

**A NOVA LEI Nº.13.257/16 AMPLIOU A POSSIBILIDADE DA PRISÃO
DOMICILIAR E DEVE SER APLICADA IMEDIATAMENTE**

Autor: Rômulo de Andrade Moreira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

A Lei nº. 13.257/16, publicada no dia 09 de março, alterou o art. 318 do Código de Processo Penal, para acrescentar mais duas hipóteses em que será possível a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, além de deixar de exigir que este direito somente possa ser usufruído pela mulher gestante em risco ou acima do sétimo mês de gravidez.

Assim, com a alteração, deverá o Juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante; mulher com filho de até doze anos de idade incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até doze anos de idade incompletos.

A modificação foi extremamente salutar e põe em relevo a importância do princípio da dignidade da pessoa humana (especialmente das mulheres e das crianças) já ressaltada por nós em artigo escrito em parceria com Alexandre Morais da Rosa, quando advertíamos não fazer sentido a limitação imposta pela lei (com a redação anterior) de que a gravidez fosse de alto risco ou a gestação a partir do sétimo mês (conferir: <http://emporiododireito.com.br/mulher-gravida-e-presas-consegue-no-stf-o-reconhecimento-da-dignidade-por-romulo-de-andrade-moreira-e-alexandre-morais-da-rosa/>).

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

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

O princípio da irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica, insere-se no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição, tendo força vinculante, “*no sólo a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos*”, como afirma Perez Luño[1], tendo também uma conotação imperativa, “*porque dotada de carácter jurídico-positivo*”[2].

Logo, à vista desses dois princípios, haveremos de analisar o disposto no novo art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal.

Desde logo, é preciso definir a natureza da norma contida neste dispositivo legal: seria ela de conteúdo processual ou penal?

É certo que ela trata de uma medida cautelar, impondo a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em determinados casos. Neste aspecto, ela tem uma conotação claramente processual. Se admitirmos tratar-se de norma processual não há que se falar, obviamente, em retroatividade, fenômeno jurídico típico do direito intertemporal relativo às normas penais.

Porém, é preciso atentar que esta medida cautelar diz respeito ao direito de liberdade (provisória) do investigado/acusado matéria, obviamente, de direito material, prevista no art. 5º., LXVI da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de uma norma processual material, ainda que tal diferença, em alguns casos, não seja tão perceptível. Klaus Tiedemann, por exemplo, *“destaca a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais.”*[3]

No Brasil, comentando a respeito de tais normas, Tucci entende que elas *“deverão ser aplicadas, em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressaltando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório, – estas excepcionais por natureza.”*[4]

No mesmo sentido é a opinião de Grandinetti Castanho de Carvalho: *“Se a norma processual contém dispositivo que, de alguma forma, limita direitos fundamentais do cidadão, materialmente assegurados, já não se pode defini-la como norma puramente processual, mas como norma processual com conteúdo material ou norma mista. Sendo assim, a ela se aplica a regra de direito intertemporal penal e não processual.”*[5] Atente-se *“que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio.”*[6]

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

Saliente-se que por lei mais benéfica não se deve entender apenas aquela que comine pena menor, pois *“en principio, la retroactividad es de la ley penal e debe extenderse a toda disposición penal que desincrimine, que convierta un delito en contravención, que introduzca una nueva causa de justificación, una nueva causa de inculpabilidad o una causa que impida la operatividad de la punibilidad, es decir, al todo el contenido que hace recaer sobre la conducta, sendo necessário que se tenha em conta uma série de outras circunstâncias, o que implica em admitir que “la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto, tal como ensina Zaffaroni.”*[7].

Concluindo: a partir de agora, é preciso que os Juízes e Tribunais revejam todos os casos em que réus (ou indiciados) estão presos provisoriamente e estejam em uma das situações indicadas nos três últimos incisos do

art. 318, ora modificados. Neste sentido, devem fazê-lo de ofício, independentemente, portanto, de requerimento. Se não o fizerem ou negarem o direito (subjetivo público do preso), cabível será a impetração de Habeas Corpus, tendo em vista a patente ilegalidade perpetrada.

Notas e Referências

- [1] Los Derechos Fundamentales, Madrid: Editora Tecnos, 1993, p. 67.
- [2] Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Alberto Silva Franco, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2001, p. 62.
- [3] **Apud** Taipa de Carvalho, Sucessão de Leis Penais, Coimbra: Coimbra Editora, pág. 220.
- [4] Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1975, p. 124.
- [5] O Processo Penal em Face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 137.
- [6] Eduardo J. Couture, Interpretação das Leis Processuais, Rio de Janeiro: Forense, 4ª, ed., 2001, p. 36.
- [7] Tratado de Derecho Penal, Parte General, I, Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, págs. 463 e 464.