

# O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E A PRISÃO DOMICILIAR COMO SUBSTITUTIVO DA PRISÃO PREVENTIVA

Jorge Bruno Barbosa da Silva<sup>61</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa fazer uma análise acerca da situação em que figura como autuada, em um auto de prisão em flagrante delito, uma pessoa que esteja em uma das hipóteses do art. 318 do Código de Processo Penal, dispositivo normativo que prevê as hipóteses de cabimento da substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar. Objetiva, ainda, propor um novo paradigma de atuação do(a) Delegado(a) de Polícia, como presidente do auto de prisão em flagrante delito, nesses casos específicos. O artigo se propõe, portanto, a analisar se seria juridicamente possível - à luz do Código de Processo Penal, da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente e de normativas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário - o não encaminhamento do(a) autuado(a) ao sistema prisional, após o término do auto de prisão em flagrante, quando tal pessoa fizer jus à prisão domiciliar.

**Palavras-chave:** Processo penal. Prisão em flagrante. Prisão domiciliar. Delegado de Polícia. Sistema prisional.

**Abstract:** This paper aims to make an analysis about the situation in which is presented as detainee in a 'auto de prisão em flagrante delito' a person who is in one of the hypothesis of the article 318 of the 'Código de Processo Penal' (Penal Procedure Code), norm that lists the hypothesis of replacement of preventive custody by house arrest. It aims, furthermore, to propose a new paradigma of acting of the 'Delegado de Polícia', as president of the 'auto de prisão em flagrante delito', in these specific cases. The paper's proposition, therefore, is to analyze if it is juridically possible - in light of the Penal Procedure Code, the Federal Constitution, the Children Statute and international human rights norms of which Brazil is signatory - the non sending of the detainee to the penitentiary system, after the ending of the arresting procedure, when such person has the right to a house arrest.

**Keywords:** Penal procedure. In flagrante delicto arrest. House arrest. Judiciary Police authority. Penitentiary system.

## Introdução

Nos últimos anos, vem ocorrendo um expressivo número de mudanças na normativa processual penal brasileira, a exemplo do advento da Lei 13.964/2019, consagrada popularmente como "Pacote Anticrime", além de outras leis de menor envergadura, mas que produziram alterações dignas de nota na normativa em questão, a exemplo da Lei 13.257/2016 e e da Lei 13.769/2018, que trouxeram, ao Código de Processo Penal, a hipótese expressa de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, em prol de homens e mulheres responsáveis pelos cuidados de criança de até doze anos de idade

<sup>61</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduando em Criminologia na Academia de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (ACADEPOL/MG). Delegado de Polícia de Minas Gerais. E-mail:jorge.barbosa@policiacivil.mg.gov.br

incompletos. Essas duas últimas leis serão bastante abordadas ao longo do presente artigo.

Em adição às mudanças acima brevemente comentadas, outro fato digno de nota, que também precisa ser referenciado neste trabalho, é o de que, nos últimos tempos, vem ganhando força, no cenário nacional, uma tendência de policiais cada vez mais comprometidos com a efetividade de direitos fundamentais e humanos, em especial os Delegados de Polícia, representantes maiores dos órgãos de polícia judiciária – a Polícia Civil e a Polícia Federal. É notável, dentro das polícias judiciárias, o processo de mudança de paradigma: cada vez mais, notam-se Delegados que procuram levar a efeito o tão falado lema de “primeiro garantidor de direitos fundamentais”, e buscam, no dia a dia do ofício investigativo, executar suas funções com o máximo respeito aos direitos fundamentais do investigado, sem nunca, entretanto, olvidar das estratégias investigativas que melhor propiciem a elucidação de fatos delitivos. Esse paradigma, naturalmente, contrapõe-se a um já ultrapassado paradigma estereotipado de uma polícia judiciária tosca, atécnica e torturadora, que acreditava que seu objetivo maior seria um encarceramento cego e obtuso, não importasse o quê.

O presente artigo é fruto do tempo e das circunstâncias em que é produzido. Propõe-se a buscar resposta para o seguinte questionamento: diante das últimas alterações do Código de Processo Penal, quais providências o Delegado de Polícia, como presidente do auto de prisão em flagrante, poderia adotar em relação ao autuado que se enquadrasse no rol do art. 318 do CPP?

Por óbvio, a busca por respostas a esse questionamento, objetivo do presente trabalho, necessariamente rechaça qualquer visão sobre o múnus do Delegado de Polícia como puramente tecnicista, exageradamente legalista, ou apartado de uma atividade hermenêutica, que é vulgar aos demais cargos do sistema de justiça criminal (v. g. juízes, promotores, defensores etc.).

Ao longo do escrito, buscar-se-á, primeiramente, discorrer algumas linhas sobre os institutos da prisão em flagrante e da prisão

domiciliar, pois, afinal, as duas modalidades de prisão são o centro da presente análise.

Em seguida, falar-se-á acerca da rotina prática de prisões em flagrante com recorte espacial na Polícia Civil de Minas Gerais, por se tratar da rotina que é conhecida e vivenciada pelo escritor do artigo. Além da rotina policial de flagrante, expor-se-á, em complemento, a rotina do flagrante no Poder Judiciário, após a sua comunicação pela Polícia Civil.

Por fim, após feito esse panorama, entrar-se-á mais especificamente na discussão acerca das possibilidades de que dispõe o Delegado de Polícia presidente do auto de prisão em flagrante no que tange ao destino do autuado que faria jus à prisão domiciliar do art. 318 do Código de Processo Penal.

## 1. A prisão em flagrante no ordenamento processual penal brasileiro e no direito comparado: contornos atuais

O tópico inicial do presente artigo, embora seja destinado à abordagem teórica acerca da prisão em flagrante, não se presta de maneira exclusiva a expor linhas básicas sobre o tema, tendo em vista que já é pressuposto esse conhecimento básico do leitor. Essa abordagem básica introdutória serve, antes mesmo, como alicerce para uma abordagem de especificidades contemporâneas do tema, que servirá para a compreensão da questão proposta no trabalho, que é a das possibilidades de que disporia a autoridade policial, no auto de prisão em flagrante, em relação às pessoas que fariam jus à prisão domiciliar.

Sem mais delongas, passemos à explanação acerca da prisão em flagrante.

Conforme magistério de Renato Brasileiro de Lima (2014), “*flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime*”.

Norberto Avena (2018), em explicação acerca da natureza jurídica da prisão em flagrante, defende que não se trata de prisão cautelar, ao contrário do que alguns doutrinadores sustentam. Segundo Avena, "*prisão cautelar é aquela que tem fim de tutela, garantia, resguardo da investigação ou do processo*", o que não ocorreria com a prisão em flagrante, pois, segundo o doutrinador, a referida modalidade de prisão "*apenas se mantém por uma questão de ordem procedimental (o procedimento do flagrante), absolutamente desvinculada de qualquer fim de garantia da investigação ou do processo*".

Renato Brasileiro de Lima (2014, pp. 861-862) vai ao encontro dessa ideia e entende que a prisão em flagrante consiste em prisão pré-cautelar porque se destina unicamente a colocar o preso à disposição do juiz para que decida esse sobre a adoção (ou não) de uma medida cautelar, como, por exemplo, a decretação de uma prisão preventiva ou de uma medida de monitoração eletrônica em cumulação com liberdade provisória.

De forma transparente, o Código de Processo Penal francês<sup>62</sup> elenca, em rol não cumulativo, as finalidades da "*garde à vue*", que seria o equivalente francês da prisão em flagrante. Senão, vejamos:

Article 62-2: La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs. Cette mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants :

1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ;

2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ;

3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ;

4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ;

5° Empêcher que la personne ne se concerta avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ;

6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit.<sup>63</sup>

Faz-se importante uma ressalva: a *garde à vue*, embora se assemelhe à prisão em flagrante brasileira, não é exatamente a mesma coisa. Pelo que se depreende da redação do dispositivo supratranscrito, a *garde à vue* pode ser determinada em qualquer caso no qual haja "*razão plausível para suspeitar-se de um indivíduo*", mesmo inexistente o flagrante delito.

Sobre os raciocínios feitos pelos doutrinadores brasileiros acima citados, servirão eles, como se verá mais adiante, às bases do pensamento que ora se defendem neste artigo e, por isso, guardam bastante relevância para a presente análise. Por ora, sem antecipação intempestiva do que ainda será explanado, apenas importa frisar que nos filiamos ao escólio dos dois doutrinadores quando vaticinam que a prisão em flagrante tem natureza jurídica de prisão pré-cautelar.

Sobre o procedimento, em si, da prisão em flagrante e dos atos que a seguem, dispõe o Código de Processo Penal brasileiro que, após

62 Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006151876/#LEGISCTA000006151876](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006151876/#LEGISCTA000006151876)>. Acesso em: 06 mai. 2021.

63 Em tradução livre: Artigo 62-2: A prisão em flagrante é uma medida de constrição decidida por um oficial de polícia judiciária, sob o controle da autoridade judiciária, pela qual uma pessoa contra a qual exista uma ou várias razões plausíveis para suspeitar-se de ter cometido ou tentado cometer um crime ou um delito punido com pena de prisão, é mantida à disposição dos investigadores. Essa medida deve constituir o único meio de alcançar pelo menos um dos objetivos seguintes:

1° Permitir a execução das investigações que impliquem a presença ou a participação dessa pessoa;

2° Garantir a apresentação da pessoa diante do procurador da república para que esse magistrado possa determinar as providências seguintes da investigação;

3° Impedir que a pessoa modifique as provas ou indícios materiais;

4° Impedir que a pessoa faça pressão sobre testemunhas ou vítimas, ou mesmo sobre os familiares e pessoas próximas a elas;

5° Impedir que a pessoa converse com possíveis coautores ou cúmplices;

6° Garantir a execução de medidas destinadas à cessação do crime ou delito.

apresentação do preso à autoridade competente, serão ouvidos o condutor do flagrante, as testemunhas e o próprio preso, a quem o Código atecnicamente se refere, no artigo 304, como “acusado”, a despeito da inexistência de ação penal contra o indivíduo apresentado à autoridade policial, àquele momento.

E, em seguida, ainda no art. 304, mas já no parágrafo primeiro, o código dispõe que “*resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão*”.

A essa altura, duas observações são imperiosas: (i) antes da lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, o que ocorre são a prisão-captura e a condução coercitiva do delinquente à delegacia, consideradas fases da prisão em flagrante pela doutrina processualista; (ii) a “autoridade” a que o art. 304, §1º, do Código de Processo Penal se refere não é outra senão o Delegado de Polícia, estando em silpese, no dispositivo, a palavra “policial”, ressaltando-se que não há, a nosso aviso, qualquer deficiência lexical na referida norma, pois, em se falando de decisões tomadas durante a lavratura do auto de prisão, não haveria espaço para outra autoridade que não a do próprio Delegado de Polícia.

Sobre a primeira observação, vejamos o que preleciona Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 860):

Na sistemática do CPP, o flagrante se divide em quatro momentos distintos: captura, condução coercitiva, lavratura do auto de prisão em flagrante e recolhimento à prisão. No primeiro momento, o agente encontrado em situação de flagrância (CPP, art. 302) é capturado, de forma a evitar que continue a praticar o ato delituoso. A captura tem por função precípua resguardar a ordem pública, fazendo cessar a lesão que estava sendo cometida ao bem jurídico pelo impedimento da conduta ilícita. Após a captura, o agente será conduzido coercitivamente à presença da autoridade policial para que sejam adotadas as providências legais. De seu turno, a lavratura é a elaboração do auto de prisão em flagrante, no qual são documentados os elementos sensíveis existentes no momento da infração. Este ato tem como objetivo precípua auxiliar na manutenção dos elementos de prova da

infração que se acabou de cometer. Por fim, a detenção é a manutenção do agente no cárcere, que não será necessária nas hipóteses em que for cabível a concessão de fiança pela autoridade policial, ou seja, infrações penais cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos (CPP, art. 322, com redação dada pela Lei nº 12.403/11). Ao preso, depois, deve ser entregue nota de culpa, em até 24 (vinte e quatro) horas após a captura.

Caso haja a “fundada suspeita” contra o autuado, ao aviso da autoridade policial, aquele será formalmente recolhido à prisão e, só então, estará perfectibilizada a prisão em flagrante, com a presença das quatro etapas: captura, condução coercitiva à delegacia de polícia, lavratura do auto de prisão em flagrante e recolhimento à prisão.

Veja-se, no trecho acima transcrito da obra de Renato Brasileiro (2014), que o doutrinador explica que, nos casos em que a autoridade policial conceda a fiança ao autuado, a “manutenção do agente no cárcere” não será necessária, isto é, a última fase da prisão em flagrante não estará presente. Isso nos leva ao questionamento: nos casos em que for arbitrada e recolhida fiança, não haverá a prisão em flagrante, já que a última “fase” não estará presente? Por óbvio que não! O auto de prisão em flagrante estará feito, e a prisão em flagrante estará concretizada, contudo com a liberação do autuado.

O próprio Renato Brasileiro utiliza o termo “liberdade provisória” para se referir à liberação do autuado pelo delegado, após o recolhimento da fiança arbitrada. Senão, vejamos:

Ocorre que, como a infração é punida com pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, ao invés de recolher o conduzido à prisão (quarto e último ato da fase administrativa da prisão em flagrante), deve a autoridade policial conceder-lhe liberdade provisória com fiança, *ex vi* do art. 322 do CPP.

Pois bem, tanto no caso de a autoridade policial reputar inexistir fundada suspeita em detrimento do autuado, a partir das oitivas colhidas, quanto no caso de ter sido arbitrada fiança e ser ela recolhida, não haverá o recolhimento do

atuado à prisão, em que pese ter sido lavrado o auto de prisão em flagrante<sup>64</sup>. Com isso, vê-se que o sistema processual penal brasileiro confere certa margem à autoridade policial para conceder a liberdade ao indivíduo supostamente flagranteado, sem condicionamento dessa liberação a uma manifestação por parte da autoridade judiciária.

Ora, se a regra no sistema processual penal brasileiro é a liberdade, sendo a prisão a *ultima ratio*, não faria sentido que a liberação do conduzido, isto é, a manutenção do seu *status libertatis*, às três da madrugada de um sábado, por exemplo, dependesse de manifestação do Poder Judiciário, quando há a possibilidade de o Delegado de Polícia, agente público com formação jurídica que é, analisar juridicamente o cabimento de tal liberação e decidir nesse caminho.

Após o encerramento do auto de prisão em flagrante delito, a lei penal adjetiva determina que, em até vinte e quatro horas, a cópia do auto seja remetida ao Judiciário e, caso o atuado não disponha de advogado constituído, à Defensoria Pública.

Após a remessa em questão, o Poder Judiciário, recebendo a cópia integral do auto de prisão, segundo a redação do art. 310 do Código de Processo Penal dada pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), deverá promover audiência de custódia, com a presença do “acusado” (*rectius*: atuado), com a presença do Ministério Público e da defesa, e deverá adotar uma das seguintes providências: (i) relaxar a prisão ilegal; (ii) converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, em sendo cabível ou (iii) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A partir de então, inaugura-se uma nova etapa do rito da prisão em flagrante: a etapa judicial. Nessa etapa, o juiz passa a ser responsável por decidir o futuro do atuado, decidindo mormente se ele permanecerá encarcerado ou se será posto em liberdade.

No próximo tópico deste artigo, abordaremos o caso específico dos atuados que estão em alguma das situações elencadas no art. 318 do Código de Processo Penal, a saber: (i) maiores de 80 (oitenta) anos; (ii) extremamente debilitados por motivo de doença grave; (iii) imprescindível aos cuidados de pessoa de até seis anos de idade ou com deficiência; (iv) gestantes; (v) mulheres com filhos de até doze anos de idade incompletos e (vi) homens que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados de filho de até doze anos de idade incompletos.

## 2. Da prisão domiciliar

A prisão domiciliar sobre a qual esse artigo ora se debruça é a prevista no Código de Processo Penal, especificamente nos arts. 317 e 318. Portanto, não há de se confundir essa prisão domiciliar com a que é prevista na Lei de Execução Penal, até porque a prisão domiciliar que interessa a este estudo é aquela possível quando ainda não há condenação em face do indivíduo, uma vez que se está a analisar o momento da lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Pois bem, conforme salienta Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 957), “levando em consideração certas situações especiais, de natureza humanitária, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar visa tornar menos desumana a segregação cautelar, permitindo que, ao invés de ser recolhido ao cárcere, ao agente seja imposta a obrigação de permanecer em sua residência”.

O artigo 318 prevê seis hipóteses de cabimento da prisão domiciliar, a saber: (1) quando o indivíduo for maior de oitenta anos; (2) quando estiver extremamente debilitado por doença grave; (3) quando for imprescindível aos cuidados de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; (4) quando for gestante; (5) quando for mulher com filho de até doze anos de idade

64 Importante esclarecer que nos filiamos ao entendimento segundo o qual a realização das diligências previstas no art. 304, caput, do Código de Processo Penal, já ocorre em sede de auto de prisão em flagrante, isto é, primeiro a autoridade policial instaura o APFD e, dentro dele, faz as oitivas mencionadas no referido artigo. Tal entendimento é contrário ao que sustenta Avena, que propugna que a lavratura do auto de prisão em flagrante “somente será concretizada pelo escrivão após a oitiva dos condutores testemunhas, vítima e flagrado”.

incompletos; (6) quando for homem caso seja o único responsável pelos cuidados de filho de até doze anos de idade incompletos.

A redação do *caput* do artigo 318 do Código de Processo Penal brasileiro deixa claro que a prisão domiciliar constitui uma espécie de prisão alternativa à prisão preventiva. Portanto, vale dizer que a prisão domiciliar não existe como espécie autônoma de prisão cautelar, mas como uma espécie que surge da conversão da prisão preventiva, essa sim, modalidade autônoma.

No direito comparado, pode-se citar o artigo 508 da Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>65</sup> espanhola, dita que *“El juez o tribunal podrá acordar la sustitución de la prisión provisional del imputado por su arresto domiciliario cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud”*.<sup>66</sup>

Como se vê, tal qual a brasileira, a legislação adjetiva penal espanhola considera a prisão domiciliar como uma espécie de prisão substitutiva da prisão preventiva.

Contudo, no novo Código de Processo Penal argentino (Decreto 118/2019), que entrou em vigor no ano de 2019, a prisão domiciliar é prevista como uma das várias “medidas de coerção”, dentre as quais, inclusive, está a prisão preventiva. A forma como a legislação prevê a prisão domiciliar deixa claro que esse tipo de prisão já não é mais uma modalidade meramente substitutiva da prisão preventiva, tendo ganhado autonomia como medida cautelar pessoal.

ARTÍCULO 210.- Medidas de coerción. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de:

- La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación;
- La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución

determinada, en las condiciones que se le fijen;

- La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe;
  - La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine;
  - La retención de documentos de viaje;
  - La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa;
  - El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado;
  - La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez;
  - La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física;
  - El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga;
  - La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados.
- (grifo nosso)

No mesmo caminho, traz-se a lume a prisão domiciliar prevista no direito processual penal português, que é prevista como uma medida cautelar diversa da prisão, e à qual o legislador nem sequer deu o nome de prisão, mas de “obrigação de permanência na habitação”.

Artigo 201.º

(Obrigação de permanência na habitação)

1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a obrigação de não se ausentar, ou de não se ausentar sem autorização, da habitação própria ou de outra em que de momento resida ou, nomeadamente, quando tal se justifique, em instituição adequada a prestar-lhe apoio social e de saúde, se houver fortes indícios de prática de crime doloso punível

<sup>65</sup> Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-19748>>. Acesso em: 07 mai. 2021.

<sup>66</sup> Em tradução livre: “O juiz ou tribunal poderá acordar a substituição da prisão provisória do acusado por sua prisão domiciliar, quando, por razão de enfermidade ou internação, haja grave perigo a sua saúde”.

com pena de prisão de máximo superior a 3 anos.<sup>67</sup>

A legislação portuguesa é bem interessante nesse ponto, pois, ao contrário de diversos outros ordenamentos (a exemplo do brasileiro, argentino e espanhol acima citados), traz a prisão domiciliar com natureza jurídica de medida cautelar diversa da prisão, o que acaba por lhe conferir uma autonomia em relação à prisão preventiva.

Se pararmos para analisar friamente esse status conferido pela legislação portuguesa (e pela argentina), podemos ponderar que essa natureza não é de todo descabida. Ora, ainda que alguém argumente que a “obrigação de permanência na habitação” constitui restrição da liberdade de locomoção do indivíduo e, portanto, constituiria espécie de prisão, responde-se, em contrapartida, que também o CPP brasileiro prevê medidas tachadas de “cautelares diversas da prisão” que restringem a liberdade de locomoção do indivíduo dentro de um determinado perímetro, como as que preveem os incisos IV e V do art. 319. *Mutatis mutandis*, proibir que um indivíduo saia de sua residência seria tão restritivo à liberdade de locomoção quanto proibir que um indivíduo saia de sua residência aos fins de semana, ou que ele saia de determinada cidade.

Também nessa mesma esteira, cita-se o Código de Processo Penal chileno<sup>68</sup>, que, em seu art. 155, alínea *a*, prevê como medida cautelar pessoal diversa da prisão “*la privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalar, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal*”<sup>69</sup>, sem prever qualquer relação de dependência desta medida para com a prisão preventiva.

Pois bem, feita essa breve análise de direito comparado, retornando ao direito brasileiro, somos conduzidos à primeira constatação: a de que a prisão domiciliar somente seria cabível quando igualmente o fosse a prisão preventiva.

Contudo, em sentido contrário, vejamos o raciocínio feito por Renato Brasileiro de Lima (2014, p. 962):

Tendo em conta que o art. 282, §6º, do CPP, dispõe que a prisão preventiva somente pode ser decretada se não for possível a substituição por outra medida alternativa à prisão, caso o magistrado entenda que a prisão domiciliar, por si só, é suficiente para resguardar a eficácia do processo, neutralizando uma das situações de perigo previstas no art. 282, inciso I, do CPP, pensamos não haver óbice à aplicação da prisão domiciliar como medida alternativa à prisão preventiva.

[...]

Destarte, sempre que o magistrado verificar que a prisão domiciliar se mostra adequada ao caso concreto, revelando-se por demais gravosa a imposição da prisão preventiva, poderá impor a prisão domiciliar como medida cautelar autônoma.

Em sentido oposto, Norberto Avena (2018, p. 560) sustenta que a prisão domiciliar “*no possui existência própria como prisão cautelar, apenas substituindo a prisão preventiva nas hipóteses estabelecidas em lei*”.

Ora, parece-nos que o raciocínio feito por Renato Brasileiro de Lima, mais aproximado das legislações portuguesa, argentina e chilena, é o mais acertado, fazendo-se uma análise do ordenamento processual penal brasileiro à luz do que prevê a Constituição brasileira. É sabido que, em nosso ordenamento processual penal, a regra é a liberdade, e a prisão é uma exceção. Em especial, muito se assevera que a prisão preventiva é medida cautelar excepcionalíssima, cabível apenas nos casos em que qualquer outra medida cautelar prevista no Código de Processo Penal se revelar insuficiente no caso concreto.

A prisão preventiva é, dentre as medidas cautelares, a mais gravosa e mais contrária ao *status libertatis* do suspeito. Chega, inclusive, a ser mais gravosa que a prisão temporária, pois esta,

67 Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202105071625/73862015/diploma/indice>>. Acesso em: 07 mai. 2021.

68 Disponível em < <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 07 mai. 2021.

69 Em tradução livre: “a privação de liberdade, total ou parcial, em sua casa ou na que for apontada pelo próprio acusado, se aquela se encontrar fora da cidade onde estiver sediado o tribunal”.

pelo menos, tem um prazo definido, ao passo que a prisão preventiva tem duração indeterminada.

Nesse cont ext o de altíssima excepcionalidade da prisão preventiva, ainda que a prisão domiciliar tampouco deixe de ser uma restrição ao *status libertatis* do indivíduo, é mais coerente que a prisão domiciliar possa ser decretada preferencialmente à prisão preventiva, sobretudo quando ela se revelar mais adequada que essa última modalidade de segregação.

### 3. Do auto de prisão em flagrante na Polícia Civil de Minas Gerais

A experiência demonstra que cada unidade da federação, com sua polícia judiciária, possui uma forma determinada de agir diante de uma situação de flagrante delito.

Há estados, por exemplo, em que a análise da existência ou não de situação flagrancial no fato noticiado se dá externamente a qualquer procedimento, de forma preliminar pelo delegado de polícia. Sendo assim, o delegado, caso entenda inexistente situação flagrancial, não chega a lavrar o auto de prisão em flagrante delito.

No Estado de São Paulo, por exemplo, entendendo inexistente situação flagrancial, a autoridade policial profere despacho no boletim de ocorrência, expondo os fundamentos pelos quais reputa incabível a instauração do APFD.

Na rotina de atuação da Polícia Civil de Minas Gerais, é mais comum que haja, na quase totalidade dos casos, a instauração do auto de prisão em flagrante delito e, após a colheita das oitivas pertinentes, a autoridade policial decide, dentro do APFD, se ratifica ou deixa de ratificar a prisão em flagrante. O documento em que a autoridade policial faz esse juízo é o despacho ratificador, que é exarado após concluídas as oitivas do condutor, das testemunhas, da vítima (se houver) e do autuado.

Em Minas Gerais, é no despacho ratificador que o delegado de polícia manifesta, de forma fundamentada, se consegue vislumbrar situação flagrancial que permita o recolhimento daquele indivíduo autuado ao cárcere, ou seja, é nesse

documento que haverá a manifestação da autoridade policial sobre a existência da “fundada suspeita” a que faz menção o art. 304, §1º, do Código de Processo Penal.

Se porventura o delegado entender que está configurado o estado flagrancial no caso que lhe é submetido à apreciação, ele ratifica a prisão em flagrante do indivíduo, e, em seguida, determina a expedição de sua nota de culpa, bem como a comunicação da prisão ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, caso o autuado não disponha de advogado, além de outras diligências que variam de caso a caso.

Após ratificada a prisão, não sendo caso de arbitramento de fiança pelo delegado, o autuado, após assinar sua nota de culpa, é encaminhado à unidade prisional responsável, onde permanecerá aguardando por sua audiência de custódia, ato no qual será definido se será concedida a liberdade provisória ou se será decretada a prisão preventiva.

O tempo em que cada pessoa fica aguardando audiência de custódia em uma unidade prisional varia consideravelmente, de cidade a cidade, havendo casos em que o indivíduo espera algumas horas até a audiência e havendo casos em que o indivíduo chega a esperar dias pelo ato, a depender da rotina de cada comarca.

Uma coisa, contudo, é certa: nas comarcas de interior, logo após concluído o auto de prisão em flagrante delito, o indivíduo é encaminhado logo à unidade prisional, onde ficará custodiado em regime fechado, mesmo ainda não tendo sido decretada a sua prisão preventiva.

Dessa forma, é pertinente questionar: e se o(a) autuado(a) se enquadrar em uma das hipóteses previstas no art. 318 do Código de Processo Penal?

O questionamento tem a intenção de provocar uma reflexão sobre procedimentos rotineiros nas forças de polícia judiciária. Ora, imaginemos o caso de uma mulher grávida, que é autuada pela prática de crime de maus tratos contra animal doméstico, cuja pena máxima em abstrato – de cinco anos de reclusão – impede o arbitramento de fiança pelo delegado de polícia

no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante. O animal foi recolhido e encaminhado a um canil municipal, onde já está recebendo os cuidados médicos e será colocado para adoção responsável.

A rigor, essa mulher se enquadraria na hipótese do art. 318, inciso IV, do Código de Processo Penal, isto é, poderia ser uma pessoa "beneficiária" de uma prisão domiciliar.

Contudo, a corrente tradicional e conservadora, entendendo que a prisão domiciliar é medida cautelar alternativa à prisão preventiva, preconizaria que, apenas se fosse cabível esse tipo de prisão seria cabível a prisão domiciliar da mulher. Assim, nessa linha de raciocínio, seria sustentado que muito dificilmente essa mulher poderia ser colocada em prisão domiciliar, uma vez que muito dificilmente ela poderia ter sua prisão preventiva decretada pelo crime em questão. De maneira que se desenrola, à nossa frente, o seguinte cenário: a mulher é autuada em flagrante, o delegado não pode arbitrar fiança, a mulher é encaminhada ao presídio mais próximo, a audiência de custódia é designada para dali a três dias e, enquanto isso, ela ficará recolhida em uma unidade prisional, em estado de gestação, aguardando a concessão de sua liberdade provisória em uma audiência de custódia, ou mesmo em uma decisão escrita anterior ao ato, mas que não seja exarada com tanta celeridade.

Aqui, faz-se importante abrir um parêntese: sabe-se que o art. 310 do Código de Processo Penal estabelece que a audiência de custódia deve ser realizada em até 24h (vinte e quatro horas) após a realização da prisão, e que é durante a audiência que o magistrado, segundo a regra do CPP, manifestar-se-á acerca da homologação da prisão em flagrante, da concessão da liberdade provisória ou da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Entretanto, na prática, esse dispositivo é constantemente inobservado, havendo casos em que, dentro das 24h, o juiz exara uma decisão escrita manifestando-se sobre a regularidade da prisão e sobre a liberdade provisória e, em caso de conversão da prisão em flagrante em prisão

preventiva, designa uma audiência de custódia para data futura.

Certo é que, de todo modo, enquanto o juiz não emite decisão (dentro das vinte e quatro horas que se seguem à prisão), os autuados, quando não é arbitrada fiança, são encaminhados ao sistema prisional e aguardam ali o pronunciamento judicial.

Agora, voltando ao caso concreto da autuada gestante: enquanto o juiz não se manifestar sobre a sua liberdade provisória e tendo ele um prazo de 24h (vinte e quatro horas) a partir da prisão para tanto, a mulher sofrerá as agruras de ser recolhida ao sistema prisional, como se preventivamente presa estivesse.

Ainda que alguns argumentem que vinte e quatro horas não são um tempo tão considerável, há que se ponderar que, para uma mulher gestante, ser submetida às condições dos presídios brasileiros, por uma hora que seja, já é muito!

Não nos olvidemos que, em 2015, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, declarou que o sistema penitenciário brasileiro insere-se em um estado de coisas inconstitucional, pois que *"presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária"* (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016).

Ora, se a Corte Constitucional brasileira reconhece o cenário de violação reiterada a direitos fundamentais perpetrada no seio do sistema prisional brasileiro, que não tem qualquer estrutura mínima para garantir aos custodiados salubridade e dignidade, não há como negar a especial gravidade de se mandar a esse mesmo sistema prisional uma mulher gestante, para aguardar pronunciamento judicial.

E essa lógica se aplica não apenas a mulheres gestantes, mas também à pessoa extremamente

debilitada por motivo de doença grave e ao maior de oitenta anos, pois são pessoas que teriam sua saúde seriamente comprometida caso expostas às condições insalubres dos presídios brasileiros.

Por outro lado, em relação às demais pessoas do rol do art. 318, embora não se possa argumentar que a principal razão para não serem encaminhadas aos presídios seja a preservação da saúde, também é possível sustentar a necessidade de se pensar em alternativas ao seu encaminhamento ao sistema prisional, pois, afinal de contas, o CPP garante a prisão domiciliar a essas pessoas para preservação dos direitos de crianças e adolescentes que delas dependem.

Feitas essas ponderações, surge o questionamento: seria possível ao delegado de polícia, após ratificada a prisão em flagrante do autuado que se enquadra em uma das hipóteses do art. 318 do CPP, e não havendo arbitramento de fiança, fixar, mesmo a título precário, a prisão domiciliar àquele autuado, até que o magistrado se pronuncie sobre a liberdade provisória?

A primeira resposta que se apresenta é negativa, seguindo-se a premissa de que a prisão domiciliar não deixa de ser medida restritiva da liberdade de locomoção do indivíduo e, como tal, estaria sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXI, dispõe que "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*".

Contudo, por outro viés, a segunda resposta que se apresenta como possível é positiva. Sem descuidar da disposição constitucional acima transcrita, argumenta-se: ora, se a autoridade policial pode mandar recolher ao cárcere (e ali permanecer) o indivíduo enquanto este aguarda pelo pronunciamento judicial acerca de sua prisão em flagrante, por que não poderia determinar precariamente que esse indivíduo aguardasse o pronunciamento judicial em prisão domiciliar, haja vista a sua peculiar condição de pessoa idosa, gestante, ou com saúde frágil, ou de pessoa indispensável ao cuidado de criança, adolescente ou de pessoa com deficiência?

Afinal de contas, *in eo quod plus est semper inest et minus*, isto é, quem pode o mais pode o menos.

Mandar recolher ao sistema prisional certamente é muito mais gravoso que mandar recolher ao próprio domicílio. Se o ordenamento processual penal autoriza ao delegado de polícia a primeira providência, sendo certo que é por determinação do delegado que a pessoa ficará custodiada em um presídio após a lavratura do APFD, ainda que por vinte e quatro horas, e, mesmo após encerrada a prisão em flagrante, por que não conceber um cenário em que esse mesmo delegado, que pode mandar o indivíduo às masmorras brasileiras chamadas de presídios ou cadeias públicas, poderia determinar, a título precário, que o indivíduo permaneça em prisão domiciliar, desde que ele preencha os requisitos subjetivos do art. 318 do CPP?

E aqui é importante repisar que tal determinação da autoridade policial seria a título precário, porque subsistiria apenas até o momento em que sobreviesse pronunciamento judicial. Que fique claro: a decisão do delegado que preside o auto de prisão em flagrante não substitui ou sobrepuja a decisão do magistrado responsável pelo controle de legalidade da prisão em flagrante, cabendo a esse último, sem qualquer dúvida, determinar se o autuado ficará preso ou será posto em liberdade.

O que se propõe, todavia, é que, até que haja um pronunciamento judicial, o que pode demorar um dia inteiro para acontecer, seja permitido ao delegado de polícia, observando que está diante de uma das pessoas contempladas pelo rol do art. 318 do Código de Processo Penal, mandar que essa pessoa seja recolhida ao seu domicílio, dali não podendo sair, até que se manifeste o magistrado.

Naturalmente, tal análise deveria ser feita pelo delegado à luz das ressalvas do art. 318-A do Código de Processo Penal e de forma bem atenciosa às peculiaridades do caso concreto.

## Conclusão

O sistema processual penal brasileiro, à luz de alterações recentes no Código de Processo Penal, consagra uma atenção especial ao autuado em flagrante que reúne certas condições, seja em razão de idade avançada, de estado clínico de vulnerabilidade ou em razão de ser o responsável pelos cuidados de criança ou adolescente, incluindo-se aí a criança que ainda está no ventre de sua mãe.

Essa atenção é bastante louvável e se revela como medida inovadora, sobretudo quando comparamos a legislação processual penal brasileira com legislações processuais penais de outros países.

A prisão domiciliar surge, assim, como uma medida de extrema relevância para a garantia de direitos fundamentais de determinadas pessoas consideradas vulneráveis, sem, contudo, perder-se de vista a necessidade de imposição de uma medida cautelar que restrinja a liberdade de locomoção do indivíduo que apresenta risco à ordem pública, à aplicação da lei penal, à conveniência da instrução criminal ou à ordem econômica.

O delegado de polícia, como primeiro garantidor de direitos fundamentais do indivíduo preso, tem protagonismo no âmbito da lavratura do auto de prisão em flagrante delito. Se imaginarmos o auto de prisão em flagrante como um procedimento destinado não só a encarcerar o indivíduo, como também a garantir a observâncias de seus direitos fundamentais, entendemos a relevância do papel do delegado de polícia na garantia dos direitos do preso.

Nesse sentido, é imperiosa uma releitura do Código de Processo Penal brasileiro de forma a permitir que o delegado de polícia, como presidente do auto de prisão em flagrante, tenha o poder-dever de aplicar sobre o autuado que esteja em uma das condições previstas no artigo 318 a medida de prisão domiciliar, quando verificada a impossibilidade do arbitramento da fiança no caso concreto.

Isto porque, como visto no decorrer do artigo, sobretudo na realidade dos procedimentos do Estado de Minas Gerais, há um tempo entre a ratificação da prisão em flagrante e a prolação da decisão judicial que concede a liberdade provisória – ou mesmo fixa a prisão domiciliar – em que o(a) autuado(a) será encaminhado(a) ao sistema prisional, mesmo fazendo jus à prisão domiciliar.

Relegar tão-somente ao juiz a autoridade para fixação da prisão domiciliar em face do(a) autuado(a) acaba violando, de certa forma, os direitos fundamentais desse(a) autuado(a), pois, inevitavelmente, ele(a) acaba passando um tempo recolhido no sistema prisional antes de ser colocado em prisão domiciliar.

O objetivo da legislação processual penal brasileira, ao prever o instituto da prisão domiciliar é, antes de qualquer coisa, proteger certas pessoas das condições miseráveis dos presídios brasileiros. A jurisprudência da mais alta corte brasileira já reconheceu o estado de coisas inconstitucional dos presídios Brasil afora, e permitir-se que um indivíduo com mais de setenta anos, por exemplo, seja encaminhado a um presídio e lá permaneça até que o juiz lhe conceda a prisão domiciliar vai de encontro à intenção do legislador.

Com o raciocínio de quem pode o mais pode o menos, se pensarmos que o delegado pode, ao fim do APFD, mandar recolher a prisão o indivíduo autuado em flagrante, por que não poderia, verificando que aquele indivíduo se enquadra em uma das condições do artigo 318, colocá-lo em prisão domiciliar, ao menos precariamente, até que o juiz se manifeste?

Em tempos de lei de abuso de autoridade, com uma tendência cada vez maior de observância aos direitos do preso, e de restrição dos poderes encarceratórios do Estado, é necessário que se reconheça ao delegado de polícia a autoridade para poder colocar o autuado em prisão domiciliar.

Para aqueles que não admitem que essa autoridade poderia ser reconhecida por via de uma interpretação sistêmica e conforme a constituição, não de reconhecer, pelo menos, a necessidade de uma reforma legislativa, no sentido de que o Código de Processo Penal passe expressamente

a prever o poder-dever da autoridade policial de aplicar a prisão domiciliar, quando o caso concreto assim mandar.

Para tanto, é importante reconhecer, tal como nos ordenamentos estrangeiros citados neste trabalho, a prisão domiciliar não como uma medida necessariamente substitutiva à prisão preventiva, caso em que apenas o juiz continuaria tendo a autoridade de fixá-la, mas como uma medida que se apresenta como uma alternativa válida e proporcional à prisão preventiva, a mais gravosa das medidas cautelares pessoais previstas em nosso ordenamento. ■

---

## Referências

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

CHILE. *Ley 19696*. Establece Código Procesal Penal. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponível em: <<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>>.

ESPANHA. *Ley Orgánica 13/2003*, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-19748>>.

FRANÇA. *Code de procédure pénale*. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006071\\_154/LEGISCTA000006151876/#L EGISCTA00000\\_6151876](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071_154/LEGISCTA000006151876/#L EGISCTA00000_6151876)>.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 29 ed. vol. Único. Salvador: Juspodivm, 2014.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 78/87*. Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202105071625/73862015/diploma/indice>>.