo é que, feita a ressalva, estamos diante de caso em que a substituição da prisão preventiva se justifica. (grifos nossos)

Conforme visto em acórdão acima citado, de prolação do STF, de relatoria do eminente Min. Celso de Melo, pôs-se ressalva à concessão do substitutivo domiciliar em razão da personalidade e conduta do agente, malgrado dar grau de absolutismo à prisão domiciliar em face das normas protetivas da infância e adolescência.

Ademais, é de se ver que não se deixa de reconhecer no dito acórdão do STJ que o instituto da prisão domiciliar possui natureza de prisão provisória, o que também, em referência à crítica acima feita quando do comentário às regras de Bangkok, não pode ser encarado como verdadeira *alternativa* à medida prisional, como verdadeiramente pretende a dita convenção.

Há regras outras, de envergadura constitucional, que devem ser acatadas e que devem pôr a salvo, inclusive, o direito de crianças e adolescentes, como a que prevê

o direito ao aleitamento materno e que as presas têm como garantia decorrente do inciso L do art. 5º da CRFB/88.

De se citar trecho interessante de voto e debate havido no julgamento do HC 130152/SP, impetrado junto ao STF, em que se concedeu igual benefício²⁵.

Digna, pois, de nota a preocupação levantada pela Exma. Min. Cármen Lúcia em relação ao cumprimento de prisão domiciliar em casos de constatada gravidade do delito praticado, como tráfico de drogas, ainda mais quando presentes normas de envergadura constitucional de proteção à infância e à maternidade, eis que não devem ser indiscriminadamente considerados os casos que ensejam a concessão daquela modalidade prisional, fazendo, inclusive, alusão a I. Ministra ao ambiente familiar da detenta, submetida várias vezes ao jugo de seus companheiros, muitas das vezes também delinquentes, e à necessidade de cumprir-se a pena em local adequado, como deveria ser garantido pelo Estado, valendo, aqui, a advertência para que não se transforme em rotina a concessão do benefício, salvo toda a crítica até então feita em razão do art. 5º, XI, da CRFB/88.

Assim, inclinada a citada ministra para a adoção de medidas alternativas outras, como o recolhimento da presa a estabelecimento adequado, onde se presta a devida assistência à criança, com a participação da sociedade civil, com atividades laborais para as presas, mais adequado à consecução dos fins estabelecidos na Carta de Bangkok, citando, em suas observações, o Centro de Referência para mulheres grávidas existente em Belo Horizonte.

²⁵ *In verbis*:

“HC 130152 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

PROCESSO ELETRÔNICO

DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016

Parte(s)

PACTE.(S): ORQUÍDEA PEDRO DE OLIVEIRA

IMPTÉ.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 332498 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

Habeas corpus. 2. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. 3. Paciente lactante. Pleito de revogação da prisão cautelar e, subsidiariamente, de concessão da prisão domiciliar. Possibilidade. 4. Garantia do princípio da proteção à maternidade e à infância e do melhor interesse do menor. 5. Segregação cautelar mantida com base na gravidade abstrata do crime. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal verificado. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Não exaurimento da jurisdição e inobservância do princípio da colegialidade. 7. Ordem concedida de ofício, confirmando a liminar previamente deferida, para determinar a substituição da prisão preventiva domiciliar.

11.2.2. Da prisão domiciliar da mulher com filho de até seis anos de idade ou deficiente

Quanto à situação de condenada com filho menor de seis anos ou deficiente físico ou mental, somos de citar, a princípio, a jurisprudência do STJ a respeito, tanto por aplicação do art. 117, III, da LEP quanto por aplicação do art. 318, III, do CPP, como se vê do *HABEAS CORPUS* Nº 168.551 - RS (2010/0063559-7).

Deste modo, temos mais uma vez que o STJ leva em consideração *situação excepcional* em que o Estado não fornece meios necessários ao cumprimento do benefício a que faria jus o condenado, velando, neste caso, por suposto interesse do menor, que, como visto, tem necessidade de ter sua genitora por perto. Análogo entendimento se tem quando da concessão da prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva no *HABEAS CORPUS* Nº 381.655 - AC (2016/0322419-0).

Aqui, o que se vê é que, da mesma forma que em outras decisões acima, não se reconhece a prisão domiciliar como um direito subjetivo da presa. Apesar de se reconhecer a gravidade do delito para efeitos de concessão da prisão domiciliar, para substancial corrente jurisprudencial, dada a excepcionalidade da situação que a justifica, coloca-se a proteção integral da criança e do adolescente como prioritária.

Em outra decisão a respeito, não se concede a prisão domiciliar, desta feita, à mãe lactante em razão de possuir o estabelecimento prisional acomodações adequadas para quem se encontra em tal situação - HC nº 365.633 - SP (2016/0205246-5).

Conforme se pode ver da fundamentação dada ao acórdão citado, forte corrente jurisprudencial existe que nega, em toda e qualquer situação, que se conceda o benefício da prisão domiciliar em razão tão somente de ser a mulher mãe de menor de seis anos de idade, dependente de seus cuidados, inda que se trate este de lactente, quando imperioso se faz o cárcere daquela em razão de fatos que demonstrem haver risco nesta concessão para a instrução criminal, à ordem pública ou econômica ou à aplicação da lei penal, atentando-se para a gravidade do delito praticado, a conduta e a personalidade da agente, pelo que corroborada a crítica acima por nós tecida acerca do cunho absolutista que se quer ver, em certos julgados, reconhecido aos direitos minoristas.

Observe-se que afirmado foi, inclusive, que não há direito subjetivo do preso em permanecer em prisão domiciliar, notadamente, quando cessadas as causas excepcionais para a sua concessão.

No que pertine à crítica até então feita do instituto da prisão domiciliar à luz da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, ao se reconhecer, em grau excepcionalíssimo, ser, em hipóteses como a ora tratada, de mãe com filho menor de seis anos de idade ou deficiente físico ou mental que careça de seus cuidados, *direito subjetivo do menor* a necessidade de ser socorrido, reconhece o Judiciário, de fato, que carece, nestes casos excepcionais, de que sua genitora se ponha em “liberdade” para que lhe preste os devidos cuidados em casa.

Desde que, pois, comprovado que não há outro meio de o Estado garantir a consecução da proteção a ser dada à criança ou ao adolescente, como a previsão em seu sistema prisional de dependências apropriadas à amamentação de lactentes, *v.g.*, ou a adoção de eficaz sistema de assistência social a menores, a prisão domiciliar se coloca como o remédio necessário ao alcance do que o Estado deveria dispor como garantidor, ao mesmo tempo, que deve velar pela aplicação da lei penal e pelo bom andamento processual penal.

Esta percepção é importante, a nosso ver, se ter, haja vista colocar o Poder Judiciário a prisão domiciliar como destinada à preservação, antes de tudo, de interesses minoristas dos filhos das presas que, contudo, não deveriam ser abrangidos pelos efeitos do decreto prisional destas. Não é a situação jurídica do menor constituída aqui em virtude do direito penal ou processual penal, eis que não é ele quem estará em regime de cumprimento de medida privativa de liberdade ou respondendo a qualquer delito, porém, na linha do decidido, quem deveria ser o maior beneficiário de tal regime prisional, devendo, igualmente, ter preservadas as demais garantias constitucionais como expressão dos direitos nelas consignados, como o direito de liberdade, intimidade, vida e saúde.

Portanto, o reconhecimento pelo STJ de que a prisão domiciliar não é predominantemente um direito subjetivo do preso é de importância maior que a simples distinção que aquela nos induz a princípio fazer entre cumprimento de prisão em presídio e cumprimento de prisão em casa. Quando menciona que tal direito não se coloca como indutor de uma situação prisional permanente, ainda quando duradoura a situação fática que a justifica, como a debilidade física ou mental de um filho, reacende-se em nós a centelha que inicialmente nos iluminou quanto às implicações que tal medida acarretaria, relacionadas às garantias constitucionais visadas, como da inviolabilidade do domicílio, da intimidade, da inviolabilidade de comunicações telefônicas, de dados, de correspondência, da moradia, da vida, da saúde etc. de terceiros.

A prioridade da proteção integral da criança e do adolescente não está, ou não deve estar, pois, a direcionar sempre e sempre a concessão de prisões desta natureza, como se pairasse soberana sobre todo e qualquer outro interesse jurídico-penal ou processual-penal, já que à situação prisional dos pais agregam-se outras tantas relações jurídicas que não podem ser desprezadas. O Estado encontra-se juridicamente vinculado a cada indivíduo que custodia em razão da prática delitiva e da consequente aplicação da pena a que este reste condenado, seja a prisão provisória, seja definitiva, sendo que a estas se prendem situações jurídicas definidas e que, de início, as justificam, exigindo a manutenção da ordem social a efetivação das medidas repressivas correlatas.

A prisão domiciliar, assim, ora considerada, se coloca num limbo, numa espécie de tentativa de conciliação que se pretende entre a reivindicada resposta repressiva ou cautelar, que exige o Direito Penal e o Processual Penal em dado momento e sob certas circunstâncias, e a necessidade de preservação de interesses jurídicos outros

afetos à proteção à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, à maternidade, à proteção à infância e à juventude, à solidariedade e à assistência social, dependentes, em última análise, da própria situação prisional do detento. Deste modo, não há como se ter como permanente situação que se coloca, acima de tudo, como *excepcional*.

Assim, muito mais que se impor a concessão da prisão domiciliar, mesmo no caso de mães com filhos menores de 06 anos ou com deficiência física ou mental, cujos cuidados daquelas necessitem, deve-se ter critérios bastante específicos que, no caso a caso, se devem observar, sob pena de restar vulgarizada a atividade jurisdicional correlata.

11.2.3. Da prisão domiciliar do idoso

A prisão domiciliar, em se tratando de pessoa idosa, além de prevista no art. 318, I, do CPP, já era concedida com base no art. 117 da LEP.

Em verdade, o art. 117 da LEP prevê o benefício de cumprimento da pena em residência particular para maiores de 70 anos de idade, em gozo do regime aberto que, conforme estabelecido na legislação penal, deveria ser cumprido em casa de albergado, qual seja, estabelecimento penal diverso de penitenciárias ou presídios, no qual o preso apenas se recolhe à noite, sendo que a LEP menciona residência particular de forma genérica.

Contudo, o Estado nunca foi capaz de fornecer adequada e genericamente em todo o território nacional o estabelecimento penal acima mencionado, seja por questões orçamentárias, seja por incompetência político-administrativa de seus governantes, seja por descaso mesmo com a condução da política penitenciária.

Deste modo, fixou a jurisprudência pátria o entendimento de que, na ausência de tais estabelecimentos, atingida a idade de 70 anos e demandando o preso atendimento especial em razão de sua saúde e que não pode ser prestado no estabelecimento prisional onde se encontra recolhido, concedida lhe deve ser a prisão domiciliar, por interpretação do art. 117 da LEP, embora ali não se mencione expressamente a prisão domiciliar na forma como disciplinado no art. 317 do CPP ou dos artigos 146-B, IV e 146-C da própria lei de execução penal, apenas lá se referindo à residência de forma genérica.

Agora, se faz presente o art. 318, I, do CPP, colocando-se o maior de 80 anos como beneficiário da prisão domiciliar, substituta da prisão preventiva, portanto, de cunho cautelar, à semelhança dos outros casos acima tratados.

Além do critério da idade, cita a norma processual referida o preso debilitado, *ex vi* do art. 318, II, do CPP, como beneficiário também da prisão domiciliar, porém, não conjuntamente com o inciso I do mesmo artigo, onde se disciplina apenas a prisão domiciliar do idoso maior de 80 anos. Assim, cremos que as normas aqui devam ser interpretadas separadamente e sopesadas em razão de a prisão domiciliar, como visto até agora, sofrer severa crítica em face da norma do art. 5º, XI da CRFB/88 e a outras garantias constitucionais.

Todavia, a jurisprudência vem tratando tais situações, havendo acórdão do STJ - *HABEAS CORPUS* Nº 40.272 - MS (2004/0176236-0) – em que foi denegado o benefício, porém, o admitindo, em tese, para os que em regime semiaberto ou fechado, por ser medida excepcional. De outra volta, se verifica outro acórdão do STJ - *HABEAS CORPUS* Nº 17.429 - PR (2001/0083615-8) - desta feita, negando igual pedido de prisão domiciliar a réu idoso, por se entender restringir-se o benefício somente a quem esteja no gozo de regime aberto. Tem-se, pois, que a jurisprudência do STJ é claudicante.

O que sobreleva no presente estudo é considerar as limitações constitucionais para se dar o cumprimento da prisão na casa do preso, seja lá a que título for. Deste modo, mister observar, dentro do próprio ordenamento jurídico constitucional, o que excepcione o rigor da regra até então analisada, ou, até mesmo o que ela permite para que se possa, nestes casos, dar-se a medida prisional em comento.

Vem, pois, de se citar o disposto no art. 230, *caput*, e §1º da CRFB/88. Diante da norma em comento, haveria compatibilidade entre a jurisprudência dominante, que concede aos idosos de certa idade o direito à prisão domiciliar, e as limitações por nós até aqui expostas à concessão da mesma, se é o próprio texto constitucional que estatui a obrigação de amparo daqueles em seus próprios lares?

Situação, pois, bastante peculiar, na medida em que é a mesma Constituição que simultaneamente estabelece que as penas devem ser cumpridas em estabelecimento prisional adequado à idade e a obrigação de amparo que o Estado deve observar em relação aos idosos em seus próprios lares, preferencialmente.

Veja-se que a obrigação de amparo aos idosos, na forma como disposta no art. 230 da CRFB/88, não se apresenta como consectário do direito de liberdade, como a inviolabilidade da casa, na forma do estabelecido no art. 5º, XI, porém, como decorrente de verdadeiro direito social, que se concentra na pessoa de cada indivíduo que se enquadre naquele dispositivo constitucional. E, a prisão domiciliar, como forma de execução da pena, na forma do disposto no art. 117 da LEP, e, como substituta da prisão preventiva, na forma do art. 318, I do CPP, tem-se, respectivamente, para as idades de 70 e 80 anos.

Portanto, em se tratando de pessoa idosa, temos que o disposto especificamente no art. 230 da CRFB/88 aponta para que a prisão domiciliar, quando se verificarem todas as condições até agora consideradas, seja deferida como forma de se materializar a garantia ali disposta.

Retornando ao conceito de casa, até aqui desenvolvido, essencialmente como asilo, local de proteção, de abrigo, muito mais se caracteriza como tal nesta específica situação do preso idoso, eis que se está aqui a revelar um momento de fragilidade pessoal que se tem por insuperável, em face das circunstâncias em que se encontre o presídio em que foi recolhido, dado por um Estado mal gerido e mal administrado, que não consegue prover neste último os meios e recursos materiais e humanos para dar cumprimento ao que as leis e a própria Constituição Federal lhe obrigam fazer para as pessoas desta idade.

Curioso, aqui, que por mais que se tenha a prisão domiciliar em oposição ao direito de liberdade, eis que cárcere, o que se visa, antes de mais nada, a garantir, neste caso, é a assistência à saúde e vida de quem, pelas condições precárias em que se apresente, encontra-se numa posição de risco iminente, provocada pelo próprio Estado, na medida em que não garante condições de tratamento e amparo no estabelecimento carcerário pertinente.

Ademais, o próprio dispositivo constitucional inicialmente em comento (o art. 5º, XI, da CRFB/88) parece excetuar a hipótese quando ressalva ao princípio constitucional da inviolabilidade da casa a prestação de socorro. Cite-se, ainda, que a Constituição Federal veda a adoção de penas cruéis, entre outras, a teor do seu art. 5º, XLVII, alínea “e”. Na mesma linha principiológica do STJ, parece ir o STF.²⁶

Destarte, em se tratando de preso idoso, sua condição se sobreleva a ponto de determinar que cumpra em casa a prisão a que esteja submetido (vamos, por ora, chamar tal benefício de prisão), independentemente do regime jurídico de cumprimento de sua pena, acaso se encontre de tal forma debilitado e que o tratamento exigido não possa ser ministrado no estabelecimento prisional em que se encontre, pelo que impõe o princípio maior da dignidade da pessoa humana, situação, porém, que deve estar caracterizada como excepcionalíssima, na forma do já pacificado jurisprudencialmente.

Diga-se, assim, que como medida excepcional que é deva o benefício legitimar-se apenas e tão somente para permitir seja dado tratamento mais adequado ao idoso que se encontre acometido de mal que não tenha tratamento no local onde se veja inicialmente preso e seja imprescindível à preservação da sua vida ou não agravamento de suas condições de saúde, não bastando o acometimento por doença grave ou crônica, já que vários quadros patológicos não importam necessariamente em situação debilitante do paciente, pois controláveis por medicação ou mesmo por tratamento médico-ambulatorial passível de ser prestado em hospital penitenciário.

Cremos, também, seja importante verificar-se a personalidade do agente e sua conduta social, notadamente, em se tratando de prisão cautelar. Se, apesar de idoso, representar seu recolhimento em casa risco à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem pública ou econômica, dada a sua conduta, independentemente do agravamento de sua doença ou do mal de que é portador, melhor que reste recolhido a estabelecimento prisional adequado, ficando, porém, o Estado responsável pela prestação neste ou em qualquer outro estabelecimento de saúde dos meios e recursos médicos necessários ao adequado tratamento do preso, *ex vi* do art. 5º, XLIX, da CRFB/88.

Esperemos, também, que tal concessão não sirva a governantes relapsos e administradores incompetentes para continuarem a não cumprir com os deveres e obrigações que a legislação exige para com o sistema prisional de nosso país.

²⁶ “EP 1 PrisDom-AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NA PRISÃO DOMICILIAR NA EXECUÇÃO PENA; HC 109745 / RJ - RIO DE JANEIRO; RHC 94358 / SC - SANTA CATARINA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS; HC 83358 / SP - SÃO PAULO.

11.2.4. Da prisão domiciliar do enfermo

O mesmo se diga de demais destinatários da norma do art. 117 da LEP, ainda que não idosos, como os gravemente enfermos, na forma de seu inciso II. Acaso o Estado também não proveja os meios adequados de tratamento e assistência a quem se encontre em tal delicada situação pessoal, justo que, pelas mesmas razões acima vistas, em caráter excepcionalíssimo, diga-se sempre, se conceda o benefício da prisão domiciliar, sob pena de se criar *discrimen* odioso por critérios que o próprio princípio da dignidade humana não comporta.

Aqui, justamente pela peculiaridade da condição de saúde de cada qual, se exige se compatibilize sua situação prisional com as exceções previstas na norma constitucional até então analisada (art. 5º, XI, da CRFB/88), se observado que se faz presente uma situação de risco social por que o preso passa nos presídios e cadeias públicas por conta de sua condição de enfermo e por uma realidade posta, a que cabe o Estado não apenas se opor, por representar violação à norma do art. 5º, XLVII, alínea “e”, da CRFB/88, como por lhe impor a ordem jurídica o dever de materializar princípios e direitos constitucionais como o do respeito à integridade física e psicológica do preso (art. 5º, XLIX), dando-se, repita-se, bem mais a prisão domiciliar, nestes casos, em decorrência do dever de assistência social que pelo poder de império.

O que se põe, contudo, como limitador à adoção da prisão domiciliar é a banalidade de sua concessão. Neste caso, cabe dizer que ao Estado resta *garantir segurança à população em geral*. Tanto que, na forma do art. 5º da CRFB/88, em seu *caput*, entre outros direitos ali assegurados, prevista é *a segurança*, assim como no art. 6º da Magna Carta²⁷, enquanto direito social, sendo, muito a propósito, a jurisprudência do STJ acerca do tema em questão²⁸, fazendo-se necessária a comprovação da gravidade da doença ou do estado de saúde que apresente o detento para a concessão da prisão domiciliar.

12. Da medida cautelar do inciso V do art. 319 do CPP

O art. 319, V, do CPP prevê como medida cautelar diversa da prisão preventiva e da prisão domiciliar o recolhimento domiciliar apenas no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos.

Há outras medidas cautelares consignadas no art. 319 do CPP, nos seus incisos I, II, III, IV, VI, VII, VIII e IX, além do art. 320.

Portanto, não sendo o caso de determinar-se a prisão do acusado ou indiciado, possibilita-se à autoridade judiciária a decretação de outras medidas cautelares, o que pressupõe que haja riscos ao bom andamento do processo ou à aplicação da lei penal.

²⁷ Em obra já citada, veja-se o que vem disposto à pág. 187 pelo autor José Afonso da Silva acerca da segurança como direito social.

²⁸ “*AgInt no HABEAS CORPUS Nº 307.737 - MS (2014/0277588-9)*”

A medida, porém, que aqui nos interessa analisar é a descrita no inciso V do art. 319 do CPP. À semelhança da prisão domiciliar, tem-se que a cautelar ora tratada será medida restritiva ao direito ambulatorio. Neste caso, não se mostra presente qualquer condição especial para que se dê a sua concessão, como ser mãe ou pai, enfermo ou idoso, podendo qualquer um ser atingido pela medida em exame.

Em primeiro lugar, ainda que se chame a medida de outra cautelar, diversa da prisão, em verdade, não o é, pois reclusa restará, ainda que não todo tempo, a pessoa à noite. Além de todas as implicações que tal medida encerra, em face da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio, cremos ser de difícil fiscalização o seu cumprimento pelo aparelho estatal, a começar pela própria definição de período de folga. Parece dever ser considerada esta parte do tempo em contraposição com o período destinado a atividades laborais ou estudantis. Portanto, a dificuldade de fiscalização decorre tanto da possibilidade de prestação excepcional de serviço noturno, como em face das horas *in itinere* e que podem avançar pelo horário da noite, assim como em face dos imprevistos, como tráfego lento, chuvas ou interrupções de toda ordem que possam se dar.

Afora tais inesperados acontecimentos, tem-se que a medida nem ao menos é respaldada por exceções que justifiquem o ingresso na casa das pessoas, a teor do que dispõe o art. 5º, XI, da CRFB/88.

Neste caso, vale o até aqui já declinado no início do presente artigo, sendo que nada há que justifique pôr-se a medida prisional em exame como excepcional à garantia constitucional até agora vista. Nem ao menos a autoridade judiciária poderá, sob pena de violação do texto constitucional, obrigar que se lhe abram as portas para que verifique se de fato recolhido se encontra em sua própria casa o recluso à noite.

Mesmo o monitoramento eletrônico, parece-nos de duvidosa constitucionalidade, ante o seu caráter invasivo. Não nos parece, pois, que o tempo destinado a que se cumpra a medida em comento lhe garante legitimidade perante ordenamento constitucional tão restritivo como o nosso, eis que o cumprimento da ordem judicial é restrito à parte do dia.

Contudo, recentemente, temos que a medida tem sido até mesmo deferida à revelia de qualquer pedido feito pela defesa, inclusive, para se contornar a impossibilidade da adoção da própria prisão preventiva de determinadas autoridades, como parlamentares, que possuem regramento próprio na Constituição Federal que impede o deferimento desta última, malgrado recente decisão prolatada pela 1ª turma do STF²⁹ em sentido contrário.

²⁹ AC 43327 do STF.

13. Da compatibilização das causas da prisão domiciliar nas hipóteses jurisprudencialmente analisadas em face do art. 5º, XI da CRFB/88 e das demais garantias constitucionais como forma de suspensão da pretensão jurídico-penal executória

Pelo até então analisado, em face do que preconiza a jurisprudência adotada pelos Tribunais Superiores para a prisão domiciliar, o entendimento adotado para a concessão desta última enseja críticas tanto favoráveis, como desfavoráveis, notadamente, em razão das inúmeras garantias constitucionais afetadas.

Como vimos, há outras garantias constitucionais que, dadas as situações jurídicas consideradas e os fatos urgentes e emergenciais que as determinam, colidem muitas vezes com a necessidade de se deferir a prisão domiciliar pleiteada.

Assim, sempre que houver sério risco à violação a direitos de terceiros, em face do convívio na mesma casa de pessoas outras cuja situação pessoal não esteja a demandar urgência na concessão da medida, deve-se evitar o seu deferimento.

Mesmo quando se trate de crianças ou adolescentes com alguma enfermidade ou deficiência, estando devidamente assistidos por pessoas idôneas e com capacidade para ministrar-lhes os meios e cuidados necessários, não há porque se deferir a medida.

Todavia, ainda que se faça absolutamente necessária a sua concessão, como forma de preservação de interesses prevalentes de menores, por não haver outros que por eles velem, assim como para garantir ao próprio preso a sua integridade física e psicológica, como no caso dos idosos e gravemente enfermos que não se possam tratar nos presídios em que se encontrem recolhidos, dado o seu caráter excepcional, a prisão domiciliar, mesmo nas causas que especificamente se mostre medida jurídica cabível, não se apresenta como adequada à execução da pretensão punitiva correlata.

A garantia constitucional do art. 5º, XI, da CRFB/88 subsiste mesmo quando o ingresso em casa alheia se dá por conta do consentimento de seu possuidor ou habitante, já que expressão máxima do direito de liberdade a que visa tal garantia constitucional resguardar.

Reconhecida a legitimidade do Estado para a atividade jurisdicional imprescindível à imposição de pena ou medida cautelar, não há mais que se dizer em regime de liberdade plena o cidadão que consente com a prisão em sua casa em substituição às prisões que lhe foram inicialmente impostas. Dessarte, parece que tal detenção *se caracteriza bem mais como verdadeira causa de suspensão da respectiva pretensão jurídica executória*, já que estabelecido pela Constituição Federal dever se fazer cumprir tal pretensão em estabelecimento prisional próprio, de acordo com o sexo, a idade e a gravidade do delito, sendo única exceção relativa à ordem de prisão a qualquer tempo na casa do detento, na forma da CRFB/88, a prisão em flagrante, pois até a ordem judicial somente se cumpre *na parte clara do dia*.

Assim, não há como o tempo do recolhimento domiciliar se caracterizar como detração penal, vez que não se pode ter a dita prisão domiciliar como decorrente do exercício da pretensão jurídica penal executória, senão como sua suspensão por

causa excepcional. Cessada a causa que a justificou, de retorno o condenado à sua situação prisional original.

Daí o limbo a que nos referimos linhas acima, em razão da tentativa de conciliação entre a necessidade de se fazer cumprir o ordenamento penal repressivo e processual instrumental e a inevitável prestação de assistência ao beneficiário da medida, sejam estes os próprios presos, sejam os seus filhos menores, a princípio, de até doze anos de idade, na forma do previsto na legislação em comento e o considerado pela jurisprudência.

Nesta ordem de ideias, em parte, já parece estar se firmando a posição jurisprudencial, ante o enunciado nº 43 do FONAJUC - Fórum Nacional de Juizes Criminais - conforme recentemente divulgado³⁰.

O reconhecimento da inadequação da prisão domiciliar para efeito de detração penal reforça o entendimento de que a medida não visa à satisfação da pretensão jurídico-penal executória correlata, o que vai ao encontro da crítica feita até então em nossa análise do instituto ora em comento, ante a impossibilidade de seu cumprimento em contrariedade às garantias constitucionais antes tratadas.

Portanto, o que melhor se compatibiliza com o recolhimento do condenado à sua própria residência, em face dos interesses prevalentes que se procura proteger e conciliar com a limitação ao seu direito ambulatorial, não é considerá-lo forma de exercício da execução da pretensão jurídica penal, mas mera *condição à suspensão de tal pretensão*, seja afeta à medida cautelar ou à pena.

A reforçar o entendimento de que não se presta tal recolhimento domiciliar à satisfação de tal pretensão, façamos uma análise do art. 42 do CP³¹

Ora, o art. 42 do CP é claro ao dispor que se computa na pena privativa de liberdade e na medida de segurança o tempo da prisão provisória, no Brasil e no estrangeiro, o tempo da prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. O artigo 41 mencionado no art. 42 refere-se apenas ao hospital de custódia ou outro estabelecimento adequado, nada se referindo à casa do condenado.

Em sendo assim, ao rigor do que trata o nosso ordenamento jurídico penal material, não há como o recolhimento à casa do preso ou do apenado se prestar ao exercício da pretensão punitiva estatal, ainda que com o consentimento deste último, haja vista que o art. 5º, XI, da CRFB/88 é bastante claro ao estabelecer que tal consentimento tem por base garantir o direito de liberdade, em consonância com o que dispõe o *caput* do art. 5º mencionado, não sendo ali, sua casa, pois, o local próprio para se cumprir qualquer medida restritiva de tal liberdade, por não ser o estabelecimento

³⁰ ENUNCIADO 43 DO FONAJUC - Fórum Nacional de Juizes Criminais (FONAJUC):

“As medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal, assim como o regime de prisão domiciliar, não atendem à previsão do art. 42 do Código Penal para efeito de detração. VOTO: APROVADO POR MAIORIA”

³¹ *“Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”*

adequado descrito no art. 41 do CP e nem o estabelecimento descrito no art. 5º, XLVIII, da CRFB/88. Subverter-se tal ordem jurídica não nos parece possível através de norma infraconstitucional, bem como passível de ser abolida por norma constitucional ou outra de equivalente envergadura, ainda que decorrente dos tratados que firme o Brasil, na forma do já acima abordado, bem como por norma infraconstitucional, ante o princípio de hierarquia vertical das normas jurídicas em geral.

Porém, ainda que o recolhimento do preso à sua casa se veja como necessário nas situações em que especifica a legislação infraconstitucional, para não se ter como infrator o Brasil do *ius cogens* oriundo de qualquer norma supraconstitucional a que tenha acordado aderir, melhor se adequaria ao direito interno passar a adotar o Judiciário, nas hipóteses em que se mostra a possibilidade de recolher-se o preso à sua residência, o entendimento de não se pôr o recolhimento domiciliar como alternativa ou modalidade de medida prisional, seja como pena privativa de liberdade imposta, seja como medida cautelar deferida, porém, como simples *condição à suspensão da própria pretensão jurídica executória* de uma ou outra, nas ditas situações legais para a sua concessão, compatibilizando-se a necessária observância dos direitos que se querem como prevalentes, como o de crianças e adolescentes ou os decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, com o também necessário cumprimento das próprias penas que vierem a ser impostas, pelo tempo que delas restar, ou das medidas cautelares de prisão preventiva, inclusive, para efeitos de não detração penal futura, sob pena de se ter aí uma porta aberta à impunidade, pelo descumprimento de outro direito constitucional de tão importante envergadura, inclusive, social, que é o *direito à segurança*.

A sociedade não pode, ainda que meritório resguardarem-se os interesses acima considerados, de terceiros ou dos próprios presos, se ver órfã, de uma hora para outra, de uma resposta estatal efetiva ao direito de segurança, tanto como expressão de direito e garantia fundamental do cidadão, como de direito social, a teor do art. 5º e 6º da CRFB/88.

Destarte, a vingar futuramente tal entendimento, demonstrado até agora jurisprudencialmente que o recolhimento domiciliar é reversível, isto é, que cessada a sua causa poderá o preso restabelecer a sua situação prisional anterior, mister que a suspensão da execução da pretensão penal executória decorrente das situações especificadas legalmente seja estabelecida apenas por um prazo razoável, antes da consecução do decurso do prazo prescricional, devendo, de qualquer modo, antes do implemento deste, retornar o preso ao regime prisional anterior, ainda que subsistente a situação fática que, a princípio, justificou a dita suspensão, tendo, neste caso, o Estado, através de seus serviços públicos assistenciais, que providenciar os meios necessários ao suprimento da demanda oriunda do atendimento especial devido aos filhos dos detentos e presas que não o tenham como prover, assim como dos próprios presos que necessitem dos cuidados especiais ditados por sua condição pessoal.

De se ressaltar, mais uma vez, que somente em relação aos idosos é que existe norma constitucional expressa no sentido de dar-lhes preferência de assistência *em*

seus lares, na forma do art. 230, § 1º da CRFB/88. Assim, verificando-se a necessidade de ser recolhido à sua casa para que se trate de mal que o acometa e que não pode ser tratado no estabelecimento prisional adequado é que se pode dizer que haja constitucionalmente exceção expressa que permite possa o Estado aí prestar-lhe a assistência necessária, sem infringência ao disposto no art. 5º, XI, referido. Porém, ainda aqui, cremos que a entrada em sua casa deve-se dar pelas autoridades para preservar-lhe apenas a própria integridade física e/ou psicológica, resguardando-se, no mais, o que visa a norma do art. 5º, XI, da CRFB/88 a proteger, havendo exceção apenas em razão do socorro, mencionado no dispositivo constitucional, a depender do estado de saúde do detento idoso.

Neste passo, por tudo o que se disse até aqui, cremos que a crítica que ora caiba se fazer quanto à forma pela qual a concessão do recolhimento domiciliar de presos está se procedendo, diz respeito à sua falta de regulamentação. Assim, ao se pôr o recolhimento domiciliar como forma de condição à suspensão da pretensão jurídico-penal executória, ideal que venha regulamentação mais amíuade para sua concessão, principalmente, quanto ao respeito ao direito de outras pessoas diversas do apenado ou em razão da qual se determina a ordem judicial respectiva, eis que alheio às relações jurídico-penais-processuais havidas entre o Estado e o recolhido. Enquanto, porém, tratada a medida como mera forma de execução prisional, acaba-se por afetar direitos que não guardam a mínima relação com a pretensão jurídica que lhe é correlata, correndo-se o risco, inclusive, de se submeterem pessoas diversas dos apenados às consequências das penas que foram somente a estes últimos impostas, em afronta ao art. 5º, XLV, da CRFB/88 (princípio da pessoalidade das penas).

Finalizando, a simples previsão da prisão domiciliar, da forma como estabelecida na Lei de Execução Penal ou no Código de Processo Penal, apenas com referência às situações que nelas se especificam para a sua concessão, não se mostra suficiente a dar a devida proteção que os direitos e interesses jurídicos de terceiros requerem, podendo haver na execução da medida, como já se disse insistentemente linhas acima, malferimento de direitos constitucionais de várias pessoas não afetadas pela situação criminal dos recolhidos, bem como não se mostrar adequada à satisfação da pretensão jurídica penal, seja ela cautelar, seja ela punitiva definitiva.

Bibliografia

ENUNCIADO 43 DO FONAJUC – FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES CRIMINAIS FONTE: <http://www.tjrj.jus.br> > fonajuc-of-circular.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento da prisão. Rio de Janeiro, Ed. Vozes, 2012.

GONÇALVES, Andrey Felipe Lacerda; BERTOTTI, Monique; MUNIZ, Veyzon Campos. *In*: artigo intitulado O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE NO CENÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DE UM DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS, Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 8/2015 | p. 597 - 614 | Ago. / 2015 DTR\2015\11488, colhido em Revista dos Tribunais *on line*, de pág. 04/06.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *In*: artigo intitulado ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. Fórum da Cidadania, em 24/11/1994, Revista dos Tribunais *on line*, reproduzida da Revista de Direito Constitucional e Internacional [vol. 11/1995] p. 5-15, Acr – jun./1995 DRT/195/152.

HC 1345.734-SP, HC 362.700-SP (2016/0183957-6), HC 168.551-RS (2010/0063559-7), HC 381.655-AC (2016/0322419-0), HC 40.272-MS (2001/017623-0) HC 17.429-PR, HC 365.633-SP (2016/0205246-0) AgInt no *HABEAS CORPUS* Nº 307.737. FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

HC 130.152-SP, PrisDom – AgR/DF Ag. REg. HC 109.745/RJ Na Prisão Domiciliar na Execução Penal, RHC 94.358/SC, HC 83.358-SP, AC 43327. FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. Ed. Saraiva, 2ª edição ampliada e atualizada, 1991.

RESP 1.558.004-RS (2015/0249614-2) FONTE: PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO SÍTIO ELETRÔNICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03/04/2007, segunda turma, DJ de 18/05/2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores, 5ª edição.

TORNAGHI, Hélio. Prisão e liberdade. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro-São Paulo: Ed. Freitas Bastos, 1963, vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Ed. Saraiva, 14ª edição, vol. 03.