

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO**

**OS EFEITOS CAUSADOS PELA DECISÃO DO STF IMPONDO PRISÃO
DOMICILIAR DE MULHERES PRATICANTES DE TRÁFICO DE
DROGAS E SUA VINCULAÇÃO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COM
REFLEXOS NO AUMENTO DA VIOLÊNCIA**

RENATA LAISA DE MELO CORREIA

**CARUARU
2019**

RENATA LAISA DE MELO CORREIA

**OS EFEITOS CAUSADOS PELA DECISÃO DO STF IMPONDO PRISÃO
DOMICILIAR DE MULHERES PRATICANTES DE TRÁFICO DE
DROGAS E SUA VINCULAÇÃO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COM
REFLEXOS NO AUMENTO DA VIOLÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, como requisito parcial, para a obtenção do grau de bacharela em Direito, sob orientação do professor especialista Marupiraja Ramos Ribas.

**CARUARU
2019**

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: 10/05/2019.

Presidente: Prof. Esp. Marupiraja Ramos Ribas

Primeiro Avaliador: Prof^o Adrielmo Moura

Segundo Avaliador: Prof^o Armando Melo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	07
2 O REGIME DE PRISÃO DOMICILIAR	12
3 MUDANÇA DE PARADIGMA DECORRENTE DO HC N°143.641 E AS INOVAÇÕES DA LEI N°13.769/18.....	16
4 EFEITOS DO HC N°143.641 E DO ART.318-A DO CPP NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA QUE ENVOLVAM TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO POR MULHERES GESTANTES OU MÃES DE CRIANÇA ATÉ 12 (DOZE) ANOS OU DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS SOB SUA GUARDA.....	20
CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
REFERÊNCIAS.....	28

RESUMO

O presente artigo jurídico aborda a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 143.641, a qual se revelou num polêmico precedente jurisprudencial na medida em que teve efeito vinculante, sendo importante destacar os seus reflexos no aumento da violência, porquanto as prisões já devem ser avaliadas nas audiências de custódia, certo de que houve pela nossa maior corte de justiça uma imposição genérica ao assegurar indistintamente a todas mulheres grávidas, lactantes ou com filhos menores de até 12 anos, que tenham praticado tráfico de drogas, o benefício do regime domiciliar de prisão. A metodologia adotada para construção do referido estudo foi feita através do método dedutivo. O estudo que aqui será abordado está em conformidade com leis, jurisprudências e doutrina. Fala-se também numa vinculação total do juiz que preside as audiências de custódia, entretanto, é necessário avaliar quais as consequências jurídicas desta decisão para a criminalidade em nosso país, notadamente voltada para o crime de tráfico de drogas. Passa-se a abordar a própria audiência de custódia e em seguida a questão da prisão domiciliar outorgada a todas as mulheres envolvidas com tráfico e que sejam gestantes e/ou guardiãs exclusivas de filhos menores de 12 anos de idade. Atento às alterações legislativas, será enfatizado que a promulgação da Lei nº 13.769/18 não obistou o decreto de prisão preventiva em sede de tráfico de drogas. Em seguida, explica-se a mudança causada pelo paradigma decorrente do precedente jurisprudencial advindo do Habeas Corpus nº 143.641 quando o juiz da audiência de custódia aprecia a legalidade do auto de prisão em flagrante de mulheres presas por tráfico de drogas e avalia a necessidade de substituir o flagrante por prisão preventiva ou substituir esta constrição por regime domiciliar.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Domiciliar. Tráfico de Drogas. Audiência de Custódia

ABSTRACT

The present legal article approaches the decision made by the Federal Supreme Court within the case-file of the Habeas Corpus nº 143.641, which showed to be a polemical case-law precedent in so far as it had binding effect, being important to highlight its reflections on the increase of violence because prisons must be assessed on the occasion of custody hearings, making it certain that there was a generic imposition by our major Law Court when it ensures to all pregnant and breast-feeding women, or those having children under 12 years old, indistinctively, who have committed drug trafficking, the benefit of house-arrest. It is also said that a total binding effect fall back on judges who preside the custody hearings. However, it is necessary to assess the legal implications for criminality in our country, especially that focused on drug trafficking. Moreover, custody hearings are approached, followed by the issue of house-arrest granted to all pregnant women or those who are exclusively responsible for children under 12 years old and are involved in trafficking. Considering the legislative changes, it will be emphasized that the enactment of Law nº 13.769/18 did not impede the decree of pre-trial detention in drug trafficking. In addition, the article sets out to explain the change caused by the model derived from the case-law precedent based on the Habeas Corpus nº 143.641, when a judge analyses the legality of flagrant imprisonment during the custody hearing of arrested women because of drug trafficking and also evaluates the need to replace flagrant for preventive imprisonment or even replace the latter for house-arrest.

KEY WORDS: House-arrest. Drug trafficking. Custody hearing.

INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico trata de uma preocupação cada vez mais crescente dos juristas, notadamente os que atuam no campo do processo penal, com os reflexos oriundos do precedente jurisprudencial decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 143.641, que impôs a todos os juízes brasileiros de primeiro grau a colocação em regime domiciliar de todas as mulheres grávidas, lactantes ou com filhos de até 12 anos, que estejam sob seus cuidados exclusivos que venham a praticar o tráfico de substâncias entorpecentes ou se associar ao tráfico de drogas.

A escolha pelo debate desta temática provém do fato de ser uma questão muito polêmica quando levada a efeito na audiência de custódia, sendo está um ato considerado extraprocessual e recentemente regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 213/2015.

Alguns juristas alegam que esse tipo de vinculação provocará um aumento da violência. Por outro lado, há aqueles que já admitiam esta possibilidade, mesmo antes do precedente do Supremo Tribunal Federal, e que entendiam ser possível o não encarceramento de mulheres envolvidas em tráficos de drogas que tivessem sob seus cuidados filhos menores sem isso gerar qualquer efeito no crescimento da criminalidade, notadamente quanto a traficância.

Far-se-á breve menção do conceito da audiência de custódia, seus propósitos, como esta é realmente conduzida pelo juiz designado para tal fim e qual vinculação terá este magistrado com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, será abordada a definição do regime de prisão domiciliar, enquanto instituto previsto na nossa legislação processual penal vigente e sua utilização indistinta pelo Supremo Tribunal Federal, beneficiando todas as mulheres que trafiquem ou participem do tráfico de drogas.

Em verdade, em nossa abordagem, com os cuidados de não esgotar as polêmicas, discutiremos os verdadeiros efeitos daquela decisão do Supremo Tribunal Federal no cotidiano das audiências de custódia, e como se comportará a criminalidade voltada para o mundo do tráfico de drogas.

Para nossa pesquisa, serão utilizadas consultas doutrinárias e jurisprudenciais, fazendo-se uma análise conceitual da audiência de custódia e do regime de prisão domiciliar, sendo analisada de forma sucinta o fenômeno causado por este precedente jurisprudencial no aumento da violência em nosso país, notadamente relacionada com o tráfico de drogas.

No tocante ao desenvolvimento do nosso artigo jurídico, abordaremos a audiência de custódia, originada na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, bem como indicaremos os balizadores doutrinários e jurisprudenciais existentes acerca do regime de prisão domiciliar que passou a ser imposto coercitivamente pelo Supremo Tribunal Federal a todas as mulheres que pratiquem tráfico de drogas e estejam grávidas, lactantes ou com a guarda exclusiva de filhos menores de 12 anos de idade.

Necessariamente se fará uma abordagem sobre a mudança de paradigma e a eficácia persuasiva do precedente jurisprudencial trazido pelo STF a rotina dos juízes que presidem diariamente em todo Brasil às audiências de custódia.

Por fim, discutiremos os efeitos do Habeas Corpus nº 143.641 em sede de audiências de custódia, como contribuição ou não para o aumento da violência em nosso país.

1 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia consiste no ato pré-processual que assegura a condução de toda pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas. Nessa oportunidade, o magistrado aferirá as circunstâncias em que se realizou a prisão e, após a manifestação do Ministério Público e da Defensoria Pública/Advogado de Defesa, atuará em conformidade com o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal.

Assim, a audiência de custódia é o momento em que a autoridade judicial analisará a prisão sob o prisma formal, relaxando-a em caso de ilegalidade (art. 5º, LXV, da Constituição da República Federativa do Brasil), bem como verificará a necessidade e a adequação (art. 282, incisos I e II, do Código de Processo Penal) da segregação processual ou a possibilidade de deferimento da liberdade provisória, inclusive com a

aplicação de outras medidas cautelares estatuídas no art. 319 do Código de Processo Penal.

O magistrado que preside a audiência de custódia, portanto, afere a legalidade da prisão e posteriormente avalia a (des)necessidade da sua manutenção. A dinâmica da audiência de custódia é concisa e desburocratizada, devendo a oitiva do preso ser registrada preferencialmente em mídia.

Em um primeiro momento o juiz indagará do autuado as circunstâncias da prisão, principalmente se foram preservados os direitos e as garantias fundamentais estatuídos na Constituição Federal (direito de permanecer em silêncio, comunicação da prisão aos familiares, realização de exame de corpo de delito, direito de consultar-se com advogado ou defensor público), sendo vedada a formulação de perguntas destinada a produzir provas para a investigação ou ação penal relativas ao objeto do flagrante.

Em seguida, após o Ministério Público e a Defesa técnica formularem perguntas ao preso e apresentarem manifestações acerca da prisão em flagrante, o magistrado ponderará se deve relaxar o flagrante, conceder liberdade provisória com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ou decretar a custódia preventiva.

Nas lições de Guilherme de Souza Nucci¹, a audiência de custódia é definida como

[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento.

Para o Defensor Público Federal Caio Paiva²:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger. A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial, que deverá, a partir de prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura. Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 1118.

² PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/br Acesso em: 02 de agosto de 2018.

Registre-se que as audiências de custódias encontram previsão em Tratados Internacionais assinados pelo Brasil e incorporados ao nosso ordenamento jurídico com o *status* de supralegalidade. Tais diplomas normativos, diante da não observância do disposto no art. 5º, §3º, da Lei Fundamental, estão hierarquicamente alocados abaixo da Constituição, porém acima de toda a legislação infraconstitucional.

Dispõe o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos³ (Pacto de San José da Costa Rica):

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴ (Decreto nº 592/92), na mesma toada, preleciona em seu art. 9.3:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Em que pese as previsões legais acima delineadas, o Poder Legislativo não regulamentou a temática no panorama infraconstitucional. Em virtude dessa mora legislativa, o Conselho Nacional de Justiça inseriu as audiências de custódia em nosso sistema jurídico através da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015.

De proêmio, é importante delinear que o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça encontra respaldo no art. 103-B, §4º, I, da Constituição Federal⁵, *in verbis*:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: [...]
§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do

³ COSTA RICA, Convenção. San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969.

⁴ BRASIL, Decreto nº 592. Brasília: Presidência da República, 1992.

⁵ BRASIL, Constituição Federal. Brasília: Assembleia Constituinte, 1988.

Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; [...]

Conquanto não se desconheça a existência de dissenso doutrinário a respeito da pecha de inconstitucionalidade formal do referido ato normativo, destaque-se que o Supremo Tribunal Federal referenda tal prerrogativa do CNJ desde o deferimento da medida cautelar nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12⁶:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. [...] A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. [...] Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo “chefia” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação. (STF, ADC nº 12. Rel. Min. Ayres Britto. Publicação: DJ 01.09.2006)

Desta forma, a partir de 1º de fevereiro de 2016 (artigo 17 da Resolução CNJ nº 213/15), assegurou-se ao preso em flagrante delito o direito de ser imediatamente apresentado à autoridade judicial para a efetivação da audiência de custódia.

Leciona Gustavo Badaró⁷ que

O pronto contato pessoal do preso com um juiz é o mínimo que um Estado de Direito deve assegurar a quem está sendo privado de sua liberdade. Mais do que obedecer uma norma de direitos humanos, a audiência de custódia humanizará o juiz. Hoje, em seu gabinete, ele decide lendo folhas de papel, da forma mais

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADC nº 12. Relator(a): Min. Ayres Britto, julgado em 16/02/2006, publicado no DJe divulgado em 01/09/2006.

⁷ BADARÓ, Gustavo. **A importância da Audiência de Custódia: antes tarde do que nunca. 2015.** Disponível em: <http://www.jornalcruzeiro.com.br/materia/593901/a-importancia-da-audiencia-de-custodia-antes-tarde-do-que-nunca>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

impessoal possível. Com a audiência de custódia o juiz não decidirá apenas se uma prisão em flagrante, que foi documentada em um auto, deve ser mantida ou reformada. Ele terá contato com um preso de carne e osso, olhará nos olhos de alguém que, por mais que lhe custe acreditar, é uma pessoa e não um número de auto de prisão em flagrante. E o preso terá a chance de, prontamente, expor seus argumentos para um juiz que, se convencido que a prisão é a única medida adequada, terá que justificar, de viva voz, que o cárcere é o seu lugar

A realização das audiências de custódia é uma realidade recente em nossa comunidade jurídica, contando com pouco mais de 03 (três) anos. Entre seus propósitos estruturais, podemos afirmar que as audiências objetivam assegurar ao preso o contato com o juiz no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, prevenir a tortura policial, salvaguardar a integridade pessoal das pessoas privadas de sua liberdade, evitar prisões ilegais e, conseqüentemente, assegurar o postulado da dignidade da pessoa humana.

Trata-se de medida de política criminal que possui o escopo de rechaçar prisões ilegais, notadamente quando evidenciada a prática de tortura e maus tratos em detrimento dos autuados. A imediata intervenção judicial detecta e previne condutas que põem em xeque a vida e a integridade física dos presos. Sob esse enfoque, a audiência de custódia garante ao flagranteado a efetivação do direito à integridade pessoal, conforme preceitua o art. 5^o, III, da Lei Cimo e o art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Do mesmo modo, as audiências de custódia antecipam a análise judicial acerca da (des)necessidade do encarceramento cautelar, reduzindo os índices de superlotação da população carcerária.

Militando em favor do autuado a presunção de não culpabilidade (art. 5^o, LVII, da CRFB), a prisão processual é medida excepcional que só deve ser decretada quando presentes os indícios da autoria e da prática de uma infração penal punível (*fumus comissi delicti*), além do risco da liberdade do agente (*periculum libertatis*).

Por outro lado, observa-se que na prática ainda vivenciamos uma cultura do encarceramento, resquícios do direito penal de 3^a velocidade que prima pela aplicação da prisão em detrimento das garantias processuais e materiais. Tal comportamento, aliado ao colapso econômico do Estado brasileiro, o qual não consegue estruturar minimamente os presídios, resulta na crassa violação dos Direitos Fundamentais dos presos e, conseqüentemente, superlotação das penitenciárias.

Na linha do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 347⁸, esse quadro de permanente ofensa à dignidade da pessoa humana instaurou no Brasil um “estado de coisas inconstitucionais”, legitimando a intervenção judicial. Naquela oportunidade, o guardião da Constituição Federal consignou que a

imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal. A providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00.

Portanto, a realização das audiências de custódia permite que o magistrado identifique os casos mais graves que exigem a adoção da medida extrema, rechaçando a decretação de prisões preventivas desproporcionais. Doutra banda, ausentes os pressupostos e/ou os requisitos elencados nos arts. 312 e 313, ambos do CPP, é dever da autoridade judicial aplicar medidas cautelares diversas da prisão, tais como o monitoramento eletrônico e a prisão domiciliar.

Pelo exposto, infere-se que as audiências de custódia democratizam o sistema penal brasileiro, na medida em que salvaguardam os Direitos Fundamentais dos atuados e atenuam os nefastos efeitos das prisões cautelares desarrazoadas.

2 O REGIME DE PRISÃO DOMICILIAR

Utilizando-se do método de interpretação autêntica, o artigo 317 do Código de Processo Penal preleciona que “*A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial*”⁹.

Verifica-se, assim, que a segregação domiciliar reflete a possibilidade de o sujeito ativo cumprir a prisão processual no interior de sua residência. Influenciada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, a legislação processual entende que, em determinadas

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF nº 347. Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, publicado no DJe nº 181, divulgado em 11/09/2015.

⁹ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689. Rio de Janeiro: Senado, 1941.

circunstâncias, previstas no art. 318 do Código de Processo Penal, o agente não deve ser recolhido ao cárcere.

A despeito de o regime de prisão domiciliar ter sido disciplinado em capítulo específico da legislação adjetiva penal, é oportuno ressaltar que não se trata de nova espécie de custódia cautelar. Cuida-se de modalidade atípica de cumprimento da prisão preventiva, uma vez que o inculpado não poderá se ausentar do imóvel onde reside sem autorização judicial.

Reforçando a afirmação supra, observe-se que a prisão domiciliar não consta do rol de medidas cautelares diversas da prisão descritas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Detendo natureza de medida cautelar que restringe a liberdade de locomoção do inculcado, o período da prisão domiciliar deve ser levado em consideração para fins de detração penal (artigo 42 do Código Penal), bem como na determinação do regime inicial de cumprimento da eventual pena privativa de liberdade aplicada em sede de sentença penal condenatória (artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal).

Afrânio Silva Jardim e Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim¹⁰ coerentemente lecionam:

Importante destacarmos a nova forma de se cumprir a prisão preventiva, posta nos artigos 317 e 318 do CPP. De início, cabe registrar que a chamada prisão domiciliar se trata, na verdade, de uma forma de cumprimento da prisão preventiva, em que pese a redação do art. 318, CPP, não ser muito clara quando menciona se tratar de substituição de uma medida por outra. A rigor, tal texto deve ser lido da seguinte forma: quando foi o caso de prisão preventiva, estando o indiciado/réu em uma das condições do art. 318, CPP, deve ser deferido o cumprimento desta custódia no próprio domicílio do preso. Essa primeira noção tem reflexos importantes, eis que implica, a nosso sentir, no cômputo do prazo em que o indiciado/réu ficou preso em domicílio para fins de detração penal (art. 42, CP).

Com o objetivo de fiscalizar o efetivo cumprimento da medida, além de pontuar a necessidade de sua revogação (artigo 282, §4º, do Código de Processo Penal), não raras as vezes a prisão domiciliar é cumulada com a medida cautelar diversa da prisão de monitoração eletrônica. Tal cumulatividade é expressamente prevista no art. 318-B do Código de Ritos.

¹⁰ JARDIM, A.S.; AMORIM, P.S.M.C de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 13. Ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 441.

Portanto, para que o magistrado “substitua” a prisão preventiva pela custódia domiciliar, é indispensável que a medida se coadune com os pressupostos e com os requisitos autorizadores estampados no art. 312 do Código de Processo Penal. Outrossim, a situação fática deve se amoldar a uma das circunstâncias previstas no art. 318 daquele diploma.

Na esteira desse entendimento, Rogério Sanches Cunha¹¹ coerentemente assevera que

A prisão domiciliar disciplinada no art. 318 do Código de Processo Penal tem o caráter de medida provisória, de cunho processual, precário, cautelar, capaz de substituir a prisão preventiva. Para essa substituição é necessário demonstrar que a medida é adequada e suficiente para garantia da ordem pública, da ordem econômica, do regular andamento da instrução criminal e da futura aplicação da lei penal. Em outras palavras: a prisão domiciliar do art. 318 se constitui também em uma medida cautelar – tanto quanto a preventiva –, que não se justifica caso ausentes os pressupostos para aquela prisão, quando então deve o juiz conceder a liberdade provisória.

As hipóteses de cabimento da prisão domiciliar estão definidas no artigo 318 do Código de Processo Penal¹², *in verbis*:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Prisão Domiciliar no CPP e na Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/06/26/prisao-domiciliar-no-cpp-e-na-lei-de-execucao-penal/>. Acesso em 20 de agosto de 2018.

¹² BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689. Rio de Janeiro: Senado, 1941.

Levando em consideração os fins colimados pelo presente trabalho, a análise da temática será adstrita ao conteúdo dos incisos IV e V do dispositivo legal acima transcrito.

Muito se discute em sede doutrinária se a gestante/mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos possui direito subjetivo à prisão domiciliar. A questão nodal, ao nosso sentir, é saber se o disposto no art. 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal possui aplicação objetiva e direta ou se tal regramento deve ser cotejado sistematicamente com o artigo 282 daquele diploma normativo.

Segundo Renato Brasileiro de Lima¹³:

A presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar. O princípio da adequação também deve ser aplicado à substituição (CPP, art. 282, II), de modo que a prisão preventiva somente pode ser substituída pela domiciliar se se mostrar adequada à situação concreta. Do contrário, bastaria que o acusado atingisse a idade de 80 (oitenta) anos para que tivesse direito automático à prisão domiciliar, com o que não se pode concordar. Portanto, a presença de um dos pressupostos do art. 318 do CPP funciona como requisito mínimo, mas não suficiente, de per se, para a substituição, cabendo ao magistrado verificar se, no caso concreto, a prisão domiciliar seria suficiente para neutralizar o periculum libertatis que deu ensejo à decretação da prisão preventiva do acusado.

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha intelectual, em diversos precedentes, trilhou entendimento no sentido de que a prisão domiciliar não constitui direito subjetivo do preso cautelar, devendo o magistrado ponderar o seu deferimento à luz das nuances do caso concreto.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERICULOSIDADE DO AGENTE E MODUS OPERANDI DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. 3. No caso em exame, a prisão preventiva foi adequadamente motivada com base em elementos

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3 Ed. Salvador: Juspodivm, 2015; p. 998.

concretos extraídos dos autos para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, diante do modus operandi da conduta e da periculosidade do agente, uma vez que o crime foi cometido com peculiar violência e em período matutino. 4. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, entre outras, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva, se há, nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar, como é o caso da presente hipótese. 5. A substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar não configura direito subjetivo do acusado, mas faculdade do Juiz, que, diante do caso concreto, analisará a possibilidade da concessão da benesse. Demonstrada a necessidade da prisão ad custodiam como a única providência cautelar idônea e cabível, o indeferimento de pedido de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar não configura constrangimento ilegal. 6. Habeas corpus não conhecido¹⁴.

Acontece que a temática ganhou novos contornos jurídicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do habeas corpus nº 143.641 e do advento da Lei nº 13.769/2018, os quais serão objeto de análise no próximo capítulo.

3 MUDANÇA DE PARADIGMA DECORRENTE DO HC Nº143.641 E DAS INOVAÇÕES DA LEI Nº13.769/18

Consoante detalhado no capítulo anterior, uma vertente doutrinária e o Superior Tribunal de Justiça propugnam que as hipóteses de cabimento da prisão domiciliar estatuídas no artigo 318 do Código de Processo Penal não conferem direito subjetivo ao preso.

Portanto, ainda que a autuada seja gestante/mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, tal circunstância não autoriza, *de per se*, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Para esta corrente, a análise do pleito de custódia domiciliar deve levar em consideração a necessidade e a adequação da medida ao caso concreto, em harmonia com o art. 282 do CPP.

Irresignada, a Defensoria Pública da União impetrou habeas corpus coletivo no Supremo Tribunal Federal (HC nº 143.641) afirmando que a prisão preventiva de mulheres que ostentem a condição de gestantes, puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade infringe os postulados constitucionais alusivos à individualização

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 381827. Relator(a): Min. Ribeiro Dantas, Data do Julgamento: 06/02/2018. DJe 17/04/2017.

da pena, à vedação de reprimendas cruéis e ao respeito à integridade física e moral da presa.

Após sedimentar o cabimento do habeas corpus coletivo, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deferiu a pretensão vestibular e estendeu a concessão de ordem de ofício. Determinou o Guardião da Constituição a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiências sob sua guarda, sem prejuízo da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Nos termos do referido precedente jurisprudencial, concorrendo uma das hipóteses previstas no artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, a prisão preventiva só encontra suporte jurídico quando a mulher tiver praticado crime mediante violência ou grave ameaça; a mulher tenha cometido crime contra seus descendentes (filhos e/ou netos); em outras situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

À luz do princípio da proteção integral, disposto no art. 227 da Constituição Federal, o Ministro Ricardo Lewandowski¹⁵ destacou em seu voto que a manutenção de crianças no interior dos estabelecimentos prisionais não assegura a prioridade absoluta de seus direitos.

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças. Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas. Por tudo isso, é certo que o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos. Pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm corroborando o que se consignou acima. Uma delas, realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC nº 143.641. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018, publicado no DJe nº 33, divulgado em 21/02/2018.

na cidade de Salvador – BA, revelou que “com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social” (SANTOS, Denise et al. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde). As privações narradas, além das inaceitáveis consequências pessoais que provocam, prejudicam a sociedade como um todo. Não se ignora, aliás, que, para se desenvolver plenamente, é preciso, antes de tudo, priorizar o bem-estar de suas crianças. Neste sentido, James Heckman, prêmio Nobel de Economia, ressalta que os menores que nascem em ambientes desvantajosos apresentam maiores riscos de não se desenvolverem adequadamente, além de enfrentarem mais problemas do que outras pessoas ao longo das respectivas vidas, sendo grande a possibilidade de virem a cometer crimes (HECKMAN, J. Giving Kids a Fair Chance. Cambridge: The MIT Press, 2013). Para ele, as principais habilidades cognitivas e sócio-emocionais dependem do ambiente que encontram na primeira infância. Essa é a razão pela qual, acrescenta, políticas públicas voltadas à correção precoce desses problemas podem redundar em melhores oportunidades para as pessoas e no incremento de sua qualidade de vida. Disso resultará, finaliza, uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável. Em suma, quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, além da reiterada violação dos direitos do infante, indiretamente enclausurado em razão da custódia cautelar da genitora, a manutenção da prisão preventiva das mães e gestantes é situação insustentável em virtude das precárias condições dos presídios brasileiros. Conseqüentemente, deve ser dada primazia à prisão domiciliar.

Nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹⁶:

Resta dedutível que a eficácia dos referidos dispositivos constitucionais torna-se inviável com o encarceramento de mães e gestantes. Isso porque, nessas situações, na prática, ou há a separação da genitora e seu filho, ou há o aprisionamento também da criança, que passa a dividir a cela com a mãe. É inequívoco assim que, em ambas as hipóteses, as presidiárias acabam impossibilitadas de cumprir seus deveres literalmente consignados na Constituição Federal de proteção às garantias de seus filhos, que, por sua vez, têm a sua esfera de direitos individuais diretamente transgredida pelo encarceramento de suas genitoras. É importante que se considere, ainda, a situação desumana dos presídios brasileiros, o que torna ainda mais evidente a violação de garantias constitucionais. Com efeito, o STF, quando do julgamento da ADPF 347, em 2015, reconheceu uma violação sistêmica e generalizada de direitos fundamentais da população carcerária do país, ao declarar que o sistema penitenciário brasileiro vivia um “estado de coisas inconstitucional”, decorrente

¹⁶ MENDES, Gilmar. **Maternidade Livre, direitos efetivados – O Habeas Corpus coletivo 143.641**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641>>. Acesso em 21 de agosto de 2018.

de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que submetem os presos a condições degradantes. Portanto, amparado na necessidade de existência de proteção integral dos direitos de crianças e jovens, o Supremo Tribunal Federal consignou que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar das mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda deveria ser a regra, ao passo que a exceção, isto é, a negativa à substituição prisional deveria ocorrer apenas em casos excepcionais, com ampla fundamentação judicial.

Encampano a tese externada pelo Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.769/18 e, dentre outras alterações, incluiu o art. 318-A do Código de Processo Penal¹⁷, *in verbis*:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Pelo teor da concessão da ordem nos autos do HC nº 143.641 e pela dicção do art. 318-A do CPP, percebe-se que a regra geral deve ser a concessão de prisão domiciliar às mulheres presas que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiências sob sua guarda.

Por outro lado, notadamente no que tange ao crime de tráfico de drogas, tal afirmação deve ser analisada com temperamentos, não havendo que se falar em obrigatoriedade de a prisão preventiva ser substituída pela segregação domiciliar em razão de o delito não envolver violência ou grave ameaça e não ter sido cometido contra o filho ou dependente, sob pena de aumento desenfreado da criminalidade, consoante se observará no capítulo seguinte.

4 EFEITOS DO HC Nº143.641 E DO ART.318-A DO CPP NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA QUE ENVOLVAM TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO POR MULHERES

¹⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689. Rio de Janeiro: Senado, 1941.

GESTANTES OU MÃES DE CRIANÇAS DE ATÉ 12 (DOZE) ANOS OU DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS SOB SUA GUARDA

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, via de regra, deve ser concedida prisão domiciliar às mulheres presas que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiências sob sua guarda.

Outrossim, sabe-se que após a lavratura do auto de prisão em flagrante a autuada deve ser encaminhada, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, à audiência de custódia. Trata-se do momento adequado à aferição da regularidade e da (des)necessidade de manutenção da segregação processual.

Analisando perfunctoriamente o conteúdo da decisão exarada nos autos do HC nº 143.641, chega-se à precipitada conclusão de que, verificada a condição de gestante/mãe de criança de até 12 (doze) anos ou portadora de deficiência, a prisão preventiva estaria vedada. Logo, em sede de audiência de custódia, evidenciadas as circunstâncias previstas no artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, seria de rigor a concessão da prisão domiciliar.

No dia a dia das audiências de custódia não é incomum advogados de defesa e Defensores Públicos invocarem o precedente jurisprudencial da Suprema Corte como fundamento para os pedidos de prisão domiciliar. O HC nº 143.641 é utilizado pela Defesa como marco jurisprudencial que obsta a decretação da prisão preventiva das autuadas gestantes/mães de criança de até 12 (doze) anos ou portadora de deficiência.

De fato, as deletérias condições do sistema penitenciário brasileiro não resguardam os direitos fundamentais das presas e culminam com a violação das garantias fundamentais dos infantes. Assim, é plausível a diretriz tomada nos autos do HC nº 143.641.

Todavia, é de bom alvitre acentual que o Supremo Tribunal Federal não impossibilitou o decreto de prisão preventiva às gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiências sob sua guarda. Na esteira do já noticiado precedente jurisprudencial, a custódia cautelar é factível nas situações em que a infração penal tiver sido cometida mediante violência ou grave ameaça; quando o delito foi praticado em face dos seus descendentes (filhos e/ou netos); e em outras situações

excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

A ressalva conferida pelo Guardião da Constituição é de extrema importância, pois permite que o magistrado pondere a real necessidade de decretar a prisão preventiva, em especial quando estamos diante de organizações criminosas potencialmente orquestradas.

Não bastassem as exceções expressamente destacadas pelo STF, é cediço que milita em favor da magistratura o princípio da independência funcional, mandamento de otimização que assegura ao julgador a prerrogativa de aplicar o direito ao caso concreto com ânimo de definitividade livre de pressões externas (grupos políticos, econômicos e sociais) e internas (instâncias superiores do Poder Judiciário). Essa autonomia é de salutar importância na medida em que confere segurança jurídica aos jurisdicionados.

Saliente-se, ainda, que a independência funcional não se confunde com arbitrariedade, uma vez que o Julgador deve obediência ao ordenamento jurídico e principalmente aos comandos da Constituição Federal.

É inegável o efeito persuasivo que os precedentes jurisprudenciais espraiam na comunidade jurídica, principalmente quando emanados das Cortes Superiores. Em diversas ocasiões os Tribunais brasileiros, por questões de segurança jurídica e celeridade processual, alteraram seus entendimentos após o Supremo Tribunal Federal alterar sua jurisprudência.

A tônica dos precedentes judiciais é padronizar as decisões judiciais, repelindo tratamos díspares a situações similares. Nesse quadrante, a utilização dos julgados paradigmas ratificam o princípio da isonomia, não havendo que se falar em violação à autonomia funcional do julgador.

Aduz Luiz Henrique Volpe Camargo¹⁸ que

O respeito aos precedentes não fere a autonomia funcional do juiz. A garantia da independência funcional do juiz existe para assegurar a liberdade de julgar, livre de pressões políticas e do medo de represálias (subsídio reduzido, transferência para a inatividade, etc.). Existe para que o juiz possa decidir a favor de quem realmente tem direito, é uma garantia do juiz em benefício do jurisdicionado e não do próprio magistrado em si

¹⁸ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro**. In Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p.553/674.

Desta feita, diante da elevada densidade jurídica das decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal, é inegável que a medida liminar deferida nos autos do HC nº 143.641 passou a ser o cânone interpretativo dos pedidos de prisão domiciliar realizados pelas gestantes/mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Contudo, em que pese o Supremo Tribunal Federal ter impingido a observância da sua decisão, inclusive estendendo a ordem de ofício a todas as mulheres que se enquadrassem naquela situação fática, é de se destacar que o referido julgado não é dotado de eficácia vinculante, atributo restrito às súmulas vinculantes. Portanto, à luz do princípio da independência funcional, os juízes não são obrigados a aplicar o nominado precedente, mormente em sede de audiência de custódia.

Acontece que, após a inserção do art. 318-A no CPP, o tema ganhou novos contornos jurídicos. Uma leitura isolada do dispositivo legal em comento pode levar o intérprete à equivocada conclusão de que a prisão preventiva das mulheres gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência só estaria legitimada quando o delito envolvesse violência ou grave ameaça à pessoa ou se a infração penal tenha sido cometida contra o filho ou descendente.

Pensamos não ser essa a melhor exegese. Situações excepcionais, devidamente fundamentadas, conforme indicado pelo próprio Supremo Tribunal Federal no HC nº 143.641, ainda legitimam o decreto de prisão preventiva. O art. 318-A do CPP deve ser analisado sistematicamente com o art. 282 daquele mesmo diploma, podendo a constrição preventiva ser decretada quando se mostrar necessária e adequada à situação fática.

Corroborando a interpretação acima delineada, Rogério Sanches Cunha¹⁹ coerentemente pontua:

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. **Breves Comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)**. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>. Acesso em 27 de dezembro de 2018.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbe o Estado.

Por fim, ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal.

Tal interpretação ganha relevância, principalmente em sede de tráfico de drogas. O tráfico ilícito de entorpecentes é crime de perigo abstrato, que se contrapõe à saúde pública, degrada o ser humano e o torna dependente, dependência esta da qual se utilizam os traficantes para obterem dinheiro fácil, sob a sucumbência da sociedade. Não são raros os casos em que mulheres se envolvem com o tráfico ilícito de entorpecentes, situações em que a mercantilização da substância alucinógena usualmente ocorre do interior de suas residências.

Nessas circunstâncias, ainda que a autuada em flagrante seja gestante ou mãe de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiências sob sua guarda, a prisão domiciliar deve ser analisada com temperamentos. Eventual decisão judicial permitindo que a custódia processual seja cumprida no interior do imóvel onde ocorre o comércio ilícito de entorpecentes, ao nosso sentir, estimularia a continuidade da atividade ilícita, aumentando exponencialmente a criminalidade. Ademais, a própria integridade física e psíquica do infante estaria prejudicada, uma vez que estaria em contato diário com traficantes e demais delitos decorrentes da atividade ilícita.

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 457.100 (após a medida liminar concedida no HC nº 143.641), analisando situação análoga, refutou o deferimento liminar

da prisão domiciliar à autuada que realizava tráfico de drogas no interior de sua residência. Para o Tribunal da Cidadania, o comércio domiciliar de entorpecente põe em xeque a preservação do bem-estar da criança.

Consignou a Ministra Laurita Vaz²⁰

Ademais, no tocante à prisão domiciliar, não está demonstrado que a Paciente é imprescindível aos cuidados de sua filha menor, nem sequer se mostra recomendável a medida pretendida, pois as atividades ilícitas ocorriam dentro da residência da acusada, colocando em risco a preservação do bem-estar da criança

Também no mesmo sentido, destacamos o seguinte aresto:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR (ART. 318, III E V, CPP). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE AOS CUIDADOS DA CRIANÇA. TRÁFICO NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. PRESENÇA DA FILHA MENOR. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A Lei n. 13.257/16 acrescentou ao artigo 318, do CPP, o inciso V, o qual prevê que o Juiz poderá realizar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de "mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos".

III - Não obstante a novel modificação legislativa, permanece inalterado o contido no caput do art. 318, que revela a possibilidade, não a obrigatoriedade, da concessão do benefício, que deve se revelar consentâneo com os parâmetros de necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado, tudo nos termos do art. 282, I e II, do CPP. Precedentes.

[...]

VI - Reconhecido pelo eg. Tribunal de origem que a paciente, genitora de uma criança menor de 4 anos de idade, exercia o comércio ilícito de drogas no interior de sua residência, onde também morava sua filha e o marido, preso e condenado pelos mesmos fatos, mostra-se de todo incabível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sob pena de expor a criança a riscos não tolerados pelo ordenamento jurídico. Habeas Corpus não conhecido²¹.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 457.100. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 05/07/2018, publicado em 01/08/2018.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 424604. Relator(a): Min. Felix Fischer, julgado em 06/02/2018, publicado em DJe 16/02/2018.

Em situações como estas, devem ser sopesados os bens jurídicos em rota de colisão. O direito individual deve ceder diante do interesse da coletividade em ver temporariamente afastadas aquelas pessoas que se organizam e se dedicam a atividades criminosas.

O Supremo Tribunal Federal, endossando a tese ora esposada, admite o decreto da prisão preventiva da gestante ou da mãe de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiências sob sua guarda. Exige-se, apenas, que o magistrado fundamente a sua decisão, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Portanto, embora Defensores Públicos e advogados de defesa invoquem a tese no sentido de que nossa Corte Constitucional, através do HC nº 143.641, repulsou a possibilidade de ser decretada a prisão preventiva nas hipóteses previstas no artigo 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, tal argumentação não merece prosperar. Do mesmo modo, a segregação processual não encontra amparo apenas nas hipóteses descritas no art. 318-A, I e II, do CPP, porquanto situações excepcionais, em especial quando o tráfico ilícito de entorpecentes é consumado no interior do imóvel onde reside o infante, autorizam a medida extrema, preservando-se os interesses da criança.

O referendo à fundamentação supranominada contraria a decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, permite o aumento da criminalidade, na medida em que a prisão domiciliar seria concedida de forma indistinta, ainda que presentes os requisitos e os pressupostos autorizadores da custódia preventiva. O art. 318-A do CPP deve ser analisado em compasso com a regra geral disposta no art. 282 daquele diploma normativo.

A audiência de custódia é o primeiro momento em que o magistrado tem contato pessoal com a indiciada. Logo, é nesta oportunidade que todas as circunstâncias fáticas que envolvem o caso deverão ser perquiridas. Essa colheita de substratos cognitivos permitirá que o julgador possa avaliar a (des)necessidade da prisão preventiva, ponderando a sua necessidade e adequação.

À vista do exposto, denota-se que a liminar conferida no HC nº 143.641 e o art. 318-A do CPP não elidiram o decreto de prisão preventiva durante a realização da

audiência de custódia de indiciadas gestantes ou mães de crianças de até 12 (doze) anos ou de pessoas com deficiências sob sua guarda, principalmente em sede de tráfico de drogas praticado no interior da residência.

Deveras, a concessão da prisão domiciliar nessas conjecturas deve ser priorizada. Nada obstante, é factível a conversão da prisão em flagrante em segregação preventiva quando as vicissitudes fáticas indicarem que a medida extrema resguarda os interesses do infante.

O precedente jurisprudencial paradigma e a novel legislação não devem ser utilizados como mola propulsora da violência, desautorizando a decretação da prisão preventiva quando concorrentes os pressupostos e os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isto, infere-se que a audiência de custódia é um instituto recente em nosso ordenamento jurídico, inserido através da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de ato pré-processual por intermédio do qual a Autoridade Judiciária analisa a prisão em flagrante sob o prisma da legalidade e, ato contínuo, verifica a (des)necessidade de decretação da prisão preventiva ou o deferimento de liberdade provisória cumulada ou não com medidas cautelares diversas da prisão.

Conforme amplamente demonstrado ao longo do presente trabalho, a concessão da prisão domiciliar ganhou tônica após o precedente jurisprudencial oriundo do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 143.641, determinando o deferimento da segregação domiciliar a todas as mulheres grávidas, lactantes ou com filhos de até 12 anos que estejam sob seus cuidados exclusivos.

Analisando sistematicamente a legislação processual penal, demonstrou-se que mesmo após a edição da Lei nº 13.769/18 e da concessão da ordem nos autos do HC nº 143.641 é factível o decreto de prisão preventiva em sede de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça a pessoa ou quando a infração penal não tenha sido praticada contra o filho ou dependente.

À míngua do efeito persuasivo dos precedentes jurisprudenciais, em especial quando emanado da Suprema Corte, milita em favor da magistratura o princípio da independência funcional. Ademais, nos autos do HC nº 143.641, a Corte Constitucional autorizou a constrição processual em situações excepcionalíssimas devidamente motivadas pelo julgador. Nesse contexto, salientou-se a necessidade de o art. 318-A do CPP ser analisado à luz da regra geral estatuída no art. 282 daquele diploma.

Quanto às audiências de custódia, Defensores Públicos e advogados de defesa habitualmente invocam a decisão exarada no HC nº 143.641 como óbice ao decreto de prisão preventiva de mulheres grávidas, lactantes ou com filhos de até 12 anos que estejam sob seus cuidados exclusivos.

Por outro lado, asseverou-se que tal postura, além de não encontrar guarida legal e jurisprudencial, contribui para o aumento desenfreado da violência.

Concernente ao tráfico de drogas praticado por mulheres, é usual que a mercantilização do entorpecente ocorra no interior do imóvel residencial da delinquente. Nessas hipóteses, a concessão da prisão domiciliar é totalmente descompassada, na medida em que ensejaria o convívio diuturno do infante com a prática criminosa, bem como estimularia a continuidade da prática delitiva, aumentando os já alarmantes índices de criminalidade.

Portanto, principalmente em sede de tráfico ilícito de entorpecentes, ainda que perpetrado por mulheres grávidas, lactantes ou com filhos de até 12 anos que estejam sob seus cuidados exclusivos, a prisão domiciliar não decorre de imposição legal (art. 318-A) ou de determinação jurisprudencial (HC nº 143.641).

Durante a audiência de custódia, verificadas a necessidade e a adequação da prisão preventiva, bem como os pressupostos e os requisitos legais (arts. 312 e 313, ambos do CPP), o decreto da constrição processual não deve ser refutado. É curial que o julgador possa analisar a (im)prescindibilidade do cárcere à luz de todas as vicissitudes do caso concreto.

O tráfico de drogas é delito que desencadeia a prática de diversas infrações penais, razão pela qual deve ser ponderado sob uma perspectiva macro. O deferimento de prisões domiciliares em todas as hipóteses em que a mulher for gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência é medida temerária, porquanto

estimula a perpetuação da traficância e, via de consequência, contribui para o aumento vertiginoso da criminalidade.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **A importância da Audiência de Custódia: antes tarde do que nunca. 2015.** Disponível em: <http://www.jornalcruzeiro.com.br/materia/593901/a-importancia-da-audiencia-de-custodia-antes-tarde-do-que-nunca>. Acesso em 03 de agosto de 2018.

BRASIL, Constituição Federal. Brasília: Assembleia Constituinte, 1988.

_____, Decreto nº 592. Brasília: Presidência da República, 1992.

_____, Decreto-Lei nº 3.689. Rio de Janeiro: Senado, 1941.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADC nº 12. Relator(a): Min. Ayres Britto, julgado em 16/02/2006, publicado no DJe divulgado em 01/09/2006.

_____. Supremo Tribunal Federal, ADFP nº 347. Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015, publicado no DJe nº 181, divulgado em 11/09/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, HC nº 143.641. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/02/2018, publicado no DJe nº 33, divulgado em 21/02/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 381827. Relator(a): Min. Ribeiro Dantas, Data do Julgamento: 06/02/2018. DJe 17/04/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 457.100. Relator(a): Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 05/07/2018, publicado em 01/08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça, HC nº 424604. Relator(a): Min. Felix Fischer, julgado em 06/02/2018, publicado em DJe 16/02/2018.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **A Força dos Precedentes no Moderno Processo Civil Brasileiro.** In Direito Jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p.553/674.

COSTA RICA, Convenção. San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969.

CUNHA, Rogério Sanches. **Prisão Domiciliar no CPP e na Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2017/06/26/prisao-domiciliar-no-cpp-e-na-lei-de-execucao-penal/>. Acesso em 20 de agosto de 2018.

_____, Rogério Sanches. **Breves Comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)**. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>. Acesso em 27 de dezembro de 2018.

JARDIM, A.S.; AMORIM, P.S.M.C de. **Direito processual penal: estudos e pareceres**. 13. Ed. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 441.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3 Ed. Salvador: Juspodivm, 2015; p. 998.

MENDES, Gilmar. **Maternidade Livre, direitos efetivados – O Habeas Corpus coletivo 143.641**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-07/observatorio-constitucional-maternidade-livre-direitos-efetivados-hc-coletivo-143641>>. Acesso em 21 de agosto de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016. p. 1118.

PAIVA, Caio. **Na Série “Audiência de Custódia”: conceito, previsão normativa e finalidades**. Disponível em: www.justificando.com/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/br Acesso em: 02 de agosto de 2018.